



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VIII. Núm. 15
julio-diciembre 2022
ISSN: 2448-6965

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / nota editorial Alejandra Martínez Verástegui. – Año 8, número 15 julio-diciembre 2022. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020-

1 recurso en línea (volúmenes ; 24 cm.)

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Proceso penal – Feminismo 4. Derechos humanos – Normas constitucionales – Jurisprudencia 5. Administración de justicia 6. Normas constitucionales 7. Pobreza I. Martínez Verástegui, Alejandra, editora II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año VIII, Núm. 15, julio-diciembre 2022, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 55-4113-1000, www.scjn.gob.mx. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Año VIII. Núm. 15
julio-diciembre 2022

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Alejandra Martínez Verástegui
Directora General

**Directorio editorial de la
Revista del Centro de Estudios Constitucionales**

Alejandra Martínez Verástegui
Directora General

Diana Beatriz González Carvallo
Coordinadora Editorial

Guadalupe Ramírez Reséndiz
Grizel Robles Cárdenas
Asistentes editoriales

Consejo editorial académico

Bruce Ackerman (Universidad de Yale, Estados Unidos), Amalia Amaya (IIF-UNAM, México), Arturo Bárcena Zubieta (SCJN, México), Carlos Bernal Pulido (Corte Constitucional de Colombia), Jorge Arturo Cerdio Herrán (ITAM, México), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Juan Antonio Cruz Parcero (UNAM, México), Luis María Díez-Pícazo Giménez (Tribunal Supremo de España), Jordi Ferrer Beltrán (Universidad de Girona, España), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (UNAM, México), Víctor Ferreres Comella (Universidad Pompeu Fabra, España), Marina Gascón Abellán (Universidad de Castilla-La Mancha, España), Juan Luis González Alcántara Carrancá (SCJN, México), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid, España), Gloria Patricia Lopera Mesa (Universidad de Florida, Estados Unidos), Luis López Guerra (Universidad Carlos III de Madrid, España), Ana Laura Magaloni Kerpel (CIDE, México), Mariela Morales Antoniazzi (Instituto Max Planck, Alemania), Roberto Saba (Universidad de Palermo, Italia), Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México), Rubén Sánchez Gil (Universidad Autónoma de Yucatán, México), Frederick Schauer (Universidad de Virginia, Estados Unidos), Rodrigo Uprimny Yepes (DeJusticia, Colombia), Armin von Bogdandy (Instituto Max Planck, Alemania), Arturo Zaldívar (SCJN, México).

CONTENIDO

Nota editorial	IX
Presentación	XVII

Pensamiento Constitucional

<i>El "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales en la Unión Europea</i>	
Oscar Enrique Torres Rodríguez	3

<i>La gestión de la pobreza como política de desprecio</i>	
Silvina Ribotta	45

<i>Feminismo y derecho penal simbólico: la falaz exigencia punitiva contra la desigualdad de género</i>	
Michell Gutiérrez Padilla	67

Trayectorias Constitucionales

*El impacto de la reforma
de derechos humanos en la justicia federal:
un análisis empírico de la jurisprudencia
del artículo 1º constitucional*
Josafat Cortez Salinas
Camilo Saavedra Herrera 101

*La adjudicación de los derechos fundamentales
en el nuevo sistema mexicano de precedentes:
beneficios, desafíos y propuestas*
Emilio Pinedo Rovelo 131

*La primacía de las restricciones constitucionales
expresas sobre los derechos humanos
en la doctrina de la Suprema Corte:
¿hacia la retractación jurisprudencial
en la era del populismo?*
Fernando Silva García 159

*La perspectiva de las infancias y adolescencias
en las sentencias de lectura fácil*
Samantha Rodríguez Santillán 191

Reseña

*Construcción y evolución
de los derechos sociales
desde una perspectiva de derechos*
Reseña de la obra Ibarra Olguín, Ana María (ed.)
(Tirant lo Blanch, 2022),
Curso de derechos humanos
Daniela Mayummy Vara Espíndola 219

NOTA EDITORIAL

La reflexión sobre qué es una Constitución, cuáles instrumentos normativos la integran y las obligaciones que impone en los diferentes ámbitos al Estado y a los particulares es una tarea permanente. El cambio constante de la norma suprema y las normas infraconstitucionales, así como la dinámica social incesante, hacen que el estudio de la Carta fundamental sea necesario, pero inagotable. Por ello, la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* ha mantenido un compromiso tanto con la pluralidad de intereses básicos, como con el rigor y la seriedad de los textos que se ocupan de esa labor de análisis.

La publicación de este número 15 coincide, además, con el comienzo de una nueva etapa tanto para la Suprema Corte de Justicia de la Nación como para el Centro de Estudios Constitucionales. Esperamos que este periodo preserve todas las virtudes que han caracterizado a la *Revista* desde hace tantos años y que se avance para consolidar esta publicación como un referente para las personas interesadas en el derecho constitucional. Deseamos que la lectura de estos textos potencialice el diálogo honesto y abierto entre las personas autoras y lectoras, y que se generen aportaciones críticas y constructivas sobre las realidades sociales relevantes en materia constitucional.

En este número se reúnen artículos de vocación práctica y crítica. En las secciones "Pensamiento constitucional" y "Trayectorias constitucionales" se encuentran textos que examinan el impacto de diferentes reformas constitucionales trascendentales en el quehacer judicial, la de derechos humanos de 2011 y la del Poder Judicial de 2021. A su vez, algunos artículos revisan instituciones que, formal o informalmente, generan efectos no deseados respecto de las personas y del Estado constitucional de derecho. Asimismo, se reseña un libro de reciente publicación y básico para el estudio de los derechos fundamentales en México. Tenemos el gusto de reunir en este número artículos de Michell Gutiérrez Padilla, Oscar Enrique Torres Rodríguez, Silvina Ribotta, Josafat Cortez Salinas y Camilo Saavedra Herrera, Fernando Silva García, Emilio Rovelo Pinedo, Samantha Rodríguez Santillán y Daniela Vara Espíndola. Cada uno de los autores presenta sus ideas de una manera rigurosa, novedosa y provocadora.

En la primera sección de la revista, "Pensamiento Constitucional", encontramos el artículo de Oscar Torres Rodríguez, "El 'efecto de precedente' de las sentencias prejudiciales en la Unión Europea". Torres parte de la pregunta de si las sentencias prejudiciales de la Unión Europea responden a la doctrina del precedente obligatorio y en qué sentido. El autor considera que, pese a que formalmente estas decisiones no operan con la lógica del precedente, es posible su uso por parte de diversas instancias que les dan, en la práctica, ese carácter. El autor recuerda que esa unión de naciones ya no tiene sólo la finalidad de lograr la integración económica regional, sino que también busca garantizar la vigencia continental de principios básicos como la dignidad humana, los derechos humanos y el Estado de derecho; para cumplir con ese objetivo, se crearon varias instituciones supranacionales encargadas de vigilar la continuidad, eficacia y coherencia de las acciones. A nivel nacional, los poderes judiciales de los estados son los encargados de tutelar los derechos reconocidos a las personas por la Unión Europea. Torres explora si puede afirmarse que entre las instituciones judiciales de cada uno de los países que integran la Unión y las comunitarias hay un respeto general de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Después encontramos el texto de Silvina Ribotta, "La gestión de la pobreza como política de desprecio". Este artículo revisa la conexión entre pobreza, desigualdad

y gestión o política pública. Para ello, la autora presenta datos estadísticos sobre la situación de diferentes países en cuestiones como desigualdad comparativa y otros datos más específicos, como el índice de muertes maternas y la expectativa de vida. Este escrito resalta la importancia de las condiciones de vida de inicio para hacer una evaluación adecuada del impacto diferenciado de ciertos fenómenos globales, como el de la pandemia por covid-19. Se trata de un texto cuya vigencia es amplia en la medida en que aborda un tema crítico, que no parece tener una respuesta cercana, fáctica o teórica. Ribotta enfatiza el carácter opresivo y violatorio de derechos humanos que se sigue de la situación de pobreza en la que viven millones de personas. En el texto se sostiene que las condiciones de vida precarias vulneran garantías básicas como la salud, la educación, la vivienda, la libertad y la participación política. El artículo enfatiza que la lucha contra esas circunstancias no es sólo un imperativo ético y político, sino que también es vinculante en términos jurídicos. La autora concluye que esos deberes están respaldados por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y que avanzar hacia su garantía y disfrute, en especial para las poblaciones precarizadas en términos económicos, es inaplazable.

El tercer texto, y como cierre de la sección, es "Feminismo y derecho penal simbólico: la falaz exigencia punitiva contra la desigualdad de género", de Michell Gutiérrez Padilla. La autora plantea que el derecho penal no es una herramienta adecuada de política pública para combatir las agresiones a las mujeres. Gutiérrez aborda el tema desde dos perspectivas: se pronuncia contra la creciente tipificación de conductas que sancionan estos comportamientos y cuestiona la asignación de penas cada vez mayores para esos delitos. Sobre este punto, la autora resalta que la tendencia de combatir problemas de violencia estructural con más tipos penales y penas mayores no sólo es ineficaz, sino que vulnera el carácter residual de esas intervenciones. Además de cuestionar esta política pública por su ineficacia, Gutiérrez usa la herramienta teórica del feminismo crítico para reprochar el carácter androcéntrico y discriminatorio del punitivismo. A su vez, el texto invita a considerar la necesidad urgente de dejar de usar las vías penales para tutelar los derechos de las mujeres y emplear, por el contrario, un análisis crítico, interseccional y democrático que le exija al Estado intervenciones efectivas para acabar con la violencia de género. Finalmente, la autora

afirma que las leyes que criminalizan la violencia de género se utilizan como distracciones frente al sexismo generalizado y el racismo de los sistemas de justicia penal y que esto no altera el carácter discriminatorio e injusto de ese tipo de respuestas.

La sección "Trayectorias Constitucionales" inicia con el texto de Josafat Cortez Salinas y Camilo Saavedra Herrera "El impacto de la reforma de derechos humanos en la justicia federal: un análisis empírico de la jurisprudencia del artículo 1º constitucional". En este artículo, los autores se preguntan por los efectos del cambio constitucional de 2011 en la interpretación normativa y fáctica de los operadores judiciales federales. Para responder a esta pregunta hacen un estudio empírico de las tesis aisladas y jurisprudenciales que invocan el artículo primero constitucional entre 1917 y 2019. A partir del análisis longitudinal de estos datos producidos durante más de un siglo de actividad judicial, Cortez y Saavedra encuentran que la reforma constitucional de 2011 sí generó un crecimiento exponencial de criterios emitidos en algunos órganos como la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en ciertos circuitos judiciales. El análisis de esta información permite a los autores mostrar que algunas personas juzgadoras hicieron un uso estratégico de la reforma. Finalmente, Cortez y Saavedra enfatizan que hacen falta estudios empíricos sobre la Constitución mexicana y evidencian la necesidad de generar ese tipo de insumos sobre el uso e interpretación que los operadores jurídicos hacen de la Carta Fundamental. De esta forma, el texto es un claro ejemplo de la necesidad de analizar de forma empírica la manera en la que se produce jurisprudencia.

A continuación, Emilio Pinedo Rovelo presenta "La adjudicación de los derechos fundamentales en el nuevo sistema mexicano de precedentes: beneficios, desafíos y propuestas", el texto ganador del Concurso de Ensayo Universitario del Centro de Estudios Constitucionales de 2022. El autor argumenta que el nuevo sistema de precedentes, establecido en la reforma judicial de 2021, ofrece una oportunidad única para hacer más eficiente la adjudicación de derechos fundamentales en México. En ese sentido, la reforma, al darles mayor peso a los precedentes emitidos por la Suprema Corte, permitiría consolidar la interpretación judicial de esas garantías básicas. Pinedo enfatiza que para fortalecer este

cambio radical es preciso incorporar herramientas de solución de conflictos judiciales y combatir ciertas prácticas que obstaculizan esa transformación. A través de un análisis comparativo entre el modelo antiguo de precedentes y el implementado en 2021, el autor identifica las ventajas de la consolidación de la jurisprudencia constitucional a través de estos cambios legislativos y su potencial para hacer frente a los problemas persistentes en materia de adjudicación de derechos humanos. El autor resalta que la reforma puede acelerar el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y garantizar la protección judicial directa de los derechos fundamentales, pero estos cambios, argumenta, requieren la participación comprometida no sólo de quienes imparten justicia, sino de los litigantes, profesores y estudiantes de derecho que deben exigir su aplicación.

En "La primacía de las restricciones constitucionales expresas sobre los derechos humanos en la doctrina de la Suprema Corte: ¿hacia la retractación jurisprudencial en la era del populismo?", Fernando Silva García revisa la interpretación de las restricciones constitucionales establecida por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011. Silva señala que parte de la doctrina interpreta que esta resolución constituye un reconocimiento judicial a las instancias políticas del Estado de su potestad para crear normas restrictivas de derechos humanos. El artículo expone cómo esa práctica de adjudicación genera tensiones con los mandatos de las garantías básicas porque incorpora excepciones a su aplicación. De acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte en la resolución estudiada, sería suficiente, según argumenta, con que esas reglas tengan una finalidad legítima para obstaculizar la aplicación de derechos y libertades básicas. Sin embargo, Silva considera que a pesar de que la interpretación establecida por la Corte en esta resolución supone un peligro para los derechos fundamentales, la doctrina constitucional de la Suprema Corte de 2013 a 2021 limitó cada vez más el alcance de esa interpretación. De acuerdo con el autor, la doctrina de la Corte ha evolucionado y se han establecido precedentes que permiten a los jueces que controlan la constitucionalidad de las leyes secundarias interpretar las restricciones constitucionales de una forma más protectora de los derechos humanos.

"La perspectiva de las infancias y adolescencias en las sentencias de lectura fácil" es el texto que obtuvo el tercer lugar en el Concurso de Ensayo Universitario del Centro de Estudios Constitucionales de 2022. La autora, Samantha Rodríguez Santillán, sostiene que el cambio social ha forzado al Estado a plantear estrategias más eficaces de acercamiento a la ciudadanía, entre las que está la difusión de los derechos en un lenguaje comprensible para todas las personas titulares de éstos, sin necesidad de que sean expertas en cuestiones jurídicas. Rodríguez expone cómo tanto las instituciones judiciales nacionales como las internacionales han implementado modalidades de sentencias "en formato de lectura fácil". De acuerdo con la autora, en México la implementación de este tipo de resoluciones ha sido desigual, en especial cuando están dirigidas a niños, niñas y adolescentes. Rodríguez señala que, a pesar de que la Suprema Corte publicó un protocolo para proceder en estos casos, es cuestionable el impacto efectivo de estos estándares en la práctica cotidiana del Poder Judicial en los casos que involucran a la población señalada.

Finalmente, Daniela Vara Espíndola reseña el libro *Curso de derechos humanos*, editado por Ana María Ibarra Olguín. Vara resalta el valor específico de esta obra, que reúne textos que exponen los rasgos básicos de algunos derechos fundamentales: su desarrollo doctrinal; la normatividad nacional e internacional que los regula, y las decisiones de la Suprema Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que han sido interpretados. La autora considera que aunque un texto de estas características es necesario en el contexto mexicano, no se había hecho un esfuerzo de ese tipo, razón por la cual la publicación satisface una necesidad urgente que había sido desatendida por mucho tiempo en términos de doctrina nacional sobre los derechos humanos.

Esperamos que este número de la *Revista* fortalezca la conversación sobre los temas actuales del debate constitucional mexicano y ponga sobre la mesa algunos de los asuntos importantes que se exponen en los textos que la integran. La garantía de los derechos humanos por parte del sistema jurídico también descansa sobre la posibilidad de construir las bases de un debate abierto, democrático y

permanente sobre estas instituciones. Deseamos que la lectura y discusión de los textos que se ocupan de estas cuestiones genere y amplifique voces que pueden contribuir con ese debate público.

Alejandra Martínez Verástegui
*Directora General del Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

PRESENTACIÓN

Con 8 años de existencia, 14 números publicados, más de 150 artículos y decenas de autores de gran prestigio académico e institucional, la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* ha cumplido con su objetivo principal: ser un espacio editorial de divulgación y difusión de la producción académica en español sobre el derecho constitucional. Las diversas contribuciones que se encuentran en sus páginas dan cuenta de las grandes transformaciones jurídicas por las que han transitado el país y el Poder Judicial, con las reformas en materia de derechos humanos y amparo, entre otros temas.

Las revistas académicas, por definición, tienen un papel en la formación y el desarrollo de cuadros académicos y en la divulgación de la producción intelectual de una disciplina. Esta revista no ha sido la excepción, pues ha puesto a disposición de operadores jurídicos, estudiantes de derecho y la comunidad jurídica en general los desarrollos teórico-prácticos vigentes y actualizados en los más diversos temas, sentando así las bases del debate sobre el quehacer jurisdiccional.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tender puentes hacia la academia, por medio del Centro de Estudios Constitucionales, su órgano académico, y de este espacio de difusión de la producción académica, nacional e internacional, va acompañado de su función principal como garante de la Constitución y de la administración de justicia.

Con el número 15 de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* se cierra una época. La búsqueda constante para avanzar en este esfuerzo colectivo ha llevado a plantear su transformación y a tomar medidas que permitan a esta publicación alcanzar la excelencia.

Para estar a la vanguardia de las publicaciones periódicas, la *Revista* cambiará su sistema de gestión. Con el objetivo de hacer más eficientes los recursos que a ella se destinan dejará atrás el formato impreso. Además, con la finalidad de ampliar la ventana de recepción de textos se modificará su periodicidad, ahora será anual.

La *Revista* empezó a publicarse en el segundo semestre de 2015 y desde el comienzo fue el producto del esfuerzo de muchas personas que trabajaron con entrega, rigor y entusiasmo en esa tarea conjunta.

Agradecemos a todas las personas que nos han acompañado en este camino, sin cuyo esfuerzo no hubiera sido posible llegar hasta este momento. Autores, miembros del Consejo Editorial Académico, dictaminadores, editoras, entre otros, quienes trabajaron con entusiasmo para publicar una revista semestral de calidad y relevancia nacional e internacional.

Comenzaremos una nueva época de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* con el entusiasmo, la alegría y las ganas intactas de continuar y ampliar el estudio del derecho jurisprudencial de origen constitucional.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

**PENSAMIENTO
CONSTITUCIONAL**

El "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales en la Unión Europea

The "precedent effect" of preliminary rulings in the European Union

OSCAR ENRIQUE TORRES RODRÍGUEZ*

Resumen

El objetivo de este artículo es proporcionar un panorama actualizado sobre el "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales en la Unión Europea. ¿Existe una doctrina de precedentes obligatorios (*doctrine of binding precedents*) respecto de las sentencias prejudiciales? Si bien formalmente esta pregunta recibe una respuesta negativa, estas sentencias tienen un "efecto de precedente" debido a algunas de sus características.

Palabras clave: efecto de precedente, autocitación, doctrina del acto aclarado, interpretación *ab initio*, responsabilidad extracontractual de los Estados miembros, recurso de infracción contra un Estado miembro.

Abstract

The objective of this article is to provide an outlook about the "precedent effect" of preliminary rulings in the European Union. There is a doctrine of binding precedents

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Université Saint-Louis de Bruselas, Bélgica; maestro en Derecho con finalidad especializada en derecho europeo por la Université Catholique de Louvain, Bélgica; licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y por la Université Saint-Louis de Bruselas.

of preliminary rulings? Even if formally this question receives a negative answer, these rulings have a "precedent effect" due to some of its characteristics.

Keywords: precedent effect, self-reference, *acte éclairé* doctrine, *ab initio* interpretation, extracontractual liability for member states, infringement procedure against a member state.

1. Introducción

Actualmente la Unión Europea constituye un orden jurídico completamente autónomo e independiente, cuyos objetivos, a diferencia de la extinta Comunidad Económica Europea, ya no se dirigen únicamente a la integración económica o a la eliminación de aranceles, sino también al respeto de la dignidad humana, la democracia, el Estado de derecho, los derechos humanos (artículos 1 y 2 del Tratado de la Unión Europea [TUE]), etc.

El ejercicio de toda una diversidad de competencias regalianas –tales como la política exterior, agrícola o migratoria– ha sido transferido paulatinamente a la Unión Europea. Asimismo, ésta se ha dotado de ciertas instituciones de carácter supranacional con la finalidad particular de promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses y los de sus ciudadanos y de sus Estados miembros, así como "garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones" (artículo 13, TUE).

Este marco institucional, así como la garantía y el respeto de dichos objetivos, fines y valores,¹ descansa sobre una arquitectura judicial sin igual en el mundo entero cuyo diseño posee un entramado complejo de facultades y espacios jurisdiccionales entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

En la planificación espacial de este conjunto arquitectónico judicial, de acuerdo con los términos del artículo 19, apartado 1, párrafo 1 del TUE, el Tribunal de Justicia (comprendido de un tribunal de justicia –en sentido estricto–, un tri-

¹ Véase TJUE, opinión 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123, apartado 66.

bunal general y los tribunales especializados) tiene como objetivo asegurar "el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados", así como salvaguardar el carácter autónomo del sistema jurídico de la Unión Europea.²

En el ámbito nacional, en virtud del principio de cooperación leal (artículo 4, apartado 3, párrafos 1 y 2, TUE), pertenece a los Estados miembros adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión"; ayudar a esta última "en el cumplimiento de su misión"; así como abstenerse de "toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión".

Además, los Estados miembros están obligados a garantizar en sus territorios la aplicación y el respeto de derecho.³ En un plano judicial, de acuerdo con el artículo 19, apartado 1, párrafo 2 del TUE; además, establecerán en sus derechos nacionales "las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión" (principio de efectividad). En este sentido, siguiendo la jurisprudencia constante de los jueces de Luxemburgo,⁴ las jurisdicciones nacionales están encargadas de proteger, dentro de su propio Estado, los derechos otorgados a los particulares por el sistema jurídico de la Unión.⁵

En esta organización supranacional en la que un gran número de órganos jurisdiccionales de los 27 Estados miembros aplican el derecho de la Unión es necesario asegurar su interpretación y aplicación uniforme. Para ello, los padres

² Véase TJUE, opinión 1/91 de 14 diciembre de 1991, ECLI:EU:C:1991:490, apartado 35.

³ Véase, en este sentido, TJUE, C-298/96, Oelmühle y Schmidt Söhne de 16 de julio de 1998, ECLI:EU:C:1998:372, apartado 23; véase, también TJUE, opinión 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123, apartado 68.

⁴ En la práctica se utiliza la expresión "jueces de Luxemburgo" o "Tribunal de Luxemburgo" para referirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵ Véase en este sentido, TJUE; C-33/76, Rewe de 16 de diciembre de 1976, ECLI:EU:C:1976:188, apartado 5; C-45/76, Comet de 16 de diciembre de 1976, ECLI:EU:C:1976:191, apartado 12; C-106/77, Simmenthal de 9 de marzo de 1978, ECLI:EU:C:1978:49, apartados 21 y 22; C-213/89, Factortame de 19 de junio de 1990, ECLI:EU:C:1990:257, apartado 19; C-312/93, Peterbroeck de 14 de diciembre de 1995, ECLI:EU:C:1995:437, apartado 12.

fundadores de la Unión instauraron un mecanismo de cuestión prejudicial que –desde 1957– descansa sobre la idea de un auténtico "diálogo de juez a juez" (Pescatore, 1973, p. 222) y establece un vínculo estrecho de colaboración jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales de los Estados miembros (Boulouis, 1997, p. 313).

Debido a su importancia unificadora, este mecanismo ha sido calificado múltiples veces como la *columna vertebral* o la *pedra angular* del sistema jurídico de la Unión y se ha presentado como "el instrumento privilegiado de la construcción europea entendida como construcción jurídica" (Stanislas et al., p. 514). En efecto, a partir de una vasta cantidad de sentencias prejudiciales, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una serie de puntos jurídicos que atañen directamente a la evolución del derecho de la Unión. Un ejemplo ilustrativo es la "jurisprudencia de principios generales": un catálogo pretoriano de derechos fundamentales desarrollado por el Tribunal de Justicia entre las décadas de 1980 y 1990.

Ante este panorama, caracterizado por una estructura judicial reticular constituida por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros, así como por un mecanismo de reenvío prejudicial, cabe preguntarse si dentro de este sistema jurídico ¿existe una doctrina de precedentes obligatorios (*doctrine of binding precedents*) respecto de las sentencias prejudiciales?

Si bien, en una primera instancia, la pregunta recibe una respuesta negativa (Barceló, 1997, p. 420), después de nuestro análisis observaremos que de la configuración actual de los efectos y consecuencias de las sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia, así como de ciertas figuras procesales, puede derivarse un cierto "efecto de precedente".

Para ello, el presente artículo se dividirá en dos partes. En primer lugar, con la finalidad de brindar al lector una comprensión cabal del problema, expondré a profundidad la principal característica de la arquitectura judicial de la Unión desde una perspectiva del reenvío prejudicial: la colaboración estrecha entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Posteriormente, presentaré las piezas jurisprudenciales que articulan el "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales.

Antes de comenzar, cabe mencionar que las siguientes páginas se inscriben en una perspectiva descriptiva de derecho extranjero. En efecto, únicamente se presentarán aspectos de derecho positivo de la Unión Europea utilizando fuentes directas y recurriendo a los comentarios doctrinales y otros recursos intelectuales.

2. La colaboración entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales desde el prisma del reenvío prejudicial

En esta primera sección presentaremos la relación de colaboración instituida por el reenvío prejudicial. Así, ofreceremos una descripción de este mecanismo (2.1) y, enseguida, abordaremos la obligación de elevar una cuestión prejudicial que pesa sobre los órganos nacionales de última instancia (2.2). Ambos elementos son indispensables para los desarrollos posteriores sobre el efecto de precedente.

2.1. El mecanismo de reenvío prejudicial...

Antes de su incorporación al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (primer antecedente del actual TUE), el mecanismo de cuestión prejudicial existía en los sistemas jurídicos nacionales italiano, alemán y francés.⁶

En términos de derecho de la Unión este mecanismo es un incidente de procedimiento (Simon, 2001, p. 662), mediante el cual un juez nacional (*a quo*), antes de dictar su sentencia (*pre-judicare*) en el marco de un litigio, plantea al

⁶ Véase el artículo 100, primer párrafo, de la Ley Fundamental alemana de 1949, así como el artículo 134 de la Constitución italiana de 1947 y el artículo 1 de la ley constitucional del 9 de febrero de 1948. En el orden jurídico francés, el Consejo de Estado tenía la obligación de consultar al ministro de asuntos extranjeros, en todos los casos y antes de dictar sentencia, las cuestiones planteadas respecto a la interpretación de los tratados internacionales (véanse, Vocanson, 2014, p. 114; Lagrange, 1971, p. 314).

tribunal de justicia (juez *ad quem*) una o varias preguntas sobre la interpretación (el sentido) de una disposición de derecho de la Unión (Dumon, 1969, p. 343).

Al respecto, el artículo 19, apartado 3, del TUE atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para pronunciarse "b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión".

Más adelante, el actual artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reafirma y precisa esta competencia. En virtud de su párrafo 1, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales que versen, particularmente, acerca de la interpretación de los tratados, así como de los actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión.⁷

Además de reafirmar la competencia prejudicial de los jueces de Luxemburgo, el artículo 267 del TFUE establece el reenvío como facultativo para los órganos jurisdiccionales nacionales. Así, cuando se plantee una cuestión sobre el sentido de una disposición de derecho de la Unión ante un juez nacional, éste "*podrá* pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo".

Cabe agregar que las partes en el litigio nacional pueden sugerir al juez el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la interpretación de una regla de derecho de la Unión. Sin embargo, éste no está obligado a satisfacer dicha solicitud. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ha declarado el reenvío prejudicial es "ajeno a toda iniciativa de las partes".⁸ Además, no constituye un

⁷ De acuerdo con esta disposición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también es competente para pronunciarse sobre la validez únicamente de los actos emanados de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. A esto se le denomina cuestiones prejudiciales de validez.

⁸ TJUE, C-2/06, *Kempter* de 12 de febrero de 2008, ECLI:EU:C:2008:78, apartado 41; C-210/06, *Cartesio* de 16 de diciembre de 2008, ECLI:EU:C:2008:723, apartado 90; C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi* de 18 de julio de 2013, ECLI:EU:C:2013:489, apartado 28, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing* de 9 de noviembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:659, apartado 28.

derecho subjetivo (Bailleux, 2019, p. 73; Krommendijk, 2017, p. 46) ni una vía de recurso disponible a las partes del litigio principal.

Algunas características importantes marcan al contexto jurisdiccional de la Unión. Primero, los jueces nacionales de los 27 Estados miembros son los "aplicadores del derecho de la Unión" (Besson y Gächter-Alge, 2011, p. 10) a los litigios nacionales. En efecto, frente a ellos "los particulares pueden hacer valer los derechos que les atribuye el derecho de la Unión" (Lenaerts, 2015, p. 5),⁹ exigiéndoles la aplicación de este derecho en virtud de los principios de efecto directo, aplicación directa y supremacía (Nihoul y Masson, 2011, p. 308). Además, estos contribuyen y colaboran "de forma estrecha [...] en la tutela de los derechos conferidos a los particulares por ese ordenamiento jurídico".¹⁰

Como consecuencia del ejercicio de su función de juzgar, la aplicación del derecho de la Unión por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales a los litigios nacionales implica que éstos se pronuncien "en primera línea" (Barav, 1991, p. 1) sobre cuestiones de interpretación. Así, una jurisdicción nacional de primera instancia o de apelación *puede* interpretar una disposición jurídica europea sin realizar el reenvío prejudicial facultativo al Tribunal de Justicia.

El objetivo general del mecanismo de reenvío prejudicial consiste precisamente en "garantizar que, en cualesquiera circunstancias, ese Derecho produzca el mismo efecto en todos los Estados miembros".¹¹ Para ello, es necesaria una actitud de colaboración de las jurisdicciones nacionales y la voluntad de elevar cuestiones al Tribunal de Justicia.

El actual presidente del Tribunal de Justicia, Koen Lenaerts, resume con exactitud los anteriores puntos en los siguientes términos:

⁹ Véase también COM/2014/0144 final, Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. *L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020-Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union*, p. 7 y ss.

¹⁰ TJUE, opinión 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123, apartados 66 y 85.

¹¹ TJUE, opinión 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123, apartado 83; C-166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf de 16 de enero de 1974, ECLI:EU:C:1974:3, apartados 2 y 3.

en materia de procedimiento prejudicial, el Tribunal razona actualmente en términos de un solo orden jurídico, regido por una sola Constitución suprema, es decir, los tratados comunitarios. Se trata de un orden único, pero con un carácter poliformo, al interior del cual dos esferas de decisión jurisdiccional están yuxtapuestas y vinculadas entre ellas mediante relaciones de cooperación basada en un espíritu de respeto a la finalidad del sistema en su conjunto. (Lenaerts, 1983, p. 479)

Cabe introducir aquí otra de las principales características del sistema jurisdiccional de la Unión desde la perspectiva del reenvío prejudicial en interpretación: la ausencia de jerarquía orgánica o de todo vínculo de subordinación estructural y formal entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros.

A diferencia de una corte suprema nacional que asegura el control de legalidad o de constitucionalidad de una decisión de justicia adoptada por las jurisdicciones jerárquicamente inferiores a ella, el Tribunal de Justicia no tiene la competencia de anular los fallos adoptados por los jueces nacionales. En otros términos, no es una corte de apelación o de casación superior a las jurisdicciones de los Estados miembros (Weatherill, 2006, p. 185).

La estructura jurisdiccional de la Unión, sin embargo, presenta algunos trazos "piramidales" (Wathelet, 2010, p. 306). En el marco del reenvío prejudicial, los jueces nacionales tienen la tarea de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación de los tratados¹² bajo la guía del Tribunal de Justicia (Dougan, 2004, p. 3).

Los jueces de Luxemburgo, cabe resaltar, no son los intérpretes "exclusivos" de este derecho: "Of course, the CJEU does not have to be the sole body to interpret EU law. Not all cases involving EU law are decided by the CJEU" (Vadja, 2019, p. 15). Sin embargo, en él recae el monopolio de la interpretación "última" (Labayle, 1983, p. 157) o "autoritaria" (Weatherill, 2006, p. 184). Es decir, en teoría, éste tiene la última palabra sobre el sentido de una disposición jurídica del derecho de la Unión.

¹² TJUE, C-244/80, Foglia de 16 de diciembre de 1981, ECLI:EU:C:1981:302, apartado 16; C-422/93 à C-424/93, Zabala Erasun de 15 de junio de 1995, ECLI:EU:C:1995:183, apartado 15.

Sin embargo, en contadas ocasiones las jurisdicciones nacionales de última instancia han desafiado este carácter último y definitivo de la interpretación del derecho de la Unión realizada por el Tribunal de Justicia. Ejemplo de ello es la reciente controversia suscitada entre este último y la Corte Constitucional alemana en el asunto *Heinrich Weiss y otros*.¹³

2.2. ... y su carácter obligatorio

El artículo 267, párrafo tercero, del TFUE establece una obligación de reenvío prejudicial sobre ciertos jueces nacionales en los siguientes términos: "Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal".

Una aproximación "concreta" o "funcional" fue reconfirmada por el Tribunal de Justicia para identificar las jurisdicciones nacionales destinatarias de esta obligación:¹⁴ así, no sólo los jueces nacionales que se encuentran en la punta de la jerarquía judicial o los jueces supremos están obligados a plantear una cuestión prejudicial, sino toda jurisdicción –por más pequeña que sea– cuyas sentencias no puedan ser objeto de recurso en derecho interno.

El objetivo de la obligación de reenvío prejudicial presenta una doble dimensión, nacional e interestatal. En su dimensión nacional, el reenvío obligatorio consiste en prevenir la consolidación al interior de un Estado miembro de "una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario".¹⁵

¹³ Véase TJUE, C-493/17, *Weiss e.a.* de 11 de diciembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:1000; C-62/14, *Gauweiler* de 16 de junio de 2015, ECLI:EU:C:2015:400. Así como Corte Constitucional Alemana, asuntos 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, sentencia de 5 de mayo de 2020. El texto integral de la sentencia está disponible en su versión original y traducida al inglés en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.htm.

¹⁴ TJUE, C-6/64, *Costa* c. 15 de julio de 1964, ECLI:EU:C:1964:66., p. 104. La adopción de la aproximación concreta se reconfirma en las sentencias: C-495/03, *Intermodal Transports* de 15 de septiembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:552, apartado 30 y C-99/00, *Lyckeskog* de 4 de junio de 2002, ECLI:EU:C:2002:329, apartado 16.

¹⁵ TJUE, C-35 y 36/82, *Morson y Jhanjan* de 27 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:368, apartado 8; C-495/03, *Intermodal Transports* de 15 de septiembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:552, apartado 29 y

Asimismo, en lo que concierne a la efectividad del derecho de la Unión, las jurisdicciones nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno constituyen el "último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario".¹⁶ Además, es necesario considerar que, en ciertos casos, la decisión de una jurisdicción nacional de última instancia que viola estos derechos es definitiva y ya no puede ser objeto de un recurso ulterior.

En su dimensión interestatal, la obligación de elevar una cuestión prejudicial se inscribe dentro de los objetivos del propio mecanismo de reenvío: evitar la existencia de jurisprudencias, o de decisiones judiciales, divergentes entre las diferentes jurisdicciones de los Estados miembros¹⁷ que podrían poner en duda la uniformidad y la efectividad del derecho de la Unión.¹⁸ En resumen, esta obligación de reenvío prejudicial tiene como finalidad "garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros".¹⁹

De inicio, la obligación de reenvío tuvo un carácter incondicional de 1957 a 1963. Así, toda cuestión planteada ante una jurisdicción nacional de última instancia

C-393/98, Gomes Valente, de 22 de febrero de 2001, ECLI:EU:C:2001:109, apartado 17. Véase, también, TJUE, C-337/95, Parfums Christian Dior de 4 de noviembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 25; C-99/00, Lyckeskog de 4 de junio de 2002, ECLI:EU:C:2002:329, apartado 14; C-107/76, Hoffman-La Roche de 24 de mayo de 1977, ECLI:EU:C:1977:89, apartado 5.

¹⁶ TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 34.

¹⁷ Véase, TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513.

¹⁸ TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 35: "Además, precisamente con el fin de evitar que se vulneren los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario, el artículo 234 CE, párrafo tercero, establece que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, están obligados a someter la cuestión al Tribunal de Justicia". Al respecto Wathelet (2010, p. 410) señala que las jurisdicciones nacionales cuyas decisiones son susceptibles de recurso pueden hacer mala interpretación y aplicación del derecho de la Unión. La jurisdicción nacional que eventualmente conoce de un recurso contra esta decisión puede, a su vez, corregirla al adoptar otra interpretación o al plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre el punto de derecho.

¹⁹ Véase, C-107/76, Hoffman-La Roche de 24 de mayo de 1977, ECLI:EU:C:1977:89, apartado 5; C-343/90, Lourenço Dias de 16 de julio de 1992, ECLI:EU:C:1992:327, apartado 14; C-35 y 36/82, Morson y Jhanjan de 27 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:368, apartado 8 C-314/01, Siemens y Arge Telekom de 18 de marzo de 2004, ECLI:EU:C:2004:159, apartado 33; C-247/02, Síntesis de 7 de octubre de 2004, ECLI:EU:C:2004:593, apartado 21.

sobre la interpretación del derecho de la Unión debía ser reenviada al Tribunal de Justicia (Lagrange, 1971, p. 317).

En este periodo, en teoría, los jueces nacionales de última instancia se encontraban relativamente subordinados mediante esta obligación. Las reacciones no se hicieron esperar: algunas cortes nacionales de último recurso decidieron omitir el reenvío obligatorio haciendo uso de la doctrina francesa del "acto claro",²⁰ cuyo funcionamiento –de acuerdo con el administrativista francés Laferrière (1896, p. 498)– condiciona el reenvío prejudicial a la existencia de una "dificultad real, señalada por las partes o espontáneamente reconocida por el juez, de naturaleza a generar una duda en una mente esclarecida" sobre el sentido de una disposición jurídica.

Conscientes de esta subversiva situación, en su sentencia *CILFIT* de 1982, pasando por la sentencia *Da Costa en Schaake*, los jueces de Luxemburgo rápidamente establecieron tres excepciones al reenvío prejudicial obligatorio. Así, todo juez nacional concernido por el artículo 267, párrafo 3:

ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos 1) que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente 2) o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia 3) o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad.²¹

El establecimiento de estas excepciones marcó un "clima de confianza mutua y de cooperación" (Lagrange, 1971, p. 132) entre el Tribunal de Justicia y quienes

²⁰ Véase, entre otras, Consejo de Estado francés, *Ass., Société des Pétroles Shell-Berre et autres* de 19 de junio de 1964, *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 121 y ss.; Bundesfinanzhof (Corte Federal de Finanzas), "Re Taxation of Foreign Workers" de 9 de julio 1976, *Common Market Law Reports*, 1977, pp. 659 y ss.; Corte de Casación italiana, "Schiavello v. Nesci", Caso 2896, 6 de octubre de 1972, *Common Market Law Reports*, 1975, pp. 198 y ss.; Corte de Casación belga, 2a. cámara, *Le compte de 14 de diciembre de 1976*, *Pasicrisie belge*, 1977, I, pp. 430 y ss.

²¹ TJUE, C-283/81, *CILFIT c. Ministère de la Santé* de 6 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335, dispositivo.

aplican estas excepciones: los jueces nacionales de última instancia. Así, dicha sentencia limita la automaticidad del reenvío prejudicial confiriendo a estos órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia un "amplio poder de apreciación sobre el reenvío prejudicial" y "establece los principios que deben guiar al juez en este poder de apreciación" (Masclat, 1983, p. 366).

3. El "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia

Los padres de la Unión europea no consideraron necesario prever en los tratados fundadores los tipos de efectos que surten las sentencias prejudiciales adoptadas por el Tribunal de Justicia. Actualmente el TUE como el TFUE siguen guardando silencio al respecto. Asimismo, otros instrumentos, tales como reglamentos, directivas, decisiones, etc., siguen esta misma línea.

La cuestión sobre los efectos, sin embargo, ha sido abordada por la jurisprudencia del propio órgano jurisdiccional europeo. Al respecto, tres son los que pueden atribuirse a sus sentencias prejudiciales: efectos *inter pares*, efectos *ex tunc*, y bajo el respeto de ciertas condiciones muy estrictas, efectos *ex nunc*.

En ese sentido, el sistema jurídico de la Unión no establece explícitamente una doctrina de "binding precedent" o un "efecto de precedente" (Woods y Wattson, 2009, p. 240).²² El Tribunal de Justicia, en particular, no ha proclamado la obligatoriedad de sus decisiones sobre las jurisdicciones nacionales ni se ha atado formalmente a seguir sus propios fallos prejudiciales en futuros reenvíos.

Una de las posibles explicaciones históricas se encuentra en el origen mismo de la ex Comunidad Económica Europea: los seis Estados miembros fundadores

²² Asimismo, en sus conclusiones, algunos abogados generales han referido explícitamente a la inexistencia de una *stare decisis* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Conclusiones del abogado general Nial Fenelly, presentadas el 6 de junio de 1996, C-267/95, Merck c. Primecrown, ECLI:EU:C:1996:228, apartado 139; conclusiones del abogado general Antonio La Pergola, presentadas el 9 de septiembre de 1996, C-262/96, Sürül, ECLI:EU:C:1998:55, apartado 36.

instituyeron una doctrina del *binding precedent* para las decisiones del Tribunal de Justicia debido a su pertenencia a la tradición jurídica civilista. Esta tendencia continuó incluso después del ingreso a la Unión europea de dos países del *common law*: Reino Unido e Irlanda.

La otra razón obedece a la arquitectura judicial de la Unión europea bajo el prisma del reenvío prejudicial: la ausencia de vínculos formales de subordinación entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales.

La ausencia formal de una doctrina del *binding precedent*, no obstante, debe ser ligeramente atenuada: debido a la configuración del sistema jurídico de la Unión, en particular, de su derecho contencioso, algunos elementos dotan a las sentencias prejudiciales de un cierto "efecto de precedente".

Así, se observará como en lugar de una *stare decisis*, el Tribunal de Justicia adopta una práctica de autocitación de sus propias decisiones (3.1). Por su parte, la doctrina del "acto aclarado", el efecto *inter pares* y el efecto *ex tunc* dan fundamento a una autoridad interpretativa o de "la cosa interpretada" de las sentencias prejudiciales (3.2). Los recursos de infracción y de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por violaciones al derecho de la Unión constriñen con cierta fuerza el respeto por parte las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros a las interpretaciones prejudiciales dictadas en casos previos por los jueces de Luxemburgo (3.3).

3.1. La práctica de autocitación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Desde los primeros años de su creación, el Tribunal de Justicia ha dictado una serie de sentencias prejudiciales con un valor histórico y fundacional importante. Así, mediante el fallo en el asunto *Van Gend en Loos*²³ los jueces de Luxemburgo adoptaron en el sistema jurídico de la Unión el principio de efecto directo objetivo. Éste permite a los particulares invocar ante los órganos jurisdiccionales

²³ TJUE, C-26/62, *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

nacionales una disposición jurídica de aplicación no inmediata del derecho de la Unión, siempre y cuando ésta les otorgue un derecho de manera precisa, clara e incondicional.

Otros ejemplos son las sentencias prejudiciales dictadas en el asunto *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*,²⁴ sobre las medidas de efecto equivalentes a las restricciones cuantitativas de mercancías, y en el asunto *Defrenne*,²⁵ en materia de no discriminación e igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. Asimismo, las sentencias analizadas en el presente artículo también son ejemplos ilustrativos de este tipo de fallos relevantes (*Da Costa en Schaake, CILFIT y Köbler*).

En su práctica, el Tribunal de Justicia comenzó a desarrollar un sistema de autorreferencia a sus propias decisiones prejudiciales anteriores para motivar sus fallos y mantener una serie de soluciones adoptadas con anterioridad. Dichas citas se realizan con frecuencia aduciendo a la "reiterada jurisprudencia del Tribunal".

Sin constituirse en una verdadera doctrina del *stare decisis* (Koopmans, 1991, p. 309) marcada por el respeto horizontal y estricto de sus propios fallos, el Tribunal de Justicia se subordina voluntariamente a sí mismo al argumento de continuidad jurisprudencial (Navel, 2021). A pesar del carácter flexible de dicha práctica, ésta brinda cierta coherencia dentro del trabajo pretoriano del propio Tribunal en algunos ámbitos. Esto contribuye decididamente a una seguridad jurídica relativa: a partir de los criterios establecidos dentro de los fallos, los particulares pueden prever soluciones consistentes a sus problemas jurídicos durante cierto tiempo.

Desde una perspectiva argumentativa, la autocitación de decisiones funge igualmente como soporte o apoyo argumentativo para motivar las sentencias prejudiciales ulteriores, e irradia a su vez el trabajo argumentativo de los abogados generales²⁶ del Tribunal de Justicia y los practicantes nacionales: confrontados a

²⁴ TJUE, C-120/78, *Rewe Zentral* de 20 de febrero de 1979, ECLI:EU:C:1979:42.

²⁵ TJUE, C-149/77, *Defrenne* de 15 de junio de 1978, ECLI:EU:C:1978:130.

²⁶ La figura del abogado general al Tribunal de Justicia puede ser entendida como un especialista del derecho de la Unión que ofrece su opinión en un asunto antes del fallo.

una cuestión de derecho de la Unión, éstos refieren con frecuencia a la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo para indicar la existencia de una interpretación previa.

Finalmente, es importante señalar que no se han identificado criterios objetivos para la justificación de los pocos cambios operados dentro de la jurisprudencia reiterada (*overruling*) del Tribunal de Justicia.

3.2. La autoridad interpretativa de las sentencias prejudiciales: la doctrina del acto aclarado y los efectos *ex tunc* (sentido *ab initio*)

La autoridad interpretativa de las sentencias prejudiciales encuentra su fundamento tanto en la doctrina "del acto aclarado" como en los efectos *ex tunc* acompañados de un sentido *ab initio* del derecho de la Unión.

Las sentencias mediante las cuales el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial pueden proporcionar una respuesta a otra cuestión planteada idéntica (planteada en los mismos términos) o similar. Las jurisdicciones nacionales de última instancia pueden hacer alusión a dichas sentencias para resolver el litigio y eludir su obligación de elevar una cuestión a los jueces de Luxemburgo (3.2.1).

Por otro lado, en virtud de los efectos *ex tunc* se observará que la interpretación prejudicialmente dada por el Tribunal de Justicia a una disposición jurídica se impone *ab initio* a todos los órganos jurisdiccionales nacionales, de manera que el derecho de la Unión debe ser aplicado "como si" desde un inicio hubiera tenido ese sentido (3.2.2).

3.2.1. La doctrina del "acto aclarado" del Tribunal de Justicia

La famosa doctrina del acto aclarado en el derecho de la Unión tiene un primer origen en el fallo adoptado en el asunto *Da costa en Schaake*.²⁷

²⁷ TJUE, C-28 a 30/62, *Da costa en Schaake NV* de 27 de marzo de 1963, ECLI:EU:C:1963:6.

En este caso, una jurisdicción nacional, cuyas decisiones no eran susceptibles de recurso de derecho interno –la *Tariefcommissie* de los Países Bajos–, planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que ésta había formulado en los mismos términos²⁸ un mes antes en el célebre asunto *van Gend en Loos*.²⁹ Asimismo, como bien lo señaló el abogado general Maurice Lagrange, las observaciones formuladas por los diferentes actores en ambos asuntos eran idénticas y después de la sentencia *van Gend en Loos* no sobrevino un hecho nuevo o se presentó argumento nuevo alguno³⁰ que ameritara una respuesta distinta a la misma cuestión.

Dos soluciones eran posibles: responder a la cuestión prejudicial calcando los términos del fallo *van Gend en Loos*, o simplemente declarar la inadmisibilidad de la petición de la *Tariefcommissie* puesto que se trataba de la misma pregunta. Sin embargo, en la sentencia *Da costa en Schaake* los jueces de Luxemburgo tomaron otra dirección.

En su breve sentencia prejudicial, el Tribunal de Justicia, primero confirmó la incondicionalidad de la obligación de reenvío (actual artículo 267) la cual "obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación planteada ante los mismos".³¹

Posteriormente, los jueces de Luxemburgo establecieron que

la *autoridad interpretativa* sentada por este Tribunal en virtud del artículo 177 [actual artículo 267 TFUE] puede, no obstante, privar a dicha obligación de su causa y vaciarla

²⁸ Conclusiones del abogado general Maurice Lagrange, presentadas el 13 de marzo de 1963, C-28/62, *Da costa en Schaake*, ECLI:EU:C:1963:2, p. 373.

²⁹ TJUE, C-26/62, *van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, ECLI:EU:C:1963:1, p. 7. Se trata de determinar si el antiguo artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) tenía un "efecto directo en derecho interno, en el sentido de que los nacionales de los Estados miembros puedan invocar, basándose en este artículo, derechos que el Juez nacional deba proteger".

³⁰ Conclusiones del abogado general Maurice Lagrange, presentadas el 13 de marzo de 1963, C-28/62, *Da costa en Schaake*, ECLI:EU:C:1963:2, p. 373.

³¹ TJUE, C-28 a 30/62, *Da costa en Schaake NV* de 27 de marzo de 1963, ECLI:EU:C:1963:6, p. 75.

así de su contenido; que ocurre así, en especial, cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo.³²

Finalmente, para responder a la cuestión planteada por la *Tariefcommissie*, el Tribunal de Justicia cita directamente su sentencia dictada en el asunto *van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963.³³

En otras palabras, mediante este pasaje, los jueces de Luxemburgo declaran que las interpretaciones contenidas en las sentencias prejudiciales gozan de dicha autoridad interpretativa. Por ello, carece de sentido elevar obligatoriamente una cuestión prejudicial, si es "materialmente idéntica" a otra que fue anteriormente respondida por el Tribunal de Justicia en otro asunto. Esto requería que todos los puntos de comparación entre una primera cuestión previamente resuelta y la segunda cuestión fueran completamente los mismos.

Esta doctrina del acto aclarado encuentra una posterior consolidación y precisión en la famosa sentencia *CILFIT* del 6 de octubre de 1982.

Este asunto tiene su origen en un litigio ante las jurisdicciones nacionales italianas. Durante dos años, *CILFIT* y otras sociedades comerciales italianas pagaron un impuesto por la importación de lanas desde otros países terceros a la Comunidad Europea. Ante los jueces nacionales, las sociedades exigieron el reembolso de las cantidades indebidamente pagadas.

³² TJUE, C-28 a 30/62, *Da costa en Schaake NV* de 27 de marzo de 1963, ECLI:EU:C:1963:6, p. 75 (cursivas añadidas). La versión francesa de la sentencia, uno de los primeros idiomas oficiales de la Unión, es más reveladora al respecto. Esta utiliza el término "autoridad interpretativa" (*autorité interpretative*). La traducción oficial de la sentencia al español fue realizada después de 1986: fecha de integración efectiva de España a la Unión Europea. La versión en español utiliza el término "doctrina interpretativa".

³³ TJUE, C-28 a 30/62, *Da costa en Schaake NV* de 27 de marzo de 1963, ECLI:EU:C:1963:6, pp. 76 y 77: "Considerando, en cuanto al fondo, que la interpretación del artículo 12 del Tratado CEE ahora pedida fue enunciada por la sentencia del Tribunal de Justicia 26/62, de 5 de febrero de 1963; que, en efecto, el Tribunal de Justicia declaró que [...] Considerando que las cuestiones de interpretación planteadas en el caso presente son idénticas a las así resueltas, y que al Tribunal de Justicia no se le ha aportado ningún elemento nuevo; que, por dichas razones, procede remitir a la *Tariefcommissie* a lo resuelto en la anterior sentencia".

Las empresas aducían que el Reglamento 827/68 del Consejo de 28 de junio de 1968³⁴ preveía una prohibición de imponer exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana sobre los productos "de origen animal" importados. En primera y segunda instancia, el litigio se concentró sobre la cuestión de determinar si las lanas entraban o no en esta denominación.

El asunto llegó a la Corte de Casación italiana y las demandantes pidieron a esta jurisdicción nacional elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que interpretara el Reglamento 827/68. Además, señalaron que en virtud del actual artículo 267, párrafo 3, dicha jurisdicción nacional de última instancia estaba obligada a reenviar la cuestión.

Contrariamente a las demandantes, la administración italiana, consideraba que en este caso: "las circunstancias fácticas son de una evidencia tal que estas descartan la posibilidad de concebir una duda interpretativa, y permiten excluir la exigencia de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia".³⁵

La Corte de Casación decidió entonces elevar cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 267 con la finalidad de determinar si esta disposición "¿establece una obligación [...] que no permite al Juez nacional llevar a cabo apreciación alguna acerca del fundamento de la cuestión suscitada, o bien condiciona dicha obligación y, en su caso, dentro de qué límites, a la existencia previa de una duda de interpretación razonable?".³⁶

Después de haber mencionado la finalidad del mecanismo de cuestión prejudicial y de la obligación de reenvío, y realizado un recordatorio sobre el sistema de competencias entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia, en su sentencia los jueces de Luxemburgo establecieron tres excepciones a dicha

³⁴ Règlement portant sur l'organisation commune des marchés pour certains produits énumérés dans l'annexe II du Traité CEE.

³⁵ TJUE, C-283/81, CILFIT de 6 octobre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 3.

³⁶ TJUE, C-283/81, CILFIT de 6 octobre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 4.

obligación. La primera y la tercera conciernen respectivamente la pertinencia de la cuestión reenviada y la aplicación correcta del derecho de la Unión.

La segunda excepción, por su parte, aporta ciertas precisiones importantes al fallo *Da Costa en Schaake*. Al respecto, en la sentencia *CILFIT* el Tribunal de Justicia agrega que el mismo efecto, es decir, privar a la obligación de reenvío de su causa y vaciarla así de su contenido, "puede derivar de la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas".³⁷

En su parte dispositiva, los jueces de Luxemburgo liberan a las jurisdicciones nacionales de última instancia de su obligación de reenvío prejudicial, particularmente, cuando "la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia".³⁸

Dicha excepción ha recibido el nombre de la "doctrina del acto aclarado" o del "acto interpretado". En otras palabras, ésta consiste en aplicar la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, producto no sólo del mecanismo prejudicial sino también de otros procesos como, por ejemplo, el recurso de infracción, para evadir la obligación de reenvío prejudicial que pesa sobre las jurisdicciones nacionales de última instancia. La identidad material de las cuestiones sobre la interpretación de una disposición jurídica del derecho de la Unión ya no es requerida. Ahora sólo basta con que la respuesta pueda derivarse de otra cuestión previamente resuelta.

Ciertamente, la aplicación de esta doctrina no excluye que, en la práctica, las jurisdicciones nacionales de última instancia puedan plantear una cuestión prejudicial previamente respondida por los jueces de Luxemburgo. Al respecto,

³⁷ TJUE, C-283/81, *CILFIT* de 6 octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 14.

³⁸ TJUE, C-283/81, *CILFIT* de 6 octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335, pt 21 y parte dispositiva.

de manera informal, el Tribunal de Justicia acostumbra a dirigirse al juez *a quo* por escrito para preguntarle si desea mantener la cuestión prejudicial tomando en cuenta que la respuesta resulta de una jurisprudencia bien consolidada (Wathelet, 2010, p. 454).

Asimismo, el artículo 99 del nuevo Reglamento de Procedimientos del 25 de septiembre de 2012³⁹ instaura un procedimiento prejudicial "simplificado" (Pertek, 2013, p. 223). Por medio de este, la Sala del Tribunal de Justicia que conoce de la cuestión prejudicial de interpretación puede, "a propuesta del juez ponente y tras oír al Abogado general", darle respuesta mediante auto motivado, sin celebrar audiencia y sin conclusiones del abogado general, cuando la cuestión "sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto".

3.2.2. El efecto retroactivo de los fallos prejudiciales y el sentido *ab initio*

El segundo elemento que fundamenta el "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales en interpretación adoptadas por el Tribunal de Justicia es su efecto retroactivo acompañado de un cierto sentido *ab initio* otorgado al derecho de la Unión. Sin embargo, antes de analizar dicha cuestión, es imperativo abordar el efecto principal de los fallos prejudiciales: el efecto *inter pares*.

Las sentencias prejudiciales adoptadas por el Tribunal de Justicia se benefician de una autoridad *inter pares* sobre el juez nacional *a quo*. En efecto, la interpretación de una disposición jurídica de derecho de la Unión realizada por los jueces de Luxemburgo se impone a la jurisdicción nacional del Estado miembro que ha solicitado el reenvío prejudicial.⁴⁰ En el caso del procedimiento prejudicial

³⁹ A diferencia del exartículo 104, § 3, en el actual artículo 99 desaparece la exigencia de informar a la jurisdicción nacional y a los interesados (partes en el litigio principal, Estados miembro, Comisión, etc.) la aplicación de este procedimiento.

⁴⁰ TJUE, C-69/85, Wünsche Handelsgesellschaft auto de 5 de marzo de 1986, ECLI:EU:C:1986:104, apartado 13: "De ello se sigue que una sentencia por la que el Tribunal se pronuncia con carácter prejudicial sobre la interpretación o la validez de un acto adoptado por una institución de la Comunidad resuelve, con autoridad de cosa juzgada, una o varias cuestiones de Derecho comunitario y vincula al juez nacional para la resolución del litigio principal".

en interpretación, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar por sí mismo el derecho de la Unión al litigio principal, por lo que pertenece de manera exclusiva al juez nacional de aplicar la respuesta a la cuestión prejudicial para encontrar una solución al litigio llevado ante él.⁴¹

Al respecto, la jurisdicción nacional posee un cierto margen de apreciación en la aplicación de la sentencia prejudicial al caso en concreto.⁴² Si al término de estas operaciones el juez nacional concluye que una medida de derecho nacional no es compatible con la interpretación dada del derecho de la Unión, éste debe dejarla inaplicada.⁴³

El desconocimiento por parte de la jurisdicción nacional de los elementos que integran la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia puede dar lugar a un recurso de infracción o una acción por responsabilidad extracontractual ante los jueces nacionales debido a una violación del derecho de la Unión.

Por su parte, el efecto retroactivo fue previsto por primera vez en el fallo *Salumi*. Este asunto encuentra su origen ante las jurisdicciones nacionales italianas. Durante cierto tiempo, en virtud de una interpretación del derecho de la Unión por parte de la Administración Pública, la empresa *Salumi* pagó un impuesto por la importación a la Comunidad Europea de carne de bovino. Posteriormente, en otro asunto, dicha interpretación fue considerada por el Tribunal de Justicia como contraria al derecho de la Unión. Más tarde, ante las jurisdicciones nacionales italianas, la empresa exigió el reembolso del impuesto aduanal indebidamente percibido.

En última instancia, la Corte de Casación italiana preguntó al Tribunal de Justicia si la interpretación de una disposición jurídica realizada previamente por este último en una sentencia debe ser aplicada incluso a las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la fecha de dicho fallo.

⁴¹ TJUE, C-52/76, *Benedetti* de 3 de febrero de 1977, ECLI:EU:C:1977:16, apartado 26.

⁴² TJUE, C-85/96, *Maria Martínez Sala* de 12 de mayo de 1998, ECLI:EU:C:1998:217.

⁴³ TJUE, C-106/77, *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, ECLI:EU:C:1978:49, apartado 21 y dispositivo.

En su decisión, instituyendo los efectos *ex tunc* de sus sentencias, los jueces de Luxemburgo dictan el célebre pasaje que se convertiría en jurisprudencia constante.⁴⁴

La interpretación que [...] da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario, esclarece y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de ésta tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. Consecuencia de ello es que el Juez puede y debe aplicar la norma de este modo interpretada incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelve la petición de interpretación, si por otra parte concurren los requisitos necesarios para someter un litigio relativo a la aplicación de dicha norma a los órganos jurisdiccionales competentes.⁴⁵

En otras palabras, las sentencias prejudiciales poseen una extensión retroactiva. Además, la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia es declaratoria. Esto significa que toda jurisdicción nacional, en principio, aplica la disposición de derecho de la Unión Europea tal cual fue interpretada por el Tribunal de Justicia ya que dicha disposición goza desde su creación el sentido que este último le otorga (sentido *ab initio*).

Sin embargo, respetando ciertas condiciones, y de manera extremadamente excepcional, el Tribunal de Justicia puede limitar la posibilidad de cualquier interesado de invocar la interpretación que éste ha dado previamente a una disposición jurídica de derecho de la Unión.⁴⁶ Así, los jueces de Luxemburgo pueden decidir que dicha interpretación produzca sus efectos a partir de la fecha del pronunciamiento de la sentencia prejudicial (efecto *ex nunc*) por motivos de imperiosos de seguridad jurídica.⁴⁷

⁴⁴ TJUE, C- 262/96, Sürül de 4 de mayo de 1999, ECLI:EU:C:1999:228, apartado 107. Véase también. C-24/86, Blaizot de 2 de febrero de 1988, ECLI:EU:C:1988:43, apartado 27; y C-2/06 Kempter de 12 de febrero de 2008, ECLI:EU:C:2008:78, apartado 35.

⁴⁵ TJUE, C-66/79, 127/79 y 128/79, Salumi de 27 de marzo de 1980, ECLI:EU:C:1980:101, apartado 9.

⁴⁶ Véase, TJUE, C-43/75, Defrenne II de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:56.

⁴⁷ Véase, TJUE, C-262/88, Barber de 17 de mayo de 1990, ECLI:EU:C:1990:209; C-200/90, Dansk Denkvit de 31 de marzo de 1992, ECLI:EU:C:1992:152; C- 262/96, Sürül de 4 de mayo de 1999, ECLI:EU:C:1999:228; C-242/09, Albron Catering de 21 de octubre de 2010, ECLI:EU:C:2010:625; C-66, 127 y 128/79, Amministrazione delle finanze dello Stato de 27 de marzo de 1980, ECLI:EU:C:1980:101. Por otro lado, dos criterios originales orientan al Tribunal de Justicia a limitar los efectos en el tiempo de las

3.3. Medios de constricción para el respeto de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia: la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros y el recurso de infracción

La autoridad de las interpretaciones prejudiciales realizadas por el Tribunal de Justicia encuentra un respeto relativo a través de dos medios procesales: el recurso de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros (3.3.1) y el recurso de infracción (3.3.2), ambos debido a las violaciones al derecho de la Unión imputables a los jueces nacionales de última instancia. Así, estos órganos jurisdiccionales nacionales son constreñidos a seguir las interpretaciones previamente realizadas por el Tribunal de Justicia para evitar una condena a sus Estados miembros.

3.3.1. La responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por las violaciones al derecho de la Unión imputables al ejercicio de la función jurisdiccional

El primer elemento que constriñe a las jurisdicciones nacionales de última instancia a seguir las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia es la posibilidad de introducir un recurso de responsabilidad extracontractual contra un Estado miembro debido al daño causado a un particular por la violación al derecho de la Unión.

El marco jurídico general es de origen jurisprudencial y se encuentra en las célebres sentencias *Francovich* y *Bonifaci c. República italiana*, así como *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*. En estos fallos prejudiciales el Tribunal de Justicia

sentencias prejudiciales en interpretación: la existencia de "relaciones jurídicas establecidas de buena fe" y el riesgo "problemas graves" que esta sentencia pudiera tener en esas relaciones. Véase, TJUE, C-372/98, Cooke de 12 de octubre de 2000, ECLI:EU:C:2000:558, apartado 42; C-402/03, Skov de 10 de enero de 2006, ECLI:EU:C:2006:6, apartado 51. En otras sentencias, el Tribunal de Justicia ha precisado la extensión de esta excepción: véase, TJUE, C-355/11, Brouwer de 14 de junio de 2012, ECLI:EU:C:2012:353, apartados 33 y 34; C-82/12, Transporters Jordi Besora de 27 de febrero de 2014, ECLI:EU:C:2014:108, apartados 40 a 42, 48 y 49; C-110/15, Nokia Italia e.a. de 22 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:717, apartados 59 a 61; C-24/86, Blaizot de 2 de febrero de 1988, ECLI:EU:C:1988:43; TJUE, C-262/88, Barber de 17 de mayo de 1990, ECLI:EU:C:1990:209; C- 262/96, Sürül de 4 de mayo de 1999, ECLI:EU:C:1999:228.

sometió dicha posibilidad al cumplimiento de las siguientes tres condiciones cumulativas: 1) la regla jurídica de derecho de la Unión vulnerada debe conferir derechos a los particulares; 2) la vulneración debe estar suficientemente caracterizada, y 3) debe existir una relación de causa directa entre la vulneración y el daño sufrido por las personas perjudicadas.

Cabe señalar que, a diferencia del mecanismo prejudicial o del recurso de infracción, la demanda debe ser introducida ante las instancias nacionales competentes en virtud del derecho interno, el cual pone además en marcha estas condiciones.

El 30 de septiembre de 2003, en su sentencia *Köbler*,⁴⁸ el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la cuestión de determinar si el principio de responsabilidad extracontractual del Estado miembro se aplicaba también al ejercicio de la función jurisdiccional, en particular, a los casos en los que existen "errores" de interpretación cometidos por las jurisdicciones nacionales de última instancia.

El asunto concierne a *Köbler*, un profesor universitario a quien le fue rechazado un complemento salarial por antigüedad. Después de haber defendido su causa ante varias jurisdicciones del orden administrativo, el 22 de octubre de 1997 el asunto llegó a la Corte Suprema Administrativa austriaca.

Dudosa sobre el sentido de las disposiciones de derecho de la Unión que podían aplicarse al caso en concreto, el órgano jurisdiccional de última instancia planteó una cuestión prejudicial de interpretación.

Una vez recibida la petición, el secretario del Tribunal de Justicia preguntó al juez nacional austriaco si deseaba seguir con el procedimiento prejudicial debido a la sentencia *Schöningh-Kougebetopoulou* del 15 de enero de 1998. Este asunto concernía a una cuestión similar a aquella planteada por la alta jurisdicción administrativa austriaca. Semanas más tarde, la Corte Suprema Administrativa

⁴⁸ TJUE, C-224/01, *Köbler* de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513.

austriaca retiró su cuestión prejudicial y desestimó el recurso introducido por Köbler.

Por su parte, considerando que la decisión del juez administrativo supremo era contraria al derecho de la Unión y, sobre todo, a la sentencia *Schöning-Kougebetopoulou*, Köbler introdujo un recurso de responsabilidad contra el Estado ante un tribunal austriaco de primera instancia en materia civil. Éste, a su vez, decide elevar cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia determine, entre otras cosas, si el principio de responsabilidad extracontractual también se extiende a las vulneraciones del derecho de la Unión imputables a las jurisdicciones nacionales de última instancia.

En su sentencia, los jueces de Luxemburgo reiteraron las tres condiciones cuya reunión es indispensable para exigir la reparación del daño causado por los Estados miembros. En cuanto a la segunda condición (una vulneración suficientemente caracterizada) y su aplicación a un daño imputable a un órgano jurisdiccional nacional de última instancia, el Tribunal de Justicia precisa que debe tomarse en cuenta "la especificidad de la función jurisdiccional así como las exigencias legítimas de seguridad jurídica".⁴⁹ Además, la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro en razón de una violación del derecho de la Unión mediante una decisión adoptada por una jurisdicción nacional de última instancia "solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable".⁵⁰

De acuerdo con el Tribunal de Justicia, la apreciación del elemento suficientemente caracterizado de la violación se realiza en función de todos los aspectos de la situación sometida al juez nacional que conoce de la demanda de reparación del daño. Entre éstos se encuentran:

el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adop-

⁴⁹ TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 53.

⁵⁰ TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 53.

tada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267 TUE, párrafo tercero.⁵¹

Finalmente, el Tribunal de Justicia afirma de manera específica que una violación del derecho de la Unión está suficientemente caracterizada cuando la resolución del juez nacional de última instancia de que se trate: "se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia".⁵²

Así, en los casos en los que la decisión de la jurisdicción nacional sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, la condición relativa a la violación suficientemente caracterizada estará reunida. Así, sólo restaría a los particulares comprobar ante los jueces nacionales la atribución de derechos en la regla jurídica y el vínculo causal entre la vulneración a dicha regla y el daño sufrido.

3.3.2. El recurso de infracción contra los Estados miembros debido a las violaciones materiales del derecho de la Unión imputables a las jurisdicciones nacionales de última instancia

El segundo elemento que refuerza el respeto y el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es la posibilidad de entablar un recurso de infracción en contra del Estado miembro debido a la vulneración del derecho de la Unión.

Previsto por el artículo 258 TFUE, el recurso ordinario de infracción puede ser comprendido como un contencioso iniciado exclusivamente⁵³ por la Comisión

⁵¹ TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 55.

⁵² TJUE, C-224/01, Köbler de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 56.

⁵³ Existen procedimientos específicos que no serán contemplados en este artículo; éstos encuentran su base jurídica en diversas disposiciones del derecho de la Unión y se caracterizan por tener diferentes titulares exclusivos: Estados miembros (art. 259 TFUE); Banco Europeo de Inversión (art. 271, a del TFUE); Banco Central Europeo (art. 271, d del TFUE). Asimismo, hay recursos de infracción sin la fase pre contenciosa (véase arts. 102, 114 y 348 del TFUE).

ante el Tribunal de Justicia con la finalidad de realizar una "comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que el imponen el Tratado o un acto de derecho derivado".⁵⁴ Este procedimiento, sin igual en otros sistemas jurídicos supranacionales, "represents a considerable advance on the rules that normally apply in public international law where a State fails to fulfill its obligations under a treaty" (Dashwood, 1989, p. 388).

El carácter objetivo de la infracción requiere únicamente la existencia de una violación del derecho de la Unión por el Estado miembro. El recurso no exige (como es el caso de la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros) un vínculo entre vulneración y daño causado. Asimismo, no se necesita comprobar la existencia de una cierta voluntad por parte de los Estados miembros que lo hayan llevado a cometer dicha violación.

Debido al principio internacional de unidad del Estado, el recurso de infracción se extiende a todos los órganos que pertenecen a las tres ramas clásicas del poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como los organismos autónomos y entidades federativas.⁵⁵

En cuanto a la rama judicial, durante largo tiempo, y con la finalidad de no socavar la cooperación judicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales establecida por el reenvío prejudicial,⁵⁶ la Comisión, en su papel de "guardiana de los Tratados", no formuló ningún agravio ante el Tribunal de Justicia para denunciar una infracción imputable a una jurisdicción nacional de última instancia de un Estado miembro.

En 2002, la Comisión presentó por primera vez un agravio contra la Corte de Casación italiana en el procedimiento de infracción *Comisión c. Italia*⁵⁷ por haber

⁵⁴ TJUE, C-83/99, Comisión c. España de 18 de enero de 2001, ECLI:EU:C:2001:31, apartado 23; C-71/97, Comisión c. España de 1 de octubre de 1998, ECLI:EU:C:1998:455, apartado 14.

⁵⁵ TJUE, C-95/97, Region Wallone c. Comisión, auto de 21 de marzo de 1997, ECLI:EU:C:1997:184.

⁵⁶ TJUE, C-9/75, Martin Meyer-Burckhardt c. Comisión de 22 de octubre de 1975, ECLI:EU:C:1975:131, p. 1177.

⁵⁷ TJUE, C-129/00, Comisión c. Italia de 9 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:656.

desconocido la jurisprudencia del Tribunal en materia fiscal. La demanda tuvo un éxito relativo: condenaron al Estado italiano, sin embargo, esto por una falta imputable al legislador italiano.

Más tarde, en su sentencia *Comisión c. España*,⁵⁸ el Tribunal de Justicia constató por primera vez una infracción al derecho material de la Unión europea imputable a una jurisdicción nacional de última instancia. En este caso, se produjo una contradicción explícita entre, por un lado, la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo y, por el otro, una (mala o errónea) interpretación adoptada por una jurisdicción nacional de última instancia. Una segunda infracción de este tipo fue recientemente declarada en el asunto *Comisión c. Francia*.⁵⁹ Esta última se acompaña además de una primera violación a la obligación de reenvío prejudicial.

El primer asunto concierne a una línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo español sobre la cuestión de determinar si los servicios ofrecidos a una comunidad autónoma por los registradores de la propiedad, en calidad de titulares de una oficina liquidadora de distrito hipotecario, estaban sujetos al IVA. En casación en interés de la ley, el 12 de julio de 2002, el supremo español consideró que estos registradores de la propiedad no estaban sometidos al IVA puesto que debían ser considerados como funcionarios de la Administración Pública.

La Comisión introdujo un recurso de infracción contra el Estado español. En sus agravios, consideraba que, contrariamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, esta actividad era objeto de dicho impuesto en virtud del artículo 2 de la sexta directiva en materia de IVA.

Al término de un razonamiento detallado, y constatando la infracción al derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia concluyó que los servicios prestados por

⁵⁸ TJUE, C-154/08, *Comisión c. España* de 12 de noviembre de 2009, ECLI:EU:C:2009:695, apartado 32.

⁵⁹ TJUE, C-416/17, *Comisión c. Francia* du 4 de octubre de 2018, ECLI:EU:C:2018:811. En materia de reenvío prejudicial obligatoria esta sentencia es paradigmática ya que se constata por primera vez la violación a la obligación a cargo de las jurisdicciones nacionales de última instancia de elevar cuestión prejudicial.

los registradores de la propiedad constituyen actividades económicas independientes, en el sentido de la sexta directiva del IVA, y que, en el ejercicio de esta actividad, éstos no podían ser considerados como funcionarios públicos.⁶⁰

La interpretación previa del derecho de la Unión que apuntaba en ese sentido se encontraba particularmente en la sentencia *Ayuntamiento de Sevilla* del 25 de julio de 1991.⁶¹ En su razonamiento, el Tribunal de Justicia múltiples veces fundó sus motivos en esta decisión.

El asunto *Comisión c. Francia* concierne el sistema francés de las retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario y la distribución de dividendos provenientes de filiales establecidas en el extranjero de empresas matrices francesas.

En respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Consejo de Estado francés, en su sentencia *Accor*⁶² el Tribunal de Justicia consideró⁶³ que los artículos 40 y 63 del TFUE se oponían a un sistema fiscal que permitía a una sociedad matriz francesa imputar a la retención (obligación que nace cuando se realiza la distribución entre accionistas de los dividendos recibidos por las filiales) el crédito fiscal vinculado a la redistribución de dividendos provenientes de filiales establecidas en Francia, sin ofrecer la misma posibilidad cuando se trata de dividendos provenientes de una filial establecida en otro Estado miembro.⁶⁴

El juez *a quo*, es decir el Consejo de Estado francés, en aplicación de dicha sentencia, dictó sus fallos *Accord* y *Rhodia* del 10 de diciembre de 2012⁶⁵ y estableció las condiciones para devolver las retenciones percibidas en violación

⁶⁰ TJUE, C-154/08, *Comisión c. España* de 12 de noviembre de 2009, ECLI:EU:C:2009:695, apartados 84 a 123.

⁶¹ Véase, TJUE, C-154/08, *Comisión c. España* de 12 de noviembre de 2009, ECLI:EU:C:2009:695, en particular: apartados 98, 106, 107, 109, 113, 114 y 118.

⁶² TJUE, C-319/09, *Accord* de 15 de septiembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:581.

⁶³ TJUE, C-319/09, *Accord* de 15 de septiembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:581.

⁶⁴ TJUE, C-319/09, *Accord* de 15 de septiembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:581, apartado 69.

⁶⁵ Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317074, *Rhodia*, FR:CESSR:2012:317074.20121210, apartado 26, y sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317075, *Accor*, FR:CESSR:2012:317075.20121210, apartado 21.

al derecho de la Unión. Asimismo, ante la alta jurisdicción administrativa francesa se planteó la cuestión de determinar si dentro de la devolución también se incluían las retenciones realizadas a las *subfiliales* establecidas en otros Estados miembros. Al respecto, en su sentencia, el Consejo de Estado respondió a la pregunta de forma negativa.

La Comisión entonces introdujo un recurso de infracción contra el Estado francés en razón particularmente de la contradicción entre, por un lado, las sentencias del Consejo de Estado, y, por el otro, el fallo adoptado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Accord*. La Comisión además alegó la violación por parte la jurisdicción administrativa francesa de su obligación de reenvío.

En su fallo, el Tribunal de Justicia declara, en primer término, que el Estado francés no puso fin a la situación irregular constatada en la decisión prejudicial *Accor*.

Asimismo, señala que la interpretación del Consejo de Estado era a todas luces contraria a los artículos 40 y 63 del TFUE. Siguiendo la opinión del abogado general Melchior Wathelet, los jueces de Luxemburgo manifiestan que, mediante sus fallos, el "Consejo de Estado optó por no seguir"⁶⁶ los principios en la materia que se derivan de la sentencia *Test Claimants II*.⁶⁷

Finalmente, en esta sentencia el Tribunal de Justicia constata, por primera vez, la infracción cometida a la obligación de reenvío prejudicial, en particular, por no haber respetado la tercera excepción sobre la interpretación correcta del derecho de la Unión.

4. Conclusión

La estructura judicial de la Unión Europea, caracterizada por sus dos niveles jurisdiccionales (nacional y supranacional) presenta dos especificidades importantes:

⁶⁶ TJUE, C-416/17, Comisión c. Francia du 4 de octubre de 2018, ECLI:EU:C:2018:811, apartado 11.

⁶⁷ TJUE, C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation (II) de 13 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:707, apartado 46.

la ausencia de un vínculo de subordinación entre jueces nacionales y Tribunal de Justicia, así como la puesta en marcha de un solo sistema jurídico por los múltiples órganos jurisdiccionales de los 27 Estados miembros.

El mecanismo de cuestión prejudicial, consistente en preguntar al Tribunal de Justicia sobre el sentido de una disposición de derecho de la Unión, tiene como objetivo la preservación del carácter uniforme del derecho de la Unión. En este sentido se ha instaurado una facultad, así como una obligación de reenvío que pesa sobre ciertos jueces. A la luz del reenvío, existe una relación de cooperación entre jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia.

En este contexto, la cuestión inicial consistió en determinar si existe una doctrina de precedentes respecto de las sentencias prejudiciales, es decir, aquellas mediante las cuales el Tribunal de Justicia da respuesta a una cuestión realizando así una interpretación sobre una regla del derecho de la Unión.

Desde un punto de vista formal, el sistema jurídico de la Unión no instituye una doctrina de precedentes. Sin embargo, considerando algunos aspectos del reenvío prejudicial y ciertos recursos procesales, podemos hablar de un "efecto de precedente" que debido a su nivel de obligatoriedad no alcanzaría el mismo estatus que la clásica doctrina del *binding precedent*.

En cuanto a una *stare decisis*, ésta es remplazada por la utilización sistemática de autorreferencias por parte del Tribunal de Justicia a sus propias sentencias prejudiciales. La continuidad y seguimiento de su propia jurisprudencia descansa en la voluntad de los jueces de Luxemburgo.

En lo que concierne a los órganos jurisdiccionales, la manera un tanto original de articular dicho efecto de precedente consiste en vincular la doctrina del acto aclarado con el carácter *ab initio* de las interpretaciones prejudiciales por el Tribunal de Justicia. En efecto: las jurisdicciones nacionales evitan el reenvío obligatorio resolviendo un asunto a partir de una interpretación del derecho de la Unión previamente realizada por los jueces de Luxemburgo. Asimismo, en los asuntos futuros, las jurisdicciones nacionales están obligadas a aplicar una

disposición jurídica siguiendo la interpretación *ab initio* realizada por el propio Tribunal de Justicia.

Esta articulación da lugar a una "autoridad interpretativa" que dota a las interpretaciones del Tribunal de Justicia de un alcance general relativo. Así, en principio, todas las jurisdicciones nacionales del Estado miembro, y no únicamente la jurisdicción nacional que conoce del fondo del litigio (efecto *inter pares*), deberían seguir las interpretaciones realizadas por dicha jurisdicción europea.

Al respecto, los recursos de responsabilidad extracontractual y de infracción constituyen las vías procesales para disuadir a los jueces nacionales de seguir las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia: con la finalidad de evitar condenas de responsabilidad extracontractual y constataciones de infracciones de sus Estados, los órganos jurisdiccionales nacionales, en teoría, procuran el respeto del derecho de la Unión, incluidas las interpretaciones del Tribunal de Justicia.

La fuerza del "efecto de precedente" de las sentencias prejudiciales reside en la posibilidad de hacer uso de estos medios procesales maximizando, aunque relativamente, el respeto al derecho de la Unión Europea.

Finalmente, desde un punto de vista práctico, este efecto contribuye *in extenso* al objetivo buscado por mecanismo de cuestión prejudicial: la aplicación uniforme del derecho de la Unión en sus 27 Estados miembros.

Fuentes

Opiniones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJUE, opinión 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123.

TJUE, opinión 1/91 de 14 diciembre de 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

Sentencias del Tribunal de justicia de la Unión europea

C-262/96, *Sürül* de 4 de mayo de 1999, ECLI:EU:C:1999:228.

C-106/77, *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, ECLI:EU:C:1978:49.

C-107/76, *Hoffman-La Roche* de 24 de mayo de 1977, ECLI:EU:C:1977:8.

C-110/15, *Nokia Italia e.a.* de 22 de septiembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:717.

C-120/78, *Rewe Zentral* de 20 de febrero de 1979, ECLI:EU:C:1979:42.

C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing* de 9 de noviembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:659.

C-149/77, *Defrenne* de 15 de junio de 1978, ECLI:EU:C:1978:130.

C-152/17, *Conorzio Italian Management* de 6 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2018:264.

C-154/08, *Comisión c. España* de 12 de noviembre de 2009, ECLI:EU:C:2009:695.

C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf* de 16 de enero de 1974, ECLI:EU:C:1974:3.

C-2/06, *Kempter* de 12 de febrero de 2008, ECLI:EU:C:2008:78.

C-200/90, *Dansk Denkavit* de 31 de marzo de 1992, ECLI:EU:C:1992:152.

C-210/06, *Cartesio* de 16 de diciembre de 2008, ECLI:EU:C:2008:723.

C-224/01, *Köbler* de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513.

C-24/86, *Blaizot* de 2 de febrero de 1988, ECLI:EU:C:1988:43.

- C-242/09, *Albron Catering* de 21 de octubre de 2010, ECLI:EU:C:2010:625.
- C-244/80, *Foglia* de 16 de diciembre de 1981, apartado 16, ECLI:EU:C:1981:302.
- C-247/02, *Sintesi* de 7 de octubre de 2004, ECLI:EU:C:2004:593.
- C-26/62, *van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, ECLI:EU:C:1963:1.
- C-262/88, *Barber* de 17 de mayo de 1990, ECLI:EU:C:1990:209.
- C-28 a 30/62, *Da costa en Schaake NV* de 27 de marzo de 1963, ECLI:EU:C:1963:6.
- C-283/81, *CILFIT c. Ministère de la Santé* de 6 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:335.
- C-312/93, *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995, ECLI:EU:C:1995:437.
- C-314/01, *Siemens y Arge Telekom* de 18 de marzo de 2004, ECLI:EU:C:2004:159.
- C-319/09, *Accord* de 15 de septiembre de 2011, ECLI:EU:C:2011:581.
- C-33/76, *Rewe* de 16 de diciembre de 1976, ECLI:EU:C:1976:188.
- C-337/95, *Parfums Christian Dior* de 4 de noviembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:517.
- C-343/90, *Lourenço Dias* de 16 de julio de 1992, ECLI:EU:C:1992:327.
- C-35 y 36/82, *Morson y Jhanjan* de 27 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:368.
- C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation (II)* de 13 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:707.
- C-355/11, *Brouwer* de 14 de junio de 2012, ECLI:EU:C:2012:353.

- C-372/98, *Cooke* de 12 de octubre de 2000, ECLI:EU:C:2000:558.
- C-393/98, *Gomes Valente*, de 22 de febrero de 2001, ECLI:EU:C:2001:109.
- C-402/03, *Skov* de 10 de enero de 2006, ECLI:EU:C:2006:6.
- C-416/17, *Comisión c. Francia* du 4 de octubre de 2018, ECLI:EU:C:2018:811.
- C-43/75, *Defrenne II* de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:56.
- C-45/76, *Comet* de 16 de diciembre de 1976, ECLI:EU:C:1976:19.
- C-46/93 y 48/93, *Brasserie du pêcheur y Factortame* de 5 de marzo de 1995, ECLI:EU:C:1996:79, apartado 57.
- C-493/17, *Weiss e.a.* de 11 de diciembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:1000;
C-62/14, *Gauweiler* de 16 de junio de 2015, ECLI:EU:C:2015:400.
- C-495/03, *Intermodal Transports* de 15 de septiembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:552, apartado 30.
- C-52/76, *Benedetti* de 3 de febrero de 1977, ECLI:EU:C:1977:16, apartado 26.
- C-6/64, *Costa c. Enel* de 15 de julio de 1964, ECLI:EU:C:1964:66, p. 104.
- C-66, 127 y 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato* de 27 de marzo de 1980, ECLI:EU:C:1980:101.
- C-66/79, 127/79 y 128/79, *Salumi* de 27 de marzo de 1980, apartado 9. ECLI:EU:C:1980:101.
- C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft* auto de 5 de marzo de 1986, ECLI:EU:C:1986:104, apartado 13.

C-71/97, *Comisión c. España* de 1 de octubre de 1998, ECLI:EU:C:1998:455, apartado 14.

C-82/12, *Transporters Jordi Besora* de 27 de febrero de 2014, apartados 40 a 42, 48 y 49, ECLI:EU:C:2014:108.

C-83/99, *Comisión c. España* de 18 de enero de 2001, ECLI:EU:C:2001:31, apartado 23.

C-85/96, *Maria Martinez Sala* de 12 de mayo de 1998, ECLI:EU:C:1998:217.

C-9/75, *Martin Meyer-Burckhardt c. Comisión* de 22 de octubre de 1975, ECLI:EU:C:1975:131, p. 1177.

C-95/97, *Region Wallone c. Comisión*, auto de 21 de marzo de 1997, ECLI:EU:C:1997:184.

C-99/00, *Lyckeskog* de 4 de junio de 2002, apartado 14, ECLI:EU:C:2002:329.

C-107/76, *Hoffman-La Roche* de 24 de mayo de 1977, ECLI:EU:C:1977:89, apartado 5.

C-129/00, *Comisión c. Italia* de 9 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:656.

C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi* de 18 de julio de 2013, ECLI:EU:C:2013:489, apartado 28.

C-213/89, *Factortame* de 19 de junio de 1990, apartado 19, ECLI:EU:C:1990:257.

C-224/01, *Köbler* de 30 de septiembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:513, apartado 34.

C-298/96, *Oelmühle y Schmidt Söhne* de 16 de julio de 1998, ECLI:EU:C:1998:372.

C-422/93 à C-424/93, *Zabala Erasun* de 15 de junio de 1995, apartado 15, ECLI:EU:C:1995:183.

Comunicados de la Comisión Europea

COM/2014/0144 final, Communication de la Commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. *L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 - Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union*, p. 7 et ss.

Sentencias nacionales

Corte constitucional alemana, asuntos 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, sentencia de 5 de mayo de 2020.

Bundesfinanzhof (Corte Federal de Finanzas), "Re Taxation of Foreign Workers" de 9 de julio 1976, *Common Market Law Reports*, 1977, pp. 659 y ss.

Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317074, *Rhodia*, FR:CESSR:2012:317074.20121210.

Consejo de Estado francés, sentencia de 10 de diciembre de 2012, nº 317075, *Accor*, FR:CESSR:2012:317075.20121210.

Consejo de Estado francés, Ass., *Société des Pétroles Shell-Berre et autres* de 19 de junio de 1964, *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 121 y ss

Corte de Casación italiana, "Schiavello v. Nesci", Caso 2896, 6 de octubre de 1972, *Common Market Law Reports*, 1975, pp. 198 y ss.

Corte de Casación belga, 2a. cámara, *Le compte* de 14 de diciembre de 1976, *Pasicrisie belge*, 1977, I, pp. 430 y ss.

Conclusiones de abogados generales del Tribunal de Justicia

Conclusiones del Abogado general Maurice Lagrange, presentadas el 13 de marzo de 1963, C-28/62, *Da costa en Schaake*, ECLI:EU:C:1963:2.

Conclusiones del Abogado general Antonio La Pégola, presentadas el 9 de septiembre de 1996, C-262/96, *Sürül*, ECLI:EU:C:1998:55.

Conclusiones del Abogado general Nial Fenelly, presentadas el 6 de junio de 1996, C-267/95, *Merck c. Primecrown*, ECLI:EU:C:1996:228.

Libros

Boulouis, J. (1997), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien.

Dougan, M. (2004), *National Remedies before the court of justice. Issues of Harmonisation and differentiation*, Oxford, Hart Publishing.

Laferrière, E. (1896), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tomo I, 2e. ed., Paris, Berger-Levrault.

Navel, L. (2021), *L'argument de continuité jurisprudentielle dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruselas, Larcier.

Nihoul, P. y Masson, A. (2011), *Droit de l'Union européenne*, 3e. ed., Bruselas, Larcier.

Pertek, J. (2013), *Coopération entre juges nationaux et Cour de Justice l'UE: le renvoi préjudiciel*, Bruselas, Bruylant.

Pescatore, P. (2006), *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruselas, Bruylant.

Simon, D. (2001), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF.

Vocanson, C. (2014), *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz.

Wathelet, M. (2010), *Contentieux européen*, Bruselas, Larcier.

Weatherill, S. (2006), *Cases & Materials on EU law*, 7e. ed., Oxford, Oxford University Press.

Woods, L. y Watson, P. (2009), *EU Law*, 10e. ed., Oxford, Oxford University Press.

Capítulo de libro

Anthony, A. (1998), "Interpretation and Precedent in European Community Law" en Andenas, M. y Jacobs, F., *European Community Law in the English Courts*, Oxford, Clarendon Press.

Bailleux, A. (2019), "Le renvoi préjudiciel, un droit fondamental?", en Bribosia, Emmanuelle *et al.*, *L'Europe au kaléidoscope*, Bruselas, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles.

Barav, A. (1991), "La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz.

Barceló, J. (1997), "Precedent in European Community Law" en MacCormick, N. y Summers, R., *Interpreting Precedents—A comparative study*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth.

Besson, S. y Gächter-Alge, M-L. (2011), "L'interprétation en droit européen – quelques remarques introductives", en Besson, S. *et al.*, *L'interprétation en droit européen—Interpretation in European Law*, Zurich, Schulthess.

Dumon, F. (1969), "Chapitre IV. Questions préjudicielles", en Ganshof van der Meersch, W., *Les nouvelles. Droit des communautés européennes*, Bruselas, Ferdinand Larcier.

Koopmans, T. (1991), "Stare decisis in European Law", in Koopmans, T., *Juridisch Stoppelwerk*, Maastricht.

Lenaerts, K. (2015), "Préface", en Cariat, N. et Nowak, J., *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruselas, Bruylant.

Artículos académicos

Dashwood, A. (1989), "Enforcement actions under articles 169 and 170 ECC", *European Law Review*, vol. 14.

Krommendijk, J. (2017), "Open Sesame!: Improving Access to the ECJ by Requiring National Courts to Reason their Refusals to Refer", *European Law Review*, vol. 42, núm. 1.

Labayle, H. (1983), "Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE", *Actualité Juridique de Droit Administratif (AJDA)*.

Lagrange, M. (1971), "The theory of the acte clair: A bone of contention or a source of unity", *Common Market Law Review*, vol. 8, núm. 3.

Lagrange, M. (1971), "La théorie de l'acte clair: pomme de discorde ou trait d'Union?", *Gazette du Palais*, doctrine, 1^{er} semestre.

Lenaerts, K. (1983), "Jurisprudence. Cour de Justice 6 octobre 1982. Observations. La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel", *Cahiers de droit européen*, 1983, núm. 19.

Masclat, J.-C. (1983), "Vers la fin d'une controverse? La Cour de Justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions suprêmes (article 177, al. 3, CEE)", *Revue du Marché Commun*, junio-julio, núm. 268.

Stanislas, A. *et al.* (2015), "La cour de justice, acteur multifonctionnel du développement du droit économique de l'Union", *Revue internationale de droit économique*, tomo XXIX, vol 4.

Working papers

Vajda, C. (2019), "Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order", *LAWTTIP Working Papers*, 2019/1, International Research Centre on European Law.

La gestión de la pobreza como política de desprecio

The management of poverty as a policy of contempt

SILVINA RIBOTTA*

Resumen

La pobreza es una seria violación de derechos humanos. Vivimos en un mundo injusto, con grandes desigualdades sociales, económicas, políticas y de ejercicio de derechos, que impactan de manera grave en las posibilidades que tienen las personas de desarrollar los planes de vida que desean en los espacios que habitan. Pero también, el mundo nos muestra diferencias relevantes en la calidad de vida de las personas según los países y regiones, según los modelos de Estado y las políticas públicas que éstos implementen. Por ello, en el presente artículo pretendo mostrar que no estamos condenados como sociedad a vivir en la pobreza, sino que hay acciones políticas, sociales, económicas y jurídicas que nuestros gobiernos y Estados pueden y deben realizar para disminuir la pobreza y las desigualdades, aumentando las posibilidades genuinas de vivir en igualdad

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid, directora del Máster en Derechos Fundamentales, codirectora del Seminario de Teoría Crítica e investigadora del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces Barba (ex Bartolomé de Las Casas). Licenciada en Derecho y licenciada en Trabajo Social por la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-España y doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: silvina.ribotta@uc3m.es. Número ORCID 0000-0002-7698-6596.

y libertad. La pobreza es un problema social que implica incumplimientos de normas de derecho internacional y nacional, transmitiendo el desprecio con el que los poderes públicos gestionan la calidad de vida de gran parte de la humanidad.

Palabras clave: pobreza, desigualdades, políticas públicas, Estado Social de Derecho, vulnerabilidades, derechos humanos, democracia

Abstract

Poverty is a severe violation of human rights. We live in an unfair world, with substantial social, economic, and political inequalities, as well as in the exercise of rights, which seriously impact people's possibilities to develop their free life plans. In addition, the world shows us relevant differences in the quality of life of people according to the countries and regions where they live and the types of State and the public policies they implement. For this reason, this article intends to show that we are not condemned as a society to live in poverty, but that there are political, social, economic, and legal actions that our governments and States can and must carry out to reduce poverty and inequalities, increasing the genuine possibilities of living in equality and freedom. Poverty is a social problem that involves breaches of International and national laws, transmitting the contempt with which public powers manage the quality of life of a large part of humanity.

Keywords: poverty, inequalities, public policies, Social State, vulnerabilities, Human Rights, Democracy

1. El mundo prepandémico y su normalidad de pobreza

Vivimos en un mundo desigualitario e injusto, con millones de seres humanos malviviendo en situaciones de pobreza o muriendo por causas vinculadas a la pobreza, por lo que la pandemia que todavía estamos atravesando no hará más que profundizar de manera aún más injusta las estructuras desigualitarias en las que los humanos vivíamos, agudizando las otras muchas crisis sociales, políticas, económicas, culturales y epidemiológicas que transcurrían invisibilizadas para los grandes focos de poder, porque afectaban de manera más grave a los de siempre, a las poblaciones más vulnerabilizadas del mundo.

Esta pandemia ha puesto, aparentemente, el foco de atención en una posible gravedad *más igualitaria* porque, se subraya, *el virus ataca a todos¹ por igual*. Pero, como ya nos ha enseñado la historia de todas las pandemias y epidemias que hemos sufrido y de todas las crisis que hemos vivido, ningún virus, ninguna enfermedad, ninguna tragedia o crisis natural o no impacta por igual en todas las personas, sino que afecta de manera directa según el lugar que cada persona ocupa en la estructura social de la sociedad y del mundo (Garret, 2020; Wade, 2020: pp. 700-703). Nadie vive, muere o desarrolla sus capacidades independientemente del lugar, aventajado o desaventajado, que ocupa en la estructura de clases, en la estructura de sexo-género, en la estructura de raza-etnia, en la estructura capacitista y, en general, las estructuras sociales, políticas, culturales y económicas del injusto mundo que habitamos.

Desde esta constatación del injusto mundo en el que vivimos, la pobreza se presenta como una estrategia política y económica de dominación que expresa, de manera clara, desprecio hacia gran parte de la población mundial que no puede ejercer las libertades de las fortalecidas democracias mundiales que disfrutaban sólo unos pocos, y cada vez menos personas en el mundo, millones de seres humanos que viven de espaldas a los progresos tecnológicos y culturales del mundo, ocupados en intentar sobrevivir y satisfacer sus necesidades en escenarios sociales, políticos, económicos, culturales y ecológicos cada vez más hostiles, más empobrecidos, más neoliberalizados y con economías de mercado deshumanizadas. Y donde el derecho juega un marcado rol legitimador de la injusticia y la vulnerabilización, en un sistema de derechos humanos que resulta cada día más ineficaz y, en cierta manera también, reproductor de la hipocresía de establecer libertades e igualdades sin las garantías adecuadas para su exigibilidad y realidad social. Por consiguiente, las reglas sociales, políticas, económicas, culturales y fundamentalmente jurídicas que hemos establecido para regular nuestras sociedades individuales y mundiales se encargan de garantizar y consolidar fuertes estrategias de dominación capitalista, heteropatriarcal y colonial muy difíciles de visibilizar y más aún de cambiar. Nos encontramos,

¹ A lo largo del texto, utilizaré la "X" como marcador de género neutro e inclusivo.

desde hace varios siglos, en una tensión abocada al fracaso, al menos tal como se plantea, que pretende compatibilizar capitalismo, democracia y liberalismo sin hacer exigencias concretas sobre qué tipo de capitalismo puede, si es que puede, ser compatible con estructuras realmente democráticas; y cómo y qué tipo de democracia es la que genuinamente puede garantizar justicia social con libertad e igualdad para el real desarrollo de los planes de vida de los seres humanos situados en escenarios heterogéneos.

Parte de este cuestionamiento a las estructuras de dominación establecidas, exige comprender la dimensión de la injusticia social en la que vivimos, poniéndole luz a los abismos de desigualdad que nos separan según el inmerecido lugar sociocultural y geopolítico en el que hayamos nacido y las *condiciones materiales de los orígenes sociales* que hayamos disfrutado (Ribotta, 2021). Y para ello, nada más esclarecedor que los datos fácticos de la realidad social. Los números no mienten, los podemos analizar e interpretar de diversas maneras, pero la realidad no se puede negar. Y dentro de las diversas fuentes de datos que nos ilustran sobre pobreza y desigualdad en todo el mundo, comparando países, regiones, colectivos, utilizando diferentes mediciones y variables, organizados por diferentes Organizaciones Internacionales u Organizaciones No Gubernamentales, escojo utilizar los Informes que realiza cada año Naciones Unidas a través del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), porque compara todos los países del mundo y utiliza variables e indicadores altamente eficaces para valorar la desigualdad comparativa entre países y también al interior de los mismos, la desigualdad de género, la pobreza multidimensional, entre otras variables, y en cada Informe continúa aumentando la sensibilidad para hacerlo.

El informe del PNUD de 2019 puso énfasis en la enorme desigualdad en aumento que afectaba a todo el mundo y constituye también el último Informe del mundo pre-covid, con lo que marca la tendencia para analizar e interpretar cómo estaba el mundo cuando llegó la gran pandemia de los últimos tiempos, cómo hemos podido hacer frente a los enormes desafíos que implicó e implica en todos los ámbitos, y cómo podemos continuar en el mundo pos-covid. El informe del PNUD de 2020 analiza el mundo transcurriendo la pandemia desde el

impacto medioambiental y los desequilibrios que hemos generado como especie en nuestras interacciones con otros seres humanos y con el ecosistema global del que somos parte. Denuncia que la pandemia del covid-19 es consecuencia de la elevada presión feroz que ejercemos sobre el planeta, por lo que, si no ponemos límites a la forma en que explotamos los recursos mundiales y controlamos las interacciones que realizamos entre los humanos y con todos los seres vivos que compartimos el mundo y, en general, si no nos replanteamos y mejoramos nuestra relación con la naturaleza y el planeta, este nuevo coronavirus no será el último.

En el último Informe de 2022, de los 191 países en el mundo que analiza, Suiza, Noruega, Islandia, Hong Kong (China RAE), Australia, Dinamarca, Suecia, Irlanda, Alemania y Países Bajos son los 10 países con índice de desarrollo humano más alto del mundo, mientras que los 10 países con índice de desarrollo humano más bajo son Sudan del Sur, Chad, Níger, República Centroafricana, Burundi, Mali, Mozambique, Burkina Faso, Yemen y Guinea. De Suiza a Sudán del Sur, el ancho y desigual mundo que habitamos, atravesando países con Índice de desarrollo humano alto y medio. Del norte político (no necesariamente geográfico) opulento y colonial al continente africano de la explotación, las hambrunas, las guerras y la explotación de los recursos naturales y humanos.²

Países que nos demuestran lo polarizado histórica y endémicamente, ya que a nadie le sorprende dónde se encuentran y cuáles son los que tienen el índice de desarrollo humano más bajo ni el más alto. Listado de países que también nos confirman, con la tozudez con la que lo hace la realidad social, que es posible organizar las reglas sociales, políticas, económicas y jurídicas de forma que posibiliten mayor justicia social, y que la clave para hacerlo pasa por fortalecer los Estados sociales, modelos políticos de garantía y protección eficaz de derechos sociales, económicos y culturales, desde modelos genuinamente

² Los datos han sido tomados del United Nations Development Programme 2022, especialmente de Table 1: Human Development Index and its components, p. 272-276; Table 3: Inequality-adjusted Human Development Index, p. 281-285; Table 4: Gender Development Index, p. 286-290 and Table 5: Gender Inequality Index, p. 291-295.

democráticos. Modelos de Estado sociales como los que encontramos en los países con índice de desarrollo humano más alto del mundo, que resultan eficaces y sostenibles económicamente, a la par que también ostentan las tasas de corrupción más bajas del mundo, negando la mala prensa de que la intervención pública genera necesariamente mala gestión. Estados que al ser Estados de Derecho Sociales son, obviamente, modelos capitalistas con profundas tensiones ecológicas, pero que presentan modelos altamente representativos de calidad de vida igualitaria para las personas que los habitan y de los que podemos extraer lecciones de qué debemos hacer para lograr sociedades más justas. Precisamente, Estados Unidos de América solía ser una excepción más difícil de explicar, porque solía ocupar lugares relevantes entre los 10 países con índice de desarrollo humano de los más altos del mundo. Un podio del que ha tenido que bajarse y continúa descendiendo, cada vez que profundiza las grandes brechas de desigualdad y neoliberalización de su modelo de Estado y políticas públicas. Actualmente ocupa el puesto 21 entre los 191 países del mundo, lo que evidencia la enorme riqueza y poderío que ostenta, pero ya no lidera el desarrollo en calidad de vida, y la tendencia desigualitaria se agrava.

Uno de los indicadores que resulta más sangrante de la desigualdad e injusticia del mundo, es el índice de expectativa de vida al nacer.³ Encontramos que esta diferencia más que brecha es un abismo de más de 30 años en la expectativa de vida de las personas según el país que habiten, desde el récord de los 84,8 años de expectativa de vida en Japón, los más de 84 años en Australia y Suiza, los 83 años en Noruega, Suecia, República de Corea y España y los más de 82 en Irlanda, Francia, Finlandia, Nueva Zelanda, Canadá, Israel, Grecia, Islandia e Italia; hasta el dramático récord de expectativa de vida de 53, 3 años en República Centro Africana, 54 años en Chad, Sierra Leona, Lesoto, Nigeria, los menos de 60 años en Costa de Marfil, Guinea Bissau, Mali y Sudán del Sur, los menos de 62 años en Benín, Togo, Gambia, Guinea, Mozambique, Burkina Faso y Burundi. Un dato que se torna todavía más dramático si en vez de mirar

³ Años que se espera que viva un recién nacido si los patrones de las tasas de mortalidad por edad que existen en el momento de nacimiento se mantienen a lo largo de su vida.

la ficción de los países como unidades políticas ponemos atención a la cantidad de habitantes, a la expectativa de vida de cuántos millones de personas estamos hablando. A golpe de vista, observamos la escasa representación poblacional de algunos países comparado con otros, por ejemplo, con Nigeria como el país más poblado de África. Si observamos la expectativa de vida según la cantidad de habitantes en los 10 países con mayor cantidad de población del mundo, vemos que China (+ 1.433 millones) tiene 78,2 años de expectativa de vida en Informe PNUD 2022 (que mide los datos de 2021), mientras que en el Informe PNUD-2021 (que mide los datos de 2020) tenía 76 años, siendo el único país de los más poblados del mundo que muestra una relevante mejoría en la expectativa de vida. Le sigue, entre los países más poblados, India (+ 1.366 millones) con 67,2 años (69 años en 2020), Estados Unidos de América (+ 329 millones) con 77,2 años (81 años en 2019 y 78 en 2020), Indonesia (+ 270 millones) con 67,6 años (71 años en 2020), Pakistán (+ 216,5 millones) con 66,1 años (67 años en 2020), Brasil (+ 211 millones) con 72,8 años (75 años en 2020), Nigeria (+ 200 millones) con 52,7 años y recordemos siendo el país más poblado de África (y 54 años en 2020), Bangladesh (+163 millones) con 72 años, la Federación Rusa (+ 145,8 millones) con 69,4 años (y 72 años en 2020) y México (+ 127,5 millones) con 70,2 años (75 años en 2020).

Otro dato relevante para entender y entendernos, y que parte de lo que pretendí mostrar con la diferente expectativa de vida valorando la cantidad de habitantes, tiene que ver con la realidad al interior de los países. El Índice de desarrollo humano ajustado a desigualdad permite valorar la desigualdad al interior de los países, y no sólo comparativamente entre países, y pone en cuestión lo ficticio de algunas realidades de países que presentan comparativamente un desarrollo humano alto o muy alto, pero a costa de una gran injusticia social entre las personas que lo habitan, representado por los lugares que deberían bajar en el índice de desarrollo humano general si se contemplara la desigualdad interna. Siguiendo el Informe PNUD, el país más desigualitario del mundo es Sudáfrica, seguido de –una vez más– Brasil y Comoras, Hong Kong, Panamá, Surinam, Costa Rica, Singapur, Colombia, Chile, España, Estados Unidos de América e Israel.

Se pueden sacar muchos análisis de estos datos, desde la visualización de América Latina como *el* continente de la desigualdad, mientras que África lo es de la pobreza, y cómo esa desigualdad se ha profundizado en los países en América Latina luego de periodos de neoliberalización radical de sus economías. Así, aunque los países de América Central, del Sur y el Caribe se encuentran especialmente ubicados entre los países con índice de desarrollo humano muy alto (como Chile, Argentina, Uruguay, Panamá, Bahamas y Costa Rica) y países con índice de desarrollo humano alto, también se encuentran entre los que tienen mayores niveles de desigualdad interna, mostrando el gran desequilibrio entre calidad de vida de todas las personas que habitan un país y el lugar generalizado que ocupa comparativamente en el desarrollo humano, quedando patente el abismo de desigualdad e injusticia social al interior de sus fronteras. Como el sangrante caso de Chile que, aunque tiene el desarrollo humano más alto de la región, desde la década de los 70 ostenta récords de desigualdad interna, claramente consecuencia de las políticas aplicadas desde el golpe de Estado de Pinochet a Salvador Allende y que sirvió para implementar las políticas de neoliberalización en todo el continente a golpe de dictaduras militares, sirviendo el ejemplo chileno como campo de prueba para las políticas económicas de la Escuela de Chicago, desde Milton Friedman hasta la actualidad. También resulta altamente preocupante el ejemplo de España, ubicado como país con índice de desarrollo humano muy alto (puesto 27 de los 191) y con una de las expectativas de vida más altas del mundo y grandes y sólidos indicadores de calidad de vida, es el único país de entre los que presenta mayor desigualdad interna que tiene (todavía y en términos comparativos) Estado Social con relevantes políticas públicas; pero que en los últimos años ha experimentado la aplicación de las llamadas políticas de recorte de derechos sociales que ha llevado a aumentar de manera grave la desigualdad interna, ubicándola ahora en el preocupante grupo de los países más desigualitarios del mundo.

Si sabemos mirar y aprender de ello, España está dando lecciones de lo que no se debió hacer y que se sigue haciendo: recortar derechos sociales en un Estado Social que disfrutaba de sólidas políticas públicas, pero que en los últimos años se ha visto gravemente fracturado por crisis económicas, seguido de la implementación de políticas neoliberales que han disparado las tasas de pobreza y

exclusión a niveles europeos realmente alarmantes, sumado al auge de protagonismo político de una derecha radicalizada y sin tapujos que ha ido creciendo a golpe de demagogia, mentiras y fascismo político-económico.⁴ Esta lección también se refleja si comparamos la calidad de vida de los países con las desigualdades internas más bajas del mundo (e incluso positiva), como Finlandia, Islandia, Dinamarca, Bélgica, Austria, Suecia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido, que se encuentran entre los países con índice de desarrollo humanos más alto del mundo y con los más sólidos Estados sociales del mundo. Pero también encontramos desigualdad baja (e incluso positiva) en República Democrática del Congo, Malawi, Etiopía, Yemen, Burkina Faso, Burundi, Mozambique, Mali o Níger, que representan el *antimodelo*; ya que la desigualdad interna es nula o baja porque toda su población es pobre, encontrándose entre los países con índice de desarrollo humano más bajo del mundo. Con lo cual, no sólo se trata de disminuir la desigualdad interna, sino a la vez, aumentar la calidad de vida de la población (Ribotta, 2016b y 2017).

En relación a las mujeres, la situación es altamente preocupante, consecuencia directa del heteropatriarcado capitalista y colonial, como lo muestra el hecho de que en todos los países del mundo, desde Suiza hasta Sudán del Sur, reciben retribuciones monetarias ampliamente desigualitarias; ya que los ingresos anuales de las mujeres y su impacto en el ingreso per cápita nacional son menores a los de los hombres, con casi igualitaria ratio de participación en la fuerza de trabajo, salvo prohibiciones jurídicas o culturales (como Irán o Yemen) y obviamente sin valorar el invisibilizado trabajo doméstico y de cuidados. Y si vemos la participación política de las mujeres la situación no mejora, como muestra el escaso porcentaje de mujeres en los parlamentos del mundo. Sólo en Ruanda, Cuba y Bolivia el porcentaje es algo mayor a 50%, mientras que en el resto de países del mundo las mujeres no llegan al 50%, y, en muchos países se encuentran muy lejos de lograrlo (United Nations, 2020).⁵ Sangrante resulta la cantidad

⁴ Resulta de gran relevancia el Informe del relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston en su visita a España a comienzos de 2020, antes de la declaración de la pandemia, donde expone y analiza esta situación (Naciones Unidas, 2020).

⁵ Especialmente, Tabla: Gender Development Index, pp. 286-290 y Tabla 5: Gender Inequality Index, pp. 291-295.

de mujeres que mueren por cada 100.000 niños nacidos vivos, que es la tasa de mortalidad materna, vinculada a que la salud reproductiva produce el mayor impacto en la calidad de vida de las mujeres. El abismo se da entre las 2 a 4 mujeres que mueren en Noruega, Finlandia, Israel, Italia, Chequia, Grecia, Polonia, España, Islandia, Suecia, Dinamarca, comparadas con las 19 que mueren en Estados Unidos, 39 en Argentina, 52 en Panamá, 60 en Brasil, 70 en Bahamas, entre 80 y 90 en Perú, Colombia, Paraguay, Jamaica, entre 90 y 100 en República Dominicana, entre 100 y 130 en Santa Lucía, Argelia, Surinam, Sudáfrica, Venezuela, India, hasta 155 en Bolivia, 195 en Namibia, 250 en Gabón, más de 300 en Kenia, más de 500 en Camerún, 917 en Nigeria, 1.120 en Sierra Leona, 1.140 en Chad y 1.150 en Sudán del Sur, siempre por cada 100.000 niños nacidos vivos.

Desde esta foto de la realidad social, cruel y reveladora, vemos cómo los números que teníamos condicionarán el mundo que podremos tener, y que la tan anhelada normalidad que hemos perdido era también una normalidad de hambre, desesperación, necesidades básicas insatisfechas, enfermedades prevenibles que se transformaban en mortales, cotidianidades de pobreza y exclusión, salud como negocio (especialmente de las farmacéuticas), criminalización y feminización de la pobreza, violencia estructural y directa, guerras construidas para comerciar y explotar... injusticia social para gran parte del mundo.

2. Entendiendo la pobreza desde la desigualdad económica

La pobreza se puede analizar y conceptualizar desde indicadores objetivos, como el nivel de ingresos, nivel de gastos o costes de determinados bienes básicos que permiten realizar delimitación de líneas de pobreza, o diferenciar entre pobreza extrema o absoluta y pobreza relativa, pobreza estática o dinámica, pobreza transitoria o crónica y hasta de cultura de la pobreza, o analizando la situación de determinados grupos sociales en situaciones de pobreza, desde la perspectiva de género, grupos étnicos, etarios, condición migratoria, capacidades, y desde la categoría polémica de *grupos vulnerables*. Pero desde estos análisis, los resultados se ofrecen empobrecidos y parciales, no mostrando la

complejidad que el fenómeno de la pobreza entraña; ya que no muestra realmente lo libres o no que resultan las personas en situaciones de pobreza, ni lo diversos de cada ser humano y de los distintos espacios que habitamos.

Prefiero abordar la pobreza desde Sen, que la explica desde la privación de capacidades-funcionamientos que sean intrínsecamente importantes para humanos diversos y situados en contextos heterogéneos, poniendo atención a los fines que las personas tienen razones para perseguir y a las libertades necesarias para hacerlo (Sen, 1973, pp. 227 y ss.; 1999, pp. 50 y ss.; 2000, pp. 100 y 350 y ss.). Así, entiende la pobreza vinculada a las capacidades como funcionamientos para alcanzar determinados niveles mínimamente aceptables, debido a carencias en los ingresos y a otros factores relacionados con la situación personal, familiar y social, que predisponen a tener y a reproducir una vida pobre, junto a multiplicidad de otros factores que explican las situaciones de pobreza real. Por ende, el resultado de la privación que viven las personas depende de otros factores asociados, como la heterogeneidad personal y las condiciones sociales, la distribución de los recursos dentro de la unidad familiar, la diversidad relacionada con el medio ambiente, el clima, las condiciones epidemiológicas, la situación geográfica, las diferencias de clima social, la situación histórica, cultural y política, y las diferencias de perspectivas relacionales marcadas culturalmente, entre otros factores configuradores del escenario situacional en el que las personas se encuentren desarrollando sus vidas (Sen, 1985, pp. 9-10 y 25-26).

Con lo que la pobreza no es solamente una cuestión de escaso bienestar, sino de incapacidad para conseguir bienestar debido a la ausencia de medios, entre los cuales los ingresos y recursos juegan un papel fundamental pero no decisivo; ya que no pueden analizarse independientemente de las posibilidades reales de convertir los ingresos y los recursos en capacidades. Lo que se ve influido por las condiciones personales y sociales, edad, estado de salud, entre otros factores que hacen que las personas tengan más dificultades o reduzcan su capacidad para percibir ingresos. Así, no es tanto lo poco que las personas tengan, sino lo insuficientes que resulta lo que tienen para generar capacidades mínimamente aceptables, para que les permita desarrollar los planes de vida que hayan escogido desde su particular situación social. Por eso, Sen vincula la pobreza a las

libertades, ya que la capacidad es principalmente un reflejo de la libertad para alcanzar funcionamientos valiosos según las alternativas reales que tienen las personas y, en síntesis, la libertad que tiene para alcanzar bienestar. Cohen se refería a lo mismo cuando explicaba la pobreza como falta de libertad, como falta de acceso a las ventajas sociales de la sociedad en la que se desarrolle (Cohen, 1989 y 1999).

Por consiguiente, desde estos planteamientos, entiendo que la pobreza siempre es un *estado* en el que se encuentran los seres humanos, o los grupos de personas o los Estados, pero como condición del estar y no del ser. Las personas están en situación de pobreza y no son pobres, sino que están pobres o, más preciso, empobrecidos. Desde el ser, desde la comprensión que las personas son pobres, se asume a la pobreza como un rasgo identitario con caracteres propios, se la vincula a la responsabilidad individual y los merecimientos, claramente a la culpa, y se la vincula con la naturalización de los procesos y, por lo tanto, con la imposibilidad de modificar la situación, con vocación de permanencia. Como mucho se puede, nos repiten, disminuir sus efectos más graves, la pobreza extrema. Pero, si asumimos que las personas están pobres, en situación de pobreza o empobrecidas, trasladamos el peso de la situación del individuo concreto a la situación socio-política, histórica y cultural en la que se encuentra, y a las responsabilidades que el Estado, los entes de gobierno y los representantes políticos tienen con su situación. Desde la persona a la condición socio-económica en la que se vive la pobreza, valorándola como un estado, que puede cambiar y modificarse, una condición en la que las personas se encuentran y en la que la responsabilidad individual puede jugar un rol relevante, pero que no acaba de explicar completamente el resultado de pobreza, y menos en el sentido de culpabilidad (Ribotta, 2010b y 2020). Responsabilidad y merecimientos pueden estar relacionados con la pobreza y las carencias, pero no de manera directa en las acciones de la persona en situación de pobreza; sino que se vinculan fuertemente con el escenario socioeconómico y con las condiciones situacionales generales en las que la persona vive, relacionándose más estrechamente con la responsabilidad social y política.

En efecto, entender de esta manera a la pobreza implica una concepción teórica- conceptual respecto a qué es pobreza y una postura ideológica frente a por qué se produce, qué implica y cuáles pueden ser las estrategias de abordaje y superación. Estrategias que no son sólo individuales, sino que están interconectadas con las posibilidades de la sociedad en las que se viva y que son también globales, del sistema mundo y el desarrollo global alcanzado. Con lo que existe vinculación obvia entre el grado total de desarrollo económico alcanzado en una sociedad, la forma y modelo de Estado en el que la misma se organice y la desigualdad económica interna en la que vivan todos sus integrantes; por lo que se hace móvil el grado en que la pobreza y la desigualdad económica se tornan injustas, para dimensionar el posible campo de actuación política, económica y jurídica para la disminución de la pobreza y las posibilidades de reclamo de justicia. Justicia social desde la cual la pobreza se traduce en carencias de poder económico, de poder social, político y jurídico, que le imposibilitan a la persona satisfacer sus necesidades básicas para desarrollar sus capacidades humanas y ejercitar su libertad real como persona situada social y políticamente (Ribotta, 2011 y 2008; Añón, 1994).

Por todo lo expuesto, es preciso vincular de manera directa la pobreza con las desigualdades económicas, desvinculando el doloso argumento de que hay pobreza en el mundo porque hay escasez de recursos. Obviamente los recursos en el mundo son finitos, y de ahí la gran relevancia de las advertencias de la severa crisis ecológica que estamos viviendo, donde corren serio riesgo recursos imprescindibles para el mantenimiento de la vida, como el agua. Pero, otra vez, estas carencias no son generalizadas, con lo cual la escasez no vale para fundamentar un modelo económico y político de dominación estructurado sobre una forma desigualitaria de producir y redistribuir los recursos mundiales. Y, tal como expliqué antes, la pobreza no se vincula con tener poco de algo, sino con cuán escasos resultan esos bienes para desarrollar las capacidades humanas básicas, en términos de disposición, disfrute y acceso de los mismos para todas las personas en condiciones de igualdad.

Por consiguiente, en el mundo en que vivimos se dan situaciones de carencia generalizada de recursos en determinados contextos sociales y geográficos, tal

como hemos visto analizando los datos del mundo, e incluso vinculada a determinados colectivos sociales concretos, pero no en términos globales de la sociedad mundial, con lo cual la cuestión no radica en la cantidad del recurso sino en la forma en que está distribuido. Y, por lo tanto, parte de disminuir la pobreza y de las estrategias de superación de las mismas, de lograr un mundo con mayor justicia social para todos, pasa por acciones concretas que deberían ser realizadas políticamente para organizar la sociedad de manera que se obtengan resultados más justos. No es un proceso natural sino político, económico, social, cultural y, claramente, jurídico, porque hay posibilidades reales de regular la sociedad con otras reglas que no impliquen regular la sociedad y el derecho a espaldas de la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos y consolidar estructuras de desigualdades sociales a partir de graves desigualdades económicas que atenten contra la efectividad y el ejercicio de derechos. Acabar con la pobreza, por lo tanto, es una decisión política que requiere políticas sociales y económicamente eficaces (Alegre, 2007, p. 237; Alston, 2015, pp. 1-3; Pogge, 2007a, pp. 16-51 y 2007b).

La desigualdad económica es, entonces, la causa de la pobreza porque predispone empíricamente a realizarla y es la prueba fáctica de la existencia de recursos y bienes suficientes para eliminar o, al menos, disminuir los grados de pobreza. Así, siempre que haya desigualdad económica habrá, indiscutiblemente, algún grado de pobreza, al menos relativa entre unos que poseen más y otros menos, y los grados en que la pobreza se manifieste y que la hagan preocupante o la tornen injusta dependerá de lo profunda que sea la brecha entre ambos polos de la desigualdad, especialmente, si es suficiente para cubrir las necesidades básicas de los seres humanos, personas diversas, según el concreto y situado escenario que habiten.

En este análisis, obviamente se distingue entre diferencia y desigualdad. La primera, vinculada a la condición humana, a la diversidad de los seres humanos y la heterogeneidad de los espacios sociales que habitamos; ya que las personas somos iguales en nuestra condición de seres humanos, pero somos profundamente diferentes en nuestras características internas y externas de humanidad, y ello es lo que nos define en nuestras particularidades. Diferencias que no

deben ser relevantes a los fines de la justicia, salvo en aquellos aspectos que puedan beneficiarnos, en el sentido de igualdad como diferenciación. Así, la diferencia es un término descriptivo, ligado a la estratificación social y a la existencia de clases sociales, es un fenómeno social, histórico, cultural y jurídico que puede convertirse en un problema social; mientras que la igualdad alude a la forma construida de organización social que hace que todas las personas podamos ser tratadas como iguales respecto a algo, como criterio de justicia y de distribución, situándose en el plano prescriptivo, de los criterios de justicia, de los principios, de los derechos (De Lucas, 1996, pp. 493-500; López Aranguren, 2005, pp. 60 ss.; Kerbo, 2000, pp. 10 y ss.).

A su vez, las valoraciones y las posiciones sociales desiguales pueden estar basadas en distintos elementos de diferencia social, vinculadas a las formas que tradicionalmente han provocado mayores discriminaciones, como la desigualdad por sexo-género, por etnia-raza y por pertenencia a una clase socioeconómica, a las que también se suman desigualdades por edad, capacidades-discapacidades, ciudadanía-nacionalidad, religión, entre otros. Desigualdades que se relacionan y se interinfluencian según el contexto social, el momento histórico, político o económico, estableciendo distintas jerarquías entre ellas y con consecuencias diversas en la calidad de vida y el acceso y disfrute de los derechos de las personas. Aunque, analizándolas desde la pobreza, la desigualdad económica ostenta una mayor potencialidad lesiva y de condicionamiento que el resto de las desigualdades sociales; ya que impacta en el resto de desigualdades agudizando y complejizando las posibles estrategias de superación de las mismas y profundizando la exclusión por la coincidencia de pertenecer a un grupo desfavorecido económicamente. Efecto de la interseccionalidad, la desigualdad económica actúa como condición agravante de desigualdad, pero también como condición agravante de vulnerabilidad y condición agravante de discriminación, que manifiesta la circularidad dañina que existe en los escenarios de desigualdades y, especialmente, de desigualdades económicas que la hacen endémica, esencialmente también por la *desigualdad de herencia de oportunidades* basada en un sistema de estratificación social que profundiza las desigualdades que las personas viven y la discriminación que sufren (Ribotta, 2010a y 2016a).

3. Pobreza como expresión de política de desprecio y como problema de justicia

Desde todo lo analizado, la pobreza es, claramente, una forma de opresión social y de violación de derechos, especialmente de derechos humanos y de los más básicos, como el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la vivienda y al trabajo, pero también a la libertad, a la participación política y todas sus manifestaciones (Arnsperger, 2004, pp. 289-299; Gargarella, 2006; Pogge, 2007; Sengupta, 2007, pp. 324-325). Y por lo tanto representa un proceso de eugenesia social, particularmente sobre determinadas personas, determinados colectivos, determinados países, determinadas partes del mundo, que se evidencian especialmente en circunstancias tan graves como la actual pandemia que estamos viviendo. La pobreza implica una seria violación de derechos humanos, un ataque contra la propia supervivencia de lo humano y el ejercicio de sus libertades básicas, e implica violencia económica sobre toda la sociedad, con lo que la erradicación de la pobreza no es sólo un imperativo moral y ético, sino también un imperativo jurídico (Fleurbaey, 2007, p. 141).

Deberes jurídicos que se desprenden desde la misma Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 25.1 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, y que refuerza en el artículo 28. Obligaciones que fueron confirmadas y mejoradas en 1966 con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus respectivos Protocolos Facultativos posteriores, que junto a otra variedad de obligaciones que se desprenden de otros convenios, pactos y declaraciones confirman que la pobreza es la negación de los derechos humanos y que los Estados del mundo tienen que instrumentar los mecanismos para eliminarla, garantizando el desarrollo adecuado de las capacidades humanas y el ejercicio de los derechos y libertades. Obligaciones que han recogido sentencias del sistema interamericano de derechos humanos, doctrina de la ex Comisión Europea de Derechos Humanos, de

la Corte Europea e informes de expertos de Naciones Unidas, que incluso asimilan la pobreza como una forma de tortura, trato cruel, inhumano y degradante (Barcelona, 2017; Gialdino, 2003; Parra Vera, 2012).

Por consiguiente, la pobreza implica un problema social, un complejo problema de (in)justicia social y un incumplimiento de normas de derecho internacional y nacional; ya que en todos los Estados de derecho del mundo las constituciones establecen diferentes obligaciones vinculadas con el mantenimiento de la vida, el desarrollo de las capacidades y el ejercicio de libertades básicas. Pero llama poderosamente la atención cómo la estrategia de dominación es tan profunda que se ha normalizado y se han invisibilizado las flagrantes violaciones que implica la pobreza a todos los principios y valores más básicos y estructurales de nuestros sistemas de derechos y de Estados de derecho democráticos. Hipocresía que vemos en las instituciones internacionales de derechos humanos, en la propia Naciones Unidas y, claramente, dentro de los Estados de Derecho Democráticos, incluso en aquellos que se han comprometido como Sociales. Hipocresía desde la que se compatibilizan los derechos humanos con grandes desigualdades económicas; ya que, como afirma Alston, el ex-relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, la Comunidad Internacional y las Organizaciones de derechos humanos deben afrontar de manera directa que la desigualdad extrema debilita los derechos humanos, y que hay límites concretos respecto a cuánta desigualdad puede ser compatible con la igualdad, la dignidad y los derechos humanos. Con lo cual, el compromiso genuino con los derechos humanos y con la democracia exige asumir como Estados y como organización de Estados, como Naciones Unidas, la necesidad imperiosa, el deber improrrogable de reducir drásticamente la desigualdad extrema y la pobreza, haciendo de la efectividad de los derechos sociales un eje central de las políticas públicas y del fortalecimiento de los Estados de derecho democráticos del mundo (Alston, 2015 y 2019; Fleurbaey, 2007, p. 133).

La pobreza es, sin matices, un grave atentado a la democracia y a los valores y principios más sagrados sobre los que hemos construido la modernidad, con lo que la existencia de graves desigualdades, de necesidades básicas insatisfechas y de pobreza incompatible con el desarrollo de las capacidades humanas básicas,

implica una afrenta al sistema de derechos humanos porque conlleva lesiones al ejercicio de derechos. Y no sólo a los llamados sociales, económicos y culturales, sino también a los derechos individuales, civiles y políticos y, por ende, a la democracia toda. Resulta urgente y obligado exigir una reivindicación de los derechos sociales, económicos y culturales respecto al resto de derechos, visibilizando las claras interrelaciones conceptuales, empíricas y de eficacia conectada entre todos los derechos. Y comprendiendo que desarrollar e implementar medidas redistributivas adecuadas y sin complejos, con políticas fiscales sólidas que permitan solventar un sistema fuerte de derechos sociales y económicos es la única estrategia adecuada para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos para toda la sociedad, vinculándolo también de manera clave con políticas de transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción.⁶

Fuentes

Alegre, Marcelo (2007), "Extreme Poverty in a Wealthy World: What Justice Demands Today", en Pogge T. (ed.), *Freedom for Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press.

Alston, Philips (2015), "Extreme inequality as the antithesis of human rights", en *Open democracy*.

Alston, Philips y Reisch, N. (2019), *Tax, Inequality, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.

Añón Roig, María José (1994), *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Arnsperger, Christian (2004), "Poverty and human rights: The issue of systemic economic discrimination and some concrete proposals for reform", en *International Social Science Journal*, 180, pp. 289-299.

⁶ Muy interesante resulta indagar sobre la relación entre políticas fiscales y efectividad de derechos humanos vinculándolos a corrupción y exigencias de transparencia y rendición de cuentas. Ver Alston y Reisch (2019), especialmente "The responsibilities of governments: the case of transparency", y Malem (2017).

Barcelona, J. (2017), "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pobreza", en *Ivs Fvgit*, 20, pp. 323-370.

Cohen, Gerald A. (1989), "Equality of What? on Welfare, Goods, and Capabilities", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Claredon Press, 1989, pp. 9-29.

Cohen, Gerald A. (1999), "Socialism and Equality of Opportunity", en Rosen, M. y Wolff, J. (eds.), *Political Thought*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

De Lucas, Javier (1996), "La igualdad ante la ley", en Garzón Valdés, E., Laporta, F., *El Derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta.

Fleurbaey, Marc (2007), "Poverty as a Form of Oppression", en Pogge, Thomas (ed.), *Freedom for Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press.

Gargarella, Roberto (ed.) (2006), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid, Miño y Dávila.

Garret, Laurie (2020), *The coming plague: newly emerging diseases in a world out of balance*, Picador, Nueva York.

Gialdino, Rolando (2003), "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos", en *Jurisprudencia Argentina*, pp. 1079-1100.

Kerbo, Harold R. (2000), *Social stratification and inequality: class conflict in historical, comparative, and global perspective*, 4.a ed., Boston, McGraw-Hill.

López Aranguren, Eduardo (2005), *Problemas sociales. Desigualdad, pobreza, exclusión social*, Madrid, Biblioteca Nueva.

Malem Seña, Jorge (2017), *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Madrid, Marcial Pons.

Parra Vera, Óscar (2012), "Derechos Humanos y Pobreza en el Sistema Interamericano", en *Revista IIDH*, 56, pp. 273-320.

Pogge, Thomas (ed.) (2007a), *Freedom for Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press.

Pogge, Thomas (2007b), "Severe Poverty as a Human Rights Violation", en Pogge T. (ed.), *Freedom for Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press.

Ribotta, Silvina (2008), "Necesidades y derechos: Un debate no zanjado sobre fundamentación de derechos (consideraciones para personas reales en un mundo real)", *Revista Jurídicas*, Universidad de Caldas, Colombia, vol. 5, núm. 1, pp. 29-56.

Ribotta, Silvina (2010a), "Igualdad de oportunidades y talentos en escenarios de injusticia social", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, noviembre, núm. 219, pp. 61-84.

Ribotta, Silvina (2010b), "Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre", *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, vol. 4, núm. 1.

Ribotta, Silvina (2011), "Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas", *Derechos y Libertades*, núm. 24, Época II, pp. 259-299.

Ribotta, Silvina (2016a), "Igualdad de oportunidades en sociedades desiguales", *Revista Tiempo de Paz*, núm. 12. pp. 33-40.

Ribotta, Silvina (2016b), "Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad", *Derechos y Libertades*, núm. 35, pp. 235-264.

Ribotta, Silvina (2017), "Defendiendo la igualdad de la objeción de nivelar a la baja", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, pp. 149-168.

Ribotta, Silvina (2020), "Vulnerabilidad y pobreza: sobre el concepto de vulnerabilidad socio-estructural", *Revista Tiempo de Paz*, núm. 138.

Ribotta, Silvina (2021), "Condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía. El jaque de la desigualdad a la libertad", *Revista Derecho del Estado-Universidad Externado de Colombia*, núm. 48, pp. 149-182.

Sen, Amartya (1973), *On Economic Inequality (expanded ed.)*, Oxford-New York, Clarendon Press-Oxford University Press.

Sen, Amartya (1985), *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers.

Sen, Amartya (1999), *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid, 1999, pp.

Sen, Amartya (2000), *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta.

Sengupta, A. (2007), "Poverty Eradication and Human Rights", en Pogge T. (ed.), *Freedom for Poverty as a Human Right. Who Owes What to the Very Poor?*, Oxford, Oxford University Press. s

Wade, Lizzie (2020), "An unequal blow. In past pandemics, people on the margins suffered the most", *Science*, núm. 368-6492.

Informes y reportes de Naciones Unidas

United Nations-United Nations Development Programme (2021), Human Development Report 2021-22: Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World, New York.

United Nations-United Nations Development Programme (2020), Human Development Report 2020. The next frontier: Human Development and the Anthropocene, Nueva York.

Naciones Unidas-Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2019), Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI, Nueva York, PNUD.

Naciones Unidas (2020), Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España en 2020, realizada entre el 27 de enero y el 7 de febrero de 2020.

Feminismo y derecho penal simbólico: la falaz exigencia punitiva contra la desigualdad de género

Feminism and symbolic criminal law: the fallacious punitive demand against gender inequality

MICHELL GUTIÉRREZ PADILLA*

Resumen

El objetivo del texto es problematizar la adopción del derecho penal como método de defensa contra la violencia de género. El análisis se desarrolla desde dos perspectivas: primero cuestiono el ejercicio legislativo de tipificación de conductas y el aumento desmedido de las penalidades como solución a violencias estructurales, como si se tratase de un problema de control del delito, en contraste con la exigencia constitucional de mínima intervención penal expuesta por Luigi Ferrajoli. Después cuestiono la intención punitiva desde una perspectiva feminista crítica, y reflexiono sobre el derecho penal como instrumento androcéntrico que pone en entredicho la naturaleza antidiscriminatoria del discurso feminista. Finalmente, expongo algunas conclusiones sobre la urgente necesidad de soltar los códigos penales como herramientas de defensa de los derechos de las mujeres e invito al análisis crítico, interseccional y democrático de las soluciones exigibles al Estado.

Palabras clave: derecho penal, violencia de género, discurso feminista, análisis interseccional.

* Abogada por la Universidad de Guanajuato, México. gutierrezpdm@gmail.com.

Abstract

The objective of the text is to problematize the adoption of criminal law as a method of defense against gender violence. The analysis is developed from two perspectives: first, I question the legislative exercise of criminalization of behaviors and the excessive increase in penalties as a solution to structural violence, as if it were a problem of crime control, in contrast to the constitutional requirement of minimum criminal intervention exposed by Luigi Ferrajoli. I then question the punitive intention from a critical feminist perspective. I reflect on criminal law as an androcentric instrument that questions the anti-discriminatory nature of feminist discourse. Finally, I present some conclusions on the urgent need to release penal codes as tools for the defense of women's rights and invite a critical, intersectional and democratic analysis of the solutions required of the State.

Keywords: criminal law, gender violence, feminist discourse, intersectional analysis.

1. Introducción

La intención de este ensayo es exponer las problemáticas de adoptar al derecho penal como principal método de defensa contra la violencia de género, a través de la generación de nuevos tipos penales o del aumento desmedido de las penalidades de los delitos ya establecidos.

El Estado goza de una facultad sancionadora que no poseen las personas particulares. Esta potestad le brinda la titularidad del derecho penal y, con ello, la posibilidad de ejercer violencia de forma legítima sobre la población (Muñoz y García, 2015, pp. 31-33). Como acto de soberanía, el Estado dicta las normas penales a través de las cuales anuncia su carta de valores y, a su vez, emite un mensaje de clara desaprobación sobre ciertas conductas que lesionan de alguna forma esos valores.

Muchos de esos valores tienen particular relevancia en la lucha por los derechos de las mujeres: la integridad personal, la libertad sexual, el derecho a la vida o la autodeterminación. Históricamente, las mujeres¹ hemos vivido violencias que atentan en contra de éstos y otros tantos derechos de forma indiscriminada.

¹ Si bien en este ensayo hago referencia sólo a las mujeres, reconozco que la violencia patriarcal atraviesa a todas las personas que han sido identificadas como otredad por no pertenecer al ideal hegemónico del hombre heterosexual, blanco, cisgénero sin discapacidades visibles.

El feminismo nos ha enseñado a observar las relaciones desiguales de poder con base en el género. La estructura discriminatoria que se origina a partir de dicha desigualdad ha sido identificada como patriarcal² y afecta desproporcionadamente el cuerpo y la mente de las mujeres. En los privilegios que socialmente son dados a los hombres, las mujeres no figuran o, por lo menos, no en igual medida.

Esta estructura discriminatoria pasa por todos los ámbitos en los que se desarrolla una persona y, a su vez, se ve agravada por otras categorías que imprimen connotaciones distintas a las relaciones de poder: diversidad sexual, clase, raza, autoadscripción indígena o discapacidades.

En ese sentido y puesto que el incumplimiento de normas penales tiene consecuencias fatales como la prisión, el derecho penal resulta atractivo como método de defensa cuando se trata de proteger los derechos de las mujeres.

En México, en el ámbito del derecho penal, la distinción legal por razones de género y la violencia machista han propiciado respuestas estatales muy diversas. Por un lado, el Estado ha buscado mantener su poder punitivo al margen, excusándose en que ciertas problemáticas de género se constituyen en un ámbito íntimo. Este argumento se hace tangible en la resistencia a tipificar el delito de violación en el matrimonio cuando existen relaciones sexuales sin consentimiento. La razón de tal resistencia se sostenía en un supuesto "débito carnal" de la mujer que surgía al contraer nupcias con un hombre (Larrauri, 2018, pp. 55-57).

En 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) modificó la jurisprudencia 1ª/J. 10/94, sustentada en 1994, que precisaba que no todo acto de imposición violenta de la cópula entre cónyuges configuraba el delito de violación. Fuera de los supuestos textualmente señalados por la jurisprudencia, el

² Para Giacomello (2013, p. 42), el patriarcado es "una organización social de los géneros y un sistema de estructuración social. Por un lado, se manifiesta en las relaciones intra e inter genéricas (es decir, entre hombres y hombres, mujeres y mujeres, y hombres y mujeres) y en las vinculaciones 'de arriba hacia abajo' (los padres sobre los hijos)".

resto de los casos podría actualizar, más bien, el delito de ejercicio indebido de un derecho. La modificación de la jurisprudencia consistió en hacer notar que basta el uso de la fuerza para obligar a la otra persona a tener relaciones sexuales, o la falta de consentimiento, para que se actualice el delito de violación aun siendo cónyuges.

En contraste con lo anterior, el Estado no ha tenido reparo en intervenir penalmente en espacios que corresponden a la vida privada de las mujeres. Por ejemplo, en cuanto a la autonomía reproductiva, al criminalizarlas por interrumpir un embarazo o por interrumpirlo fuera de los esquemas que condicionan su legalidad.³

Sin duda, las colectivas feministas y las personas defensoras de los derechos humanos de las mujeres han sido las grandes responsables de visibilizar las deudas que los gobiernos estatales y el gobierno federal aún tienen con las mujeres mexicanas. Por mencionar un ejemplo, se ha denunciado que ciertas entidades federativas siguen en disputa por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, a pesar de lo ya dicho por la doctrina constitucional mexicana (acción de inconstitucionalidad, 148/2017) y al incremento en los índices de violencia de género, particularmente en el contexto de emergencia sanitaria por covid-19 (EQUIS Justicia para las Mujeres, 2020, p. 4).

Grupos feministas han reaccionado a este vaivén defendiendo el sistema penal como herramienta principal para proteger a las mujeres de conductas que atentan contra su integridad y libertades. Esto se ha traducido en la exigencia de tipificar dichas conductas o de elevar los rangos de punibilidad de delitos ya existentes, cuyos elementos típicos establecen razones de género, inclinando las consignas feministas hacia lo punitivo.

En junio de 2021, el Congreso de la Unión aprobó varias reformas y adiciones al Código Penal Federal y a la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida

³ Es decir, si el embarazo fue producto de una violación, o si la interrupción se dio en determinado momento del periodo de gestación.

Libre de Violencia que consideran la violación a la intimidad sexual un delito, sancionable con una pena de prisión de tres a seis años y multa.⁴

Previo a la aprobación en la legislación federal, diversos congresos locales en México ya habían aprobado reformas a los códigos penales para adicionar conductas que atentan contra la intimidad y la libertad sexual de las mujeres, específicamente mediante el uso de medios electrónicos, mejor conocida como Ley Olimpia.⁵ En general, la conducta susceptible de sanción penal se configura a través de la difusión, cesión, divulgación, distribución, solicitud, comercialización o publicación, o amenaza de publicación de imágenes, audios o videos de una persona desnuda parcial o totalmente, de contenido erótico o sexual (impreso, grabado o digital) sin consentimiento de la víctima.

Las exposiciones de motivos de las iniciativas de ley son verdaderamente útiles cuando queremos ahondar en las intenciones que las legisladoras y los legisladores al tipificar una conducta. El Congreso de Guanajuato, por ejemplo, fundamentó la necesidad de reforma y adición de los tipos penales que contempla la Ley Olimpia en que

la política expansiva del Derecho Penal de los últimos años va intrínsecamente relacionada con la aparición de nuevos riesgos que surgen a raíz de la implementación y el uso de avances tecnológicos en que los tipos penales existentes hasta la fecha presentan múltiples dificultades para dar cabida a estas nuevas conductas que van surgiendo y que se entienden necesarias de sanción penal (H. Congreso del Estado de Guanajuato, 2018).

Los rangos de punición que los estados determinaron para dicho grupo de delitos son distintos; sin embargo, la mayoría prevé una pena mínima de tres años de prisión,⁶ y la pena máxima prevista por la mayoría es de hasta seis

⁴ Título Séptimo Bis "Delitos contra la indemnidad de privacidad de la información sexual", Capítulo II "Violación a la Intimidad sexual", artículo 199 octies y ss.

⁵ La Ley Olimpia está vigente en Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

⁶ Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Guerrero, Hidalgo, Puebla, Querétaro y Tlaxcala.

años.⁷ Lo anterior, sin considerar las agravantes ni la configuración del delito cuando la víctima sea menor de edad.

La tipificación de difundir imágenes compartidas en la intimidad sin consentimiento fue aclamada como uno de los grandes triunfos del feminismo, lo cual encuentro bastante problemático.

La implementación y uso de las nuevas tecnologías, sin duda, ha generado nuevos riesgos que ponen en entredicho la integridad y derechos sexuales de las mujeres, y que inevitablemente constituyen formas de violencia de género. Las conductas que la Ley Olimpia establece como delitos afectan gravemente la salud emocional, social y la integridad sexual de las mujeres. No obstante, vale la pena preguntarnos si traducir dichos riesgos sin distinción en delitos es la mejor forma de proteger la autonomía sexual de las mujeres.

En ese contexto, este ensayo se desarrolla desde dos perspectivas: primero cuestiono el ejercicio de tipificación de una conducta como solución a un problema de violencia estructural y su relación con la exigencia constitucional de mínima intervención penal, cuyas bases teóricas han sido expuestas –mayormente– por Luigi Ferrajoli.

Después cuestiono la intención punitiva desde una perspectiva feminista. Analizaré por qué legitimar la acción penal como herramienta para solucionar problemas de desigualdad de género pone en entredicho la naturaleza antidiscriminatoria del discurso feminista, en relación con la naturaleza androcéntrica del derecho penal.

Finalmente, desarrollo algunas conclusiones sobre la urgente necesidad de dejar de voltear a ver los códigos penales como herramientas de defensa de los derechos de las mujeres desde una mirada crítica, interseccional y democrática.

⁷ Baja California, Baja California Sur, Campeche, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Guerrero, Hidalgo, Puebla, Querétaro y Sonora. No obstante, algunos estados prevén hasta ocho años de prisión: Durango, Jalisco, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Quintana Roo, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

2. La limitada idea de engrosar los códigos penales para atender un problema social

El grado de intervención del derecho penal en un Estado es un indicador importante para definir el conjunto estatal, independientemente de otros indicadores. En sí, todo el conjunto de medidas político-criminales que adopta un Estado lo colocarán como democrático o como autoritario.

En un Estado democrático de derecho, el derecho penal está sujeto a una serie de límites constitucionales estrictos para su utilización. El Estado mexicano, a través de los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad de las penas y mínima intervención, contenidos en los artículos 14, 16 y 22 constitucionales, así como a través de las reformas constitucionales de 2008 (que modifica el proceso penal en México) y 2011 (sobre derechos humanos), adoptó una política criminal democrática de mínima intervención del derecho penal.

Esto implica que la potestad sancionadora del Estado es el último recurso al que se podrá acudir cuando exista un conflicto que afecte los derechos o bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. Desde esta perspectiva, la persona es concebida como un fin en sí mismo y no como medio para la obtención de otros fines.

Para Ferrajoli (2012, pp. 100-109) el derecho penal mínimo es un sistema penal capaz de vincular la intervención punitiva a rígidos límites impuestos para la tutela de los derechos de las personas. Se trata de un sistema penal sujeto a garantías penales como el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, el principio de lesividad, materialidad y culpabilidad. Respecto del proceso, se refiere a la sujeción a garantías como la contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la rígida separación entre juez y acusación, presunción de inocencia, la carga de la prueba en la acusación, la oralidad y la publicidad en el proceso y la independencia externa e interna del Poder Judicial.

Además, el derecho penal mínimo está sujeto a aquellas garantías relacionadas con la obtención de la verdad jurídica, tales como la verificabilidad y la irrefutabilidad de las hipótesis acusatorias.

Siguiendo al autor, los fines que legitiman la potestad punitiva estatal son la defensa social y el garantismo: la seguridad frente a los delitos y la seguridad frente a los castigos arbitrarios. En el marco de un derecho penal mínimo la protección del más débil cobra vital importancia. Entendiendo que al momento del delito el más débil es la parte ofendida, en el momento del proceso es la persona imputada, y en el de la pena es la persona condenada.

En un sistema de mínima intervención penal, se busca primero utilizar todas las medidas menos represivas, o que afecten la menor cantidad de derechos, o un derecho en la menor medida posible. Así, el Estado ejerce su derecho a castigar sólo bajo dos premisas: cuando la persona no ajustó su conducta a las exigencias jurídicas y cuando cualquier otra medida no será suficiente para redimir lo hecho.

La exigencia constitucional de mínima intervención estatal no es sólo retórica, cualquier norma penal que parezca introducir una medida desproporcionada merece ser revisada constitucionalmente a la luz del principio de mínima intervención penal. Por ejemplo, en 2019 la Primera Sala de la SCJN declaró la inconstitucionalidad del delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad, al encontrarlo incompatible con los principios constitucionales de lesividad y mínima intervención como límites a la libre configuración legislativa en materia penal (amparo directo en revisión 7787/2017).⁸

En el desarrollo del análisis de constitucionalidad, la Primera Sala encontró problemático establecer un vínculo constitucionalmente suficiente entre el bien jurídico tutelado –modular la desobediencia de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado a los mandamientos legítimos– y el medio escogido por el Estado –sanción penal– para ejercer esa tutela. Parecía que la única justificación para tipificar la conducta se relacionaba con la finalidad de prevención general que comúnmente se asocia a las normas penales, mediante la cual, el objetivo

⁸ En dicho asunto, la SCJN además declaró la inconstitucionalidad por una segunda razón: la norma impugnada es incompatible con el principio de taxatividad, contenido en el artículo 14 constitucional.

es disuadir conductas que atenten contra bienes o intereses sociales bajo la amenaza de una sanción.

Al ser el último recurso disponible para el Estado, la Primera Sala afirmó que la utilidad del derecho penal como instrumento simbólico –es decir, con el objetivo de generar efectos inhibitorios– es altamente cuestionable en un régimen constitucional de derecho comprometido con las libertades democráticas. Existen medidas menos restrictivas de la libertad personal e igualmente disponibles para el Estado para garantizar el cumplimiento de los mandamientos legítimos de las autoridades dentro del ámbito civil o administrativo (prevenciones, apercibimientos, multas, embargos).

Así, la Primera Sala de la SCJN concluyó que en un Estado democrático utilizar el derecho penal para fomentar la sujeción de las personas a los pedimentos u órdenes racionales de las autoridades encargadas de supervisar la vigencia de las reglas implica una intervención innecesaria e injustificada en el ámbito de las libertades democráticas y en la esfera jurídica de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha desarrollado el principio de mínima intervención del derecho penal, al dar contenido al artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida de las personas.

En el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006, p. 83) y el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012, p. 53), la Corte IDH determinó que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En el *Caso Kimel vs. Argentina* (2008, p. 18), la Corte IDH dijo que siendo el derecho penal el medio más restrictivo y severo para cumplir los objetivos que se persigan, su uso es legítimo sólo cuando se cumpla con el principio de mínima intervención. De este modo, el poder punitivo sólo debe ejercerse en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.

Por el contrario, acudir al derecho penal tan a menudo pone en tela de juicio sus límites y nos acerca más bien a un sistema antigarantista, al adoptar medidas eminentemente represivas del delito: endurecimiento de los cuerpos policíacos, sanciones cada vez más restrictivas de derechos, aumento de los años de cárcel en la pena privativa de libertad o la militarización del país. Todas ellas son formas de sujetar a las personas a vivir bajo cierta amenaza.

No obstante, penalizar un conflicto social tiene múltiples consecuencias en todos los actores que participan en un proceso penal. Ávila (2011, pp. 368-399) explica que acudir con tanta frecuencia al aparato punitivo tiene dos tipos de consecuencias fatales: primero, la reducción del problema a un delito y una persona y, segundo, la inutilidad del derecho penal como herramienta para abordar un conflicto social. El autor aterriza su reflexión en el fenómeno de la seguridad ciudadana, sin embargo, me parece oportuno hacer extensivo su análisis al problema de violencia por desigualdad de género, por las razones que desarrollo a continuación.

Sobre la primera consecuencia –la reducción del problema a un delito y una persona–, es importante destacar que la desigualdad de género es estructural. La discriminación que afecta desproporcionadamente a las mujeres se relaciona con los estereotipos de género que se siguen reproduciendo socialmente, pues el machismo encuentra justificaciones distintas para subsistir. Reducir el problema de la desigualdad de género a la tipificación de una conducta tiene consecuencias sólo sobre quien comete la conducta e invisibiliza a la víctima, reduciéndola a un mero indicio probatorio.

Sobre responsabilidades individuales, Pitch (2003, pp. 71-79) explica que el enfoque teórico dominante de la cuestión criminal ha partido de la postura anglosajona que construye al delito como un problema "social" del cual se deben establecer las causas rastreando las interacciones complejas entre factores sociales, económicos, culturales y psicológicos. Desde este enfoque, el delincuente es un actor "racional" cuya racionalidad es "instrumental" y concierne a la elección de medios eficientes para fines que están dados en el sistema cultural y, a través de la socialización, internalizados en el sistema de la personalidad.

Es decir, el actor es responsable por las consecuencias de sus acciones —en contraposición a la postura que considera a la persona delincuente como enferma que no puede ser considerada responsable por sus acciones— y, al mismo tiempo, no es responsable por sus motivaciones, pues éstas son objetivos culturalmente definidos y pasivamente internalizados. Tampoco es responsable por encontrarse en una posición social que hace que llevar adelante sus motivaciones por vías legales sea imposible.

Entonces, existe una responsabilidad política general de intervenir para atenuar o eliminar las condiciones que dan pie a la conducta ilícita, en el caso, la violencia de género. La responsabilidad individual del delincuente es limitada e implica una responsabilidad social más extensa. Si entendemos que el delito tiene causas "sociales", entonces, la "sociedad" tiene la obligación de asumir la responsabilidad por las consecuencias del delito y por la remoción de sus causas.

Es decir, si entendemos que la violencia de género es estructural y sistemática, entonces, sólo sancionar al agresor es insuficiente y exime al resto de la población de hacerse cargo de la reproducción internalizada de estereotipos y violencias que provocan la conducta que vulnera los derechos de las mujeres.

Larrauri reconoce que uno de los riesgos de usar el derecho penal para atender la violencia de género es que el sistema penal tiende a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control de delito:

[...] cuando se crea y se pretende aplicar un delito es necesario individualizar el comportamiento y el sujeto: este proceso es contrario a las perspectivas feministas, las cuales apuntan a la responsabilidad del contexto social en el mantenimiento del soporte que permite el concreto acto de violencia; por ello, en definitiva, cuando se interpone el derecho penal, éste redefine el problema en los términos impuestos por el sistema penal. [...] [E]l problema es social, de falta de poder y de falta de recursos: el derecho penal sólo puede brindar una ayuda secundaria y puntual, lo cual ocasiona una frustración de expectativas que es un factor importante para determinar la actitud que la mujer pueda adoptar en su futuro respecto a la situación violenta o de dominación vivida por ella (Larrauri, 2018, pp. 75-76).

Por otro lado, la neutralización de las víctimas en el sistema penal debería invitarnos a repensar las formas de sanción estatal ante la comisión de delitos. En muchas ocasiones, la justicia que privilegia las formas de castigo no logra brindar el espacio adecuado de participación a las víctimas en el proceso, o resarcir el daño a ellas ocasionado. Esto suele provocar que un ánimo punitivo reviente luego de haber sido víctima de un delito. Mismo que, habitualmente, sólo se ve satisfecho cuando la persona que resultó responsable del ilícito es condenada a una sanción sumamente severa. Entendiendo por *sanción sumamente severa* cualquier consecuencia que amerite la prisión.

En general, uno de los argumentos más recurridos para la previsión legislativa de penas cada vez más severas se relaciona con la falsa concepción de los derechos de las personas víctimas como antagonistas a los derechos de las personas inculpadas. Resulta común pensar que el respeto y garantía de los derechos de la persona inculpada implica, en sí mismo, un desconocimiento de los derechos de las víctimas, como si se tratara de una confrontación de derechos, en la que la balanza debe forzosamente inclinarse hacia los derechos de las personas víctimas y excluir los de la persona inculpada, o viceversa.

Esto no necesariamente es así. Es absolutamente necesaria la participación de la víctima en el proceso penal, sin embargo, su protagonismo no lleva implícito el antagonismo de la persona procesada o sentenciada. Pretender que exista una oposición entre las prerrogativas constitucionales de las víctimas y las de las personas imputadas es un falso debate.

Puesto que los derechos de las personas imputadas tienen estricta relación con las reglas procesales consagradas en la Constitución federal⁹ y lo que está en

⁹ En la Constitución federal los derechos de las personas imputadas están consagrados en el contenido de los artículos 1º, 16, 17, 18, 19 y, con mayor detalle, en el apartado B del artículo 20. Entre ellos encontramos la presunción de inocencia; el derecho a declarar o a guardar silencio; la prohibición absoluta de tortura y tratos crueles; el derecho a ser informado, desde su detención, de los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; derecho a que le sean recibidos testigos y pruebas que ofrezca; publicidad en su juicio –salvo los casos que expresamente marca la ley–; a tener una defensa –pública o particular– adecuada, y a ser juzgado en un plazo razonable.

entredicho es su libertad, cada paso en el proceso deberá encontrarse lo suficientemente firme como para ser sostén de una sentencia condenatoria. En cambio, las exigencias de las víctimas debieran dirigirse a conocer la verdad, a que sea impartida justicia y a que el daño que el delito ocasionó sea reparado, además de aquellas que se relacionan directamente con su participación en el proceso –como el derecho a contar con una persona asesora jurídica–.¹⁰ Garantizar los derechos de una parte no implica la vulneración de los derechos de la otra, pues obedecen a lógicas distintas: para la persona imputada, el derecho al debido proceso cobra suma importancia; para las víctimas, son sus derechos de participación en el proceso, a la verdad y a la reparación del daño los que deben calificarse de preponderantes.

Podría considerarse insensible no dar razón a quienes resintieron el daño ocasionado por un delito, en especial aquellos que tienen que ver con la integridad o la libertad sexual, pero hay que cuidar que el debate no se vuelva visceral o, incluso, vengativo. Sin duda, debemos reconocer la vulnerabilidad de las víctimas de un delito, que inevitablemente se relaciona con un sentimiento colectivo de inseguridad que generalmente se desborda en las sociedades donde los índices delictivos rebasan lo tolerable. Lo cierto es que este sentimiento podría encontrarse más bien relacionado con los procesos de investigación del delito que con la ejecución de las sentencias penales.

El sistema penal sigue siendo suelo fértil para infinidad de formas de revictimización que comienzan desde la imposibilidad de denunciar delitos y los altos niveles de impunidad en el sistema de justicia penal mexicano: siguiendo la investigación llevada a cabo por México Evalúa (2020, p. 118), en todas las entidades federativas el índice de impunidad supera 70%; incluso, en algunos estados alcanza 99%.

¹⁰ Las víctimas u ofendidos gozan de derechos que están consagrados de manera específica en el apartado C del artículo 20 constitucional. Éstos involucran recibir asesoría jurídica sobre sus derechos y el desarrollo del procedimiento penal; derecho a coadyuvar con el Ministerio Público e intervenir en el juicio del que son parte; a recibir atención médica y psicológica de urgencia desde la comisión del delito; a que les sea reparado el daño; al resguardo de su identidad y datos personales en los casos que señale la ley; a solicitar medidas cautelares, y a impugnar las determinaciones del órgano acusador –reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, entre otras–.

Además, en general, el aumento de penas no ha demostrado ser una medida eficaz para la reducción de delitos. No hay muestra de evidencia robusta que registre una relación efectiva entre el endurecimiento de las herramientas penales y la disminución de los índices delictivos en una región. Y si la hay, es mínima, e involucra un costo muy alto para el Estado. Incluso hay quienes afirman que las infracciones administrativas podrían llegar a tener mayor efecto disuasivo (Cavada, 2018, pp. 1-9).

Al analizar algunos estudios sobre disuasión general marginal como política de prevención del delito, estudiosas de las políticas de prevención penal han concluido que, comúnmente, las personas saben que serán sancionadas, pero desconocen la severidad concreta del castigo (Aparici, 2014, pp. 14-16). Con base en el análisis de los efectos disuasorios de las variantes en la severidad de las sentencias, se ha mostrado que la severidad en la pena no reduce los niveles de criminalidad (Doob y Webster, 2003; Becker, 1968).

Muchas veces, las exigencias punitivas carecen de reflexiones sobre las causas del fenómeno delictivo y lo deslindan de factores sociales importantes como la desigualdad, la pobreza, la escasez de empleo o la discriminación.¹¹ Debemos recordar que no existe un derecho a la pena.¹²

En cuanto a la segunda consecuencia abordada por Ávila –la inutilidad del derecho penal como herramienta para abordar un conflicto social–, vale la pena destacar que la reclusión en centros penitenciarios no ha funcionado para lograr una efectiva reinserción social de la población condenada a una pena privativa de libertad. La prisión, como tal, difícilmente produce efectos útiles para la persona y para la sociedad en general. Por el contrario, la reclusión de las personas

¹¹ Al respecto, Ríos (2017, p. 55) explica que "el Estado no puede quedar atado a la opinión que una buena parte de los ciudadanos tienen en torno al fenómeno delictivo y que se expande y consolida a través de los medios de comunicación. Sin duda, en el proceso de elaboración de las leyes penales tiene que escuchar a las víctimas de cualquier delito, pero eso no significa que el legislador tenga que otorgarles legitimidad absoluta para dictar en exclusiva la política criminal a seguir, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena con todos los elementos jurídicos y sociológicos del fenómeno delictivo".

¹² Agradezco a Jaqueline Sáenz Andujo por introducirme en esta reflexión.

favorece condiciones negativas que pueden mermar severamente el desarrollo personal, familiar y social durante y después de ella. La Comisión Nacional de Derechos Humanos condena absolutamente cualquier práctica relacionada con el incremento excesivo de la pena privativa de libertad, pues sólo frena la efectiva reinserción social de las personas sujetas a ella. Las penas elevadas limitan cualquier esperanza de libertad y anulan la posibilidad de acceder a algún tipo de libertad anticipada, convirtiéndose en una especie de sentencia a muerte en reclusión para la persona interna (CNDH, 2016, p. 4).

Coincido con Muñoz y García (2015) cuando afirman que hablar de derecho penal es hablar de violencia: la violencia es característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. El derecho penal se encarga de comportamientos violentos, proponiendo para ello soluciones generalmente violentas. Por ello, la *necesidad* de sancionar penalmente una conducta debiera surgir cuando ninguna otra rama del derecho menos violenta pueda hacerse cargo favorablemente de la conducta en cuestión.

Particularmente cuando hablamos de justicia penal, la dignidad humana debe ser considerada el bien jurídico más importante y todas las autoridades están obligadas a observar su protección, en todas las fases del procedimiento y en la ejecución de la pena. Una política criminal garantista debe insistir en que el principal fin de la imposición de una pena es la prevención de castigos injustos y con ello, la mínima intervención estatal. Cualquier intervención penal resulta desproporcionada cuando alguna otra rama del derecho puede hacerse cargo del bien jurídico en cuestión, protegiéndolo de igual o mejor manera. Cuando es claro que ninguna otra medida podría hacerse cargo de dicho bien jurídico, entonces tiene sentido criminalizar la conducta que lo afecta.

Considero, pues, que el esfuerzo por mantener a raya los indicadores de delitos cometidos por razón de género y proteger las libertades e integridad de las mujeres no debería tener como única –o más socorrida– solución ensanchar los códigos penales. Si lo que en realidad hace crecer los índices de delincuencia es la impunidad en el sistema penal (Ruiz et. al, 2007, p. 80), la invisibilización

y revictimización de las víctimas en el proceso o la reparación del daño, tal vez deberíamos apostar más al efecto disuasorio de la posibilidad efectiva de condena: apostar más a eficientar los procesos de denuncia y de investigación del delito, hacer una evaluación *ex post* de los casos en los que las víctimas han quedado insatisfechas (Pecova, 2020) y, especialmente, repensar la necesidad estatal de reaccionar de forma violenta.

3. Lo contraintuitivo en la agenda feminista punitiva

Diversas teóricas feministas ya han denunciado los prejuicios, especialmente sobre género, que carga el derecho y lo han calificado como androcéntrico.

Olsen (1990, pp. 452-467) explica que, desde el pensamiento liberal clásico, el pensamiento humano se ha estructurado en dualismos o pares opuestos: lo racional vs. lo irracional, lo activo vs. lo pasivo, lo objetivo vs. lo subjetivo, lo abstracto vs. lo concreto, lo universal vs. lo particular. La académica destaca tres aspectos sobre este sistema de dualismos. Primero, que están sexualizados, es decir, una parte de los dualismos se considera "masculina" y la otra, "femenina". Segundo, la autora indica que los dualismos no se configuran como iguales, sino en una relación de jerarquía. Y tercero, que el derecho se inclina hacia el lado "masculino" de los dualismos: lo racional, lo activo, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Este lado de los dualismos –el "masculino"– domina y define al otro –lo "femenino"–.

El derecho, continúa la académica, se identifica con el dualismo "masculino": "el Derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el Derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres". Durante muchos años, la arena jurídica fue habitada casi exclusivamente por hombres.

Facio y Fries (2005, pp. 259-294) han desarrollado la concepción del derecho como una construcción androcéntrica. Es decir, las normas tienen sexo y es

masculino. Las autoras señalan que en toda explicación de la realidad está presente un punto de vista que históricamente ha sido el del hombre. Lo masculino ha sido el referente de lo humano: sus observaciones y evaluaciones no han sido concebidas como una perspectiva, sino como una verdad totalizadora de la experiencia humana. En ese sentido, si el centro de la experiencia humana ha sido el hombre, las soluciones creadas por el aparato estatal responden a sus necesidades e intereses, olvidando aquellas que corresponden a la otra mitad de la población. De ahí que la perspectiva de género sea contraria a una falta absoluta de perspectiva que se ha asumido como natural.

Por su parte, Smart (1994, pp. 74-76, citada en Zabala, 2009) explica que el derecho, además de sexista y masculino, es una estrategia creadora de género: ha creado los conceptos *mujer* y *mujeres*, pero sin recoger la realidad de las mujeres, y haciendo esencial la figura de mujer madre y esposa. El derecho surge de un sujeto parcial –el hombre– y sin cuestionar su posición incorpora a las mujeres por imitación o extensión.

Por ello, resulta indispensable visibilizar la mirada y experiencia de lo otro, esto es, la mirada y experiencia de las mujeres y los distintos efectos de la construcción social de los géneros, a fin de dismantelar los sistemas que jerarquizan la sociedad y alimentan discriminaciones desproporcionadamente sobre las mujeres.

Ahora, en específico, el derecho penal es una construcción profundamente discriminatoria. Zaffaroni (2000, pp. 329-330) sostiene que el poder punitivo asegura el sometimiento de las mujeres al patriarcado, puesto que se ocupa principalmente de quienes ejercen control sobre ellas –hombres jóvenes y adultos– para que no dejen de ejercer su rol dominante. Esta articulación se inserta de formas distintas en otras relaciones que excluyen del poder a diversas minorías o disidentes, sin embargo, se mantiene. El autor señala que para determinar dónde debe ser desplegado el poder punitivo, la selección responde a un criterio de vulnerabilidad. Criterio que, generalmente, atiende a estereotipos que alimentan las discriminaciones, en particular, por razones de género.

Zaffaroni (2007, pp. 11-15) explica que el sistema penal como conjunto de agencias que coinciden con la cuestión criminal ejerce un poder punitivo represivo en forma de criminalización primaria y secundaria. Por criminalización primaria se entiende el acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena, es decir, la tipificación de una conducta. Por criminalización secundaria entiende la acción punitiva ejercida sobre una persona o personas concretas como autoras de un delito.

De acuerdo con el autor, el número de delitos en la legislación penal se ha ido incrementando con el paso del tiempo, por lo que es inimaginable considerar que todas las conductas amenazadas con pena reciban realmente el castigo. No sólo porque se detendría la sociedad, sino porque la capacidad de quienes ejercen materialmente el poder punitivo estatal (fiscalías, poderes judiciales, prisiones), es decir, las agencias de criminalización secundaria, es muy inferior a lo planificado por la criminalización primaria. De ahí que las agencias de criminalización secundaria ejerzan un poder selectivo sobre las personas.

En ese sentido, el sistema penal criminaliza a quienes cumplen con los prejuicios racistas, clasistas xenófobos y sexistas que configuran la fisionomía del delincuente en el imaginario colectivo. Quienes coincidan con el estereotipo del delincuente son más susceptibles de ingresar el sistema penal, aun cuando no hagan nada ilícito, sólo por portar lo que el autor denomina una suerte de "uniforme del sistema penal" (2007, p. 8), que, además, cometen hechos poco sofisticados que les hacen aún más vulnerables a la criminalización. Los roles y estereotipos que son impuestos socialmente implican exigencias de actuación conforme a ellos, por lo que, en general, internalizamos o asumimos el rol impuesto y nos comportamos conforme a éste.

En contraste con lo anterior, en el menor de los casos, el sistema penal criminaliza con la intención de hacer un retiro de cobertura. Es decir, aborda a aquellos pocos que no portan el uniforme de cliente del sistema penal, sino que son poderosos, ya no útiles al poder al que sirvieron, o poderosos cuya captura y procesamiento conviene para mostrar una pretendida igualdad ante la ley. La captura de las cabezas de redes criminales ejemplifica este punto.

Ahora, la primera modificación parcial al Código Penal Federal que recoge algunas preocupaciones de los movimientos feministas¹³ fue en 1989 (y ampliada en 1995), en materia de delitos sexuales y relaciones de familia. Sobre los delitos sexuales, hasta antes de 1989, el objeto de protección penal era la honestidad de la mujer y no su libertad sexual, con lo que colectivos completos de mujeres no consideradas honestas quedaban fuera de la protección de la norma. Con esta reforma, la libertad sexual fue considerada un bien jurídico cuya protección estatal era necesaria. Otra innovación de esta reforma fue incluir el "acceso carnal por vía bucal" como otra de las formas de violencia sexual por razones de género (Maqueda, 2005, p. 3).

El feminismo es el discurso antidiscriminatorio por excelencia. Zaffaroni (2000, pp. 329-330) lo atribuye a que "es susceptible de penetrar en todas las agencias, clases, corporaciones e instituciones, es decir, que no hay loci de poder social que no pueda ser alcanzado por las mujeres, y [...] es susceptible de complementarse y compatibilizarse con todos los otros discursos de lucha antidiscriminatoria". Todas las formas de discriminación y opresión descansan unas sobre las otras y se nutren mutuamente. Uno de los problemas que conlleva utilizar el derecho penal para resolver las violaciones de derechos humanos que genera la discriminación es que el derecho trata a todas las discriminaciones como si fueran fenómenos aislados.

En ese sentido, Zaffaroni (2000, pp. 333-334) advierte que el instrumento más violento de discriminación no puede convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación. A pesar de lo deseado, el poder punitivo no parece estar del lado del más débil, es decir, la persona que está a punto de ir a prisión. Cuando adoptamos el derecho penal como instrumento de lucha contra la discriminación, el autor indica que corremos el riesgo de caer en una broma punitiva: cuando los discursos antidiscriminatorios reclaman soluciones al derecho penal, este último, como máximo instrumento discriminante, argumenta que su incapacidad para atenderles proviene de que no es suficientemente fuerte

¹³ Especialmente colectivos feministas radicales que denunciaron por primera vez la violencia en contra de las mujeres como un problema social, en la década de 1970.

—es decir, no tiene refuerzos constitucionales o legales que le permitan cumplir su función—. ¹⁴

Núñez (2018, pp. 164-181) analizó las trampas que conlleva acudir al poder punitivo para combatir las violencias hacia las mujeres. Particularmente en el tipo penal federal de feminicidio (Código Penal Federal, artículo 325), la académica observa que las "razones de género" se ven reducidas a un catálogo de enunciaciones de relación víctima-victimario, condición del cuerpo victimado, antecedentes de violencia, situación y exposición del cuerpo de la víctima. Así, la idea primordial de reconocer la violencia cometida en agravio de las mujeres en una cultura patriarcal se reduce a un par de fracciones. De acuerdo con Núñez, las mujeres quedan textualmente victimizadas, pues el sujeto *mujer* en este tipo penal es siempre una víctima irremediable a la que el Estado debe proteger sólo en determinadas circunstancias.

Además, Núñez (2018, pp. 193-201) intuye que un feminismo punitivo refuerza la ideología de género que en sí misma encarna violencia. Explica que las distintas reformas que diluyen los límites del poder punitivo estatal han provocado lo que ella denomina círculos en la ley penal, en los que finalmente los hombres son interpelados como protectores de las mujeres y ellas como desvalidas y necesitadas de su tutela.

Para Larrauri, la intervención del derecho penal tiende a restar autonomía a la mujer, ignorando sus necesidades. Al transformar la conducta a tipificar en un problema público, termina por demeritar la visión que la mujer tiene de sí misma, reduciéndola a sólo una víctima. En ese sentido se pronunció Larrauri respecto de la exclusión del perdón en los delitos sexuales en la reforma al Código Penal Federal de 1989, que denunció que "la pretendida mayor protección que se concede a la mujer se logra a costa de anular su capacidad de

¹⁴ Incluso, otros discursos antidiscriminatorios podrían cuestionar la utilización de derecho penal como consigna para proteger sus derechos. Al respecto, recomiendo leer a Sofía Jiménez Poiré (2020), quien se cuestiona la eficacia en la tipificación de los esfuerzos para "corregir" la orientación sexual y la identidad de género (ECOSIG), comúnmente llamados "terapias de conversión" aplicadas en personas del colectivo LGBTQ+, e invita a repensar la justicia más allá de sólo agregar delitos.

decisión" (Larrauri citada en Maqueda Abreu, 2005, p. 8). Para la autora no sólo es dudoso que una mayor severidad en las penas brinda mayores efectos de prevención del delito y protección a la víctima, sino que cuando las sanciones estipuladas por el Legislativo parecen absolutamente desproporcionadas, los jueces tienden a argumentar de forma tal que se produce su inaplicación.

Angela Davis (2017), filósofa estadounidense y activista por el feminismo negro, invita a cuestionar la utilización del castigo para enfrentar la violencia machista; para ella es necesario relacionar la violencia de género con las violencias institucionales para buscar otras maneras de combatir el sexismo. Al utilizar violencia para solucionar problemas, el Estado transmite el mensaje de que la violencia también puede ser utilizada para resolver problemas en otros ámbitos, tales como las relaciones de pareja. No es posible excluir la violencia de género de otras violencias institucionales. Para la autora, adoptar el encarcelamiento como solución a problemas como la violencia de género reproduce la misma violencia que tratamos de erradicar.

La filósofa –al igual que Ferrajoli (2018, p. 53)–¹⁵ propugna por la abolición del sistema penitenciario y la búsqueda de nuevas formas de justicia: "¿Cuánto de transformador hay en mandar a alguien que ha cometido violencia contra una mujer a una institución que produce y reproduce la violencia? [...] Adoptar el encarcelamiento como estrategia es abstenernos de pensar en otras formas de responsabilización".¹⁶

Para Davis la prisión funciona como

un sitio abstracto en el cual se depositan lxs indeseables, alivianándonos de la responsabilidad de pensar en los verdaderos problemas que afligen a aquellas comunidades de las que se extraen prisionerxs en números tan desproporcionados. Este es el trabajo ideológico que realiza la prisión: nos exime de la responsabilidad de comprometernos

¹⁵ Ferrajoli alienta aquellas tesis que defienden la abolición de la reclusión carcelaria –no del derecho penal en su conjunto–, que denomina "reformadoras", y se pronuncia a favor de sanciones penales menos afflictivas; al considerar la pena de prisión como inhumana, inútil y dañina.

¹⁶ En entrevista para *El País* (Alves, 2017).

seriamente con los problemas de nuestra sociedad, especialmente aquellos producidos por el racismo y, cada vez más por el capitalismo global (2017, pp. 17-18).

Ahora, al crear o modificar políticas criminales relacionadas con la aplicación de la pena de prisión, algunas veces olvidamos cómo el sistema carcelario impacta particularmente a las mujeres.

Pérez, Youngers y Chaparro (2017, pp. 47-55) explican que el encarcelamiento de mujeres puede conducir a la ruptura del vínculo familiar y a más exposición de sus dependientes a situaciones de vulnerabilidad, además del mayor escrutinio social al que son sometidas respecto de los hombres por involucrarse en actividades ilícitas, precisamente relacionado con expectativas y estereotipos basados en el género.

Al explicar los efectos indirectos que causa la prisión en las mujeres, Pérez (2015, pp. 18-21) explica cómo el sistema penitenciario demerita los valores de cuidado asumido por las mujeres. La académica expuso cómo las esposas, madres, hijas o hermanas no reclusas asumen los costos económicos sociales y de salud que implica tener a los hombres en prisión. De ese modo, son ellas quienes visitan a los hombres en prisión y mantienen el vínculo familiar necesario para la re-inserción social. Además, mantienen económicamente y aportan los bienes básicos a los hombres y mujeres reclusos y a sus hijas e hijos. La autora afirma que "[E]l encarcelamiento no es una pena individual o individualizable. Sus efectos alcanzan negativamente a quien el derecho reconoce como inocente y repercute de forma permanente en las familias de quien es detenido (a)" (2015, p. 10).

Es imposible obviar cómo las desigualdades generan desventajas frente a la justicia penal. En la cárcel, más que "delincuentes de alta peligrosidad" se encuentran personas con recursos escasos que en ocasiones vienen de contextos violentos y precarizados.¹⁷ Sin olvidar el impacto desproporcionado que el sistema penitenciario ha tenido en personas racializadas.

¹⁷ De acuerdo con la Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad (ENPOL, 2021), 23.1% de la población privada de libertad señaló haberse dedicado a labores artesanales en su última ocupación y sólo

Ferrajoli explica que las desigualdades penales que son consecuencia de las desigualdades económicas y sociales se manifiestan claramente en el derecho de defensa y colocan en desventaja a las personas frente al aparato punitivo: la pobreza "ataca el terreno de las libertades fundamentales en todos los momentos decisivos de la intervención penal: desigualdad en la exposición a la intervención punitiva, desigualdad de derechos en el proceso, desigualdad de tratamiento en la ejecución penal" (2008, p. 79).

4. Conclusiones

La utilización constante del derecho penal a través de la tipificación de conductas o el aumento de las penalidades de delitos cuyo bien jurídico tutelado se relaciona con determinadas consignas feministas, podría estar contrariando los propósitos de un sistema garantista y de derecho penal mínimo. Responder al ánimo punitivista de algunas exigencias feministas con más punitivismo por parte del Estado remite a la idea de que el castigo supone una forma de reparación a la víctima. Desde esta perspectiva, justicia es igual a castigo.

Cierto es que los tipos penales, máxime cuando son autónomos, envían un mensaje de clara desaprobación de la conducta; sin embargo, esperar que la pena de prisión resuelva problemas sociales como la desigualdad estructural por razones de género es ingenuo; especialmente cuando el incremento continuado de la pena privativa de libertad no ha mostrado eficacia significativa (Doob y Webster, 2003, pp. 143-195; Aparici, 2014, pp. 14-16). Además, la efectividad de las leyes en general es poco evaluada y las fallas que cada una pudiera presentar pasan inadvertidas.

Esto no significa que habrá que renunciar al derecho penal para proteger los derechos de las mujeres, sino abandonar la idea de que la pena privativa de

8.9% era profesionista o técnico. Particularmente sobre las mujeres, 37.2% señaló haberse dedicado al comercio o ventas y 20.9% a servicios personales (tales como labores de lavado y planchado, limpieza de zapatos, aseo de celdas, corte de pelo, entre otros) y vigilancia, y sólo 7% era profesionista o técnica. En cuanto a la educación, 69.7% señaló contar con estudios de educación básica (preescolar, primaria, secundaria o carrera técnica con secundaria terminada) y sólo 6.1%, con educación superior (licenciatura o profesional y maestría o doctorado).

libertad es la solución a problemas profundos. La responsabilidad que el derecho penal asigna es –y debe ser– siempre limitada, individual, sometida a altos estándares de prueba y carece de impacto en el resto de la sociedad que no fue sometida a proceso penal. Misma sociedad que inyecta y reproduce patrones discriminatorios en contra de las mujeres que producen la violencia de género.

La gravedad del problema es innegable, pero utilizar una premisa basada en el castigo como corrección moral para acudir a medidas punitivas contraría por completo la agenda progresista de la que el feminismo es parte y, como respuesta estatal, es una clara regresión a formas retribucionistas de sanción que sólo terminan por colocar en una posición de subordinación y dependencia a las mujeres frente al Estado patriarcal.

Es imperativo utilizar las herramientas que el derecho penal brinda para mejorar las vías institucionales que otorgan protección a las mujeres que fueron víctimas de un delito e ir mucho más allá de castigar a sus agresores. El derecho penal no va a enderezar los problemas de desigualdad por género. Si el Estado es quien más ha perpetuado las relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres, toda intervención estatal trae consigo prejuicios y estereotipos de género profundamente arraigados. Como señalan Arruza, Battacharya y Fraser (2019, p. 19),

las leyes que criminalizan la violencia de género son un engaño cruel si hacen la vista gorda ante el sexismo estructural y el racismo de los sistemas de justicia penal, dejando sin embargo intactos la brutalidad policial y el encarcelamiento masivo, las amenazas de deportación, las intervenciones militares y el acoso y abuso en el lugar de trabajo.

Proteger a la víctima sin la víctima (o pese a ella) es justicia penal simbólica.

Fuentes

Bibliográficas

Alves, Ale (2017), "Angela Davis: 'Cuando la mujer negra se mueve, toda la estructura de la sociedad se mueve con ella'", *El País*, 29 de julio de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/07/27/actualidad/1501114503_610956.html.

Aparici Martí, L. (2014), "Políticas y estrategias de prevención del delito y de la inseguridad", Universitat Jaume, España.

Arruza C., Bathacharya T. y Fraser N. (2019), *Manifiesto de un feminismo para el 99%*, Martínez Riu, Antoni (trad.), Barcelona, Herder.

Ávila Santamaría, R. (2011), "Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la construcción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal" en *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 368-399, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.

Becker, S. G. (1968), "Crime and punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 26, núm. 2.

Cavada, J. (2018), "Efectos del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos", en *Asesoría Técnica Parlamentaria*, Departamento de Estudios de Extensión y Publicaciones, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chaparro, S., Youngers, C., Pérez Correa, C. (2017), "Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina", Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. Disponible en: <http://www.drogasyderecho.org/investigacion/castigos-irracionales-leyes-de-drogas-y-encarcelamiento-en-america-latina/>.

CNDH (2016), "Racionalización de la Pena de Prisión, Pronunciamiento". Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf.

Davis, A. (2017), "¿Son obsoletas las prisiones?", Adelstein, Gabriela (trad.), Argentina, Bocavulvaria ediciones.

Doob, A. y Webster, C. (2003), "Sentence severity and crime: accepting the null hypothesis", en Tonry, Michael (ed.), *From Crime and Justice: A Review of Research*.

EQUIS Justicia para las Mujeres (2020), "Las dos pandemias. Violencia contra las mujeres en México en el contexto de COVID-19", Informe elaborado para la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Disponible en: <https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2020/08/informe-dospandemiasmexico.pdf>.

Facio, A. y Fries, L. (2005), "Feminismo, género y patriarcado", *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, núm. 6, pp. 259-294.

Ferrajoli, L., (2008) "Desigualdad en la justicia penal y la garantía de defensa pública", en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 77-89, Buenos Aires. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>.

Ferrajoli, L. (2018), "El Paradigma Garantista. Filosofía crítica del derecho penal", 2.ª ed., Madrid, Trotta.

Ferrajoli, L. (2012), "El principio de lesividad como garantía penal", *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 79, pp. 100-109.

Giacomello, C. (2013), "Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México", DF, Tirant lo Blanch.

INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad (2021). Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/>.

Jiménez Poiré, S. (2020), "La agridulce tipificación de los ECOSIG como delito en el Código Penal de CDMX", *Animal Político*. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/agridulce-tipificacion-ecosig-como-delito-codigo-penal-cdmx/>.

Larrauri, E. (2018), "Criminología crítica y violencia de género", 2.^a ed., Madrid, Trotta.

Maqueda Abreu, M. (2005), "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico", Biblioteca Jurídica Virtual del IJ UNAM.

México Evalúa (2021), Centro de análisis de políticas públicas, Hallazgos 2020 Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México, 2020. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2021/10/hallazgos2020-7octubreok.pdf>.

Mora Sifuentes, F. (2017), "Reseña de *Las razones de la pena*, de Villajosana, J.", *Derechos y Libertades*, núm. 36, pp. 321-328.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015), *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., D. F., Tirant lo Blanch.

Núñez, L. (2018), *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, UNAM.

Olsen, F. (1990), "El sexo del derecho", Santoro, M. y Courtis, C. (trad.), en *The Politics of Law*, Kairys, David (ed.), pp.452-467, Nueva York, Pantheon.

Pecova, A. y Tamés, R. (2020), "La justicia no son sólo sanciones, es escuchar a las mujeres", *Letras Libres*. Disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/revista/la-justicia-no-son-solo-sanciones-es-escuchar-las-mujeres>.

Pérez Correa, C. (2015), "Las mujeres invisibles. Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres", Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/15473/las-mujeres-invisibles-los-costos-de-la-prision-y-los-efectos-indirectos-en-las>.

Pitch, T. (2003), "Responsabilidades limitadas, actores, conflictos y justicia penal", Montero, A. y Sozzo, M. (trads). Buenos Aires, Ad-Hoc.

Ríos Martín, J. (2017), *Cuestiones de política criminal. Funciones y miserias del sistema penal*, Madrid, Comares, S.L.

Ruiz López, C. (2016), "Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación", en *Repositorio Institucional de la Universidad Carlos III de Madrid*, España.

Ruiz, P., Cea, M.; Rodríguez, C., Matus, J.P. (2007), "Determinantes de la criminalidad: análisis de resultados", *Revista Polit. Crim.*, Núm. 3, pp.1-80.

Zabala, B. (2009), "El feminismo frente al Derecho", *Revista Viento Sur*, núm. 104, España.

Zaffaroni, E. (2000), "El discurso feminista y el poder punitivo", en *Las trampas del poder punitivo*, pp. 329-330, Buenos Aires, Biblo.

Zaffaroni, E. *et. al.* (2007), "Manual de derecho penal parte general", 2.a ed., Buenos Aires, Ediar.

Sentencias

Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006". Serie C No. 148. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012." Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008", p. 19, párr. 76. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad, 148/2017, SCJN, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 7 de septiembre de 2021.

Sentencia recaída al amparo directo en revisión 7787/2017, SCJN, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de septiembre de 2019.

Legislación

Código Penal para el Estado de Aguascalientes, Artículo 181 b.

Código Penal para el Estado de Baja California, Artículo 175 Sexties.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, Artículo 183 Quáter.

Código Penal para el Estado de Campeche, Artículo 175 Bis.

Código Penal para el Estado de Chiapas, Artículo 343 bis.

Código Penal para el Estado de Chihuahua, Artículo 180 bis.

Código Penal para el Distrito Federal, Artículo 181 Quintus, 209 y 236.

Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Artículo 236, fracción III.

Código Penal para el Estado de Colima, Artículo 152 Ter.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango, Artículo 182 Ter.

Código Penal para del Estado de México, Artículo 211 Ter y 211 Quater.

Código Penal para el Estado de Guanajuato, Artículo 187-e.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, Artículo 187.

Código Penal para el Estado de Hidalgo, Artículos 183 Bis, 183 Ter y 183 Quater.

Código Penal para el Estado de Jalisco, Artículo 176 Bis 1 y 176 Bis 2.

Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, Artículo 195 y 195 Bis.

Código Penal para el Estado de Morelos, Artículo 105 Bis.

Código Penal para el Estado de Nuevo León, Artículo 271 Bis 5.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, Artículo 259.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Artículo 225.

Código Penal para el Estado de Querétaro, Artículo 167 Quáter y 167 Quinquies.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Artículo 130 Sexies y 130 Sexies 1.

Código Penal para el Estado de Sinaloa, Artículo 185 Bis C.

Código Penal para el Estado de Sonora, Artículo 167 Ter.

Código Penal para el Estado de Tamaulipas, Artículo 276 Septies.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, Artículo 295 Bis.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, Artículo 190 Quinceces, 190 Sexdecies y 190 Septendecim.

Código Penal para el Estado de Yucatán, Artículo 243 Bis 3 y 243 Bis 4.

Código Penal para el Estado de Zacatecas, Artículo 232, Ter.

Código Penal Federal, Artículo 325.

Código Penal Federal, Artículo 199 Octies, 199 Nonies y 199 Decies.

H. Congreso del Estado de Guanajuato (2018), Iniciativa y proyecto de Decreto que adiciona los artículos 179-d, 187-6 y 187-f al Código Penal para el Estado de Guanajuato, a efecto de tipificar las conductas que atenten contra la libertad personal y sexual a través de medios electrónicos (acecho, afectación a la intimidad y captación de menores). Presentada ante la Unidad de Correspondencia de la Secretaría General el 16 de agosto de 2018, por los integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, de la Sexagésima Tercera Legislatura del H. Congreso del Estado de Guanajuato.

Ley General de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Artículo 20 Quáter, 20 Quinquies y 20 Sexies.

TRAYECTORIAS CONSTITUCIONALES

El impacto de la reforma de derechos humanos en la justicia federal: un análisis empírico de la jurisprudencia del artículo 1º constitucional*

The impact of human rights reform on the federal judicial branch: an empirical analysis of the precedents interpreting article 1 of the Mexican Constitution

JOSAFAT CORTEZ SALINAS**

CAMILO SAAVEDRA HERRERA***

Resumen

¿Qué impacto produjo la reforma de derechos humanos de 2011 en la interpretación judicial sobre derechos humanos de la judicatura federal? Este trabajo presenta los resultados de un estudio empírico de los precedentes judiciales (tesis aisladas y jurisprudenciales) del artículo 1º constitucional en el periodo 1917-2019, un lapso de más de un siglo que facilita observar en perspectiva longitudinal la trayectoria de la interpretación de la judicatura federal. El hallazgo principal es que la reforma está relacionada

* El texto fue elaborado con apoyo del proyecto IA301421 "Las huellas del cambio constitucional: el impacto del reformismo constitucional mexicano en la interpretación judicial y el constitucionalismo local", del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Profesor del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: josafatcortez@politicas.unam.mx. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6754-5177>.

*** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: camilos@unam.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3247-0376>.

con un crecimiento notable del volumen de criterios expedidos por el Poder Judicial de la Federación, el cual, sin embargo, ha sido diferente tanto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación como entre los órganos inferiores a ella. La acumulación de criterios en la Primera Sala de la Corte y en ciertos circuitos ofrece indicios sobre el uso estratégico que algunas juzgadoras y juzgadores hicieron de la reforma en los años posteriores a 2011.

Palabras clave: reforma constitucional, derechos humanos, México, justicia federal, Suprema Corte.

Abstract

What was the impact that the 2011 constitutional reform on human rights produced on constitutional interpretation in Mexico? This article presents the results of an empirical inquiry of the precedents issued by federal courts in the period 1917-2019 interpreting article 1, the article that incorporated the main innovations of the reform. The main finding is that the reform is linked to a notable increase in the volume of precedents, but this increase was different within the Supreme Court of Justice and among lower courts. The volume of precedents issued by the Court's First Chamber and by courts from specific judicial circuits provides evidence about the strategic use of constitutional human rights provisions by some justices and judges after the reform was enacted in 2011.

Keywords: human rights, constitutional reform, Mexico, federal justice, Supreme Court.

1. Introducción

El lenguaje de los derechos humanos está cada vez más presente en las relaciones entre personas, autoridades y Estados desde hace al menos medio siglo (Moyn, 2012; Friedman, 2011). En México, esa presencia comenzó a ser claramente visible hacia finales del siglo XX, con la creación de normas e instituciones especializadas en la materia (Fix Fierro y Martínez Uriarte, 2018), pero se volvió aún más evidente con la crisis de violencia que inició hace tres lustros y que, debido a su intensidad, ha sido considerada como una crisis de derechos humanos en sí misma (CIDH, 2015).

El derecho ha sido una de las vías principales con las que se ha buscado –al menos en el discurso– hacer frente a la crisis. Las reformas constitucionales en materia de justicia penal (2008), juicio de amparo (2010) y justicia cotidiana (2017) son ejemplo de ello. Y, de alguna manera, eso mismo ha ocurrido con otras recientes, como las relacionadas con la prisión preventiva oficiosa (2019), la Guardia Nacional (2019) o el sistema federal de justicia (2021). Con todo, si en este abanico de reformas hay una que generó expectativas importantes de cambio es la que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Como es bien conocido, la reforma consolidó el concepto *derechos humanos* en la Constitución, confirió rango constitucional a los derechos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México, e introdujo nuevos principios y obligaciones del Estado (Salazar Ugarte et al., 2014; Pou Giménez, 2014). En su momento, el potencial transformador que se le atribuyó llevó a que fuese considerada "un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano" (Carbonell y Salazar Ugarte, 2011) o, incluso, una "revolución copernicana" (Córdova Vianello, 2011).

Poco más de una década después el optimismo no parece el mismo. La persistencia de la crisis de violencia ha contribuido a que esto sea así. Además, como cabría haber esperado en su momento, la aplicación de la reforma ha enfrentado desafíos y resistencias importantes por parte de prácticamente todas las autoridades del Estado, incluidas, desde luego, las que conforman el sistema de procuración e impartición de justicia. Con todo, a una década de su entrada en vigor y pese a diversos esfuerzos recientes,¹ el conocimiento de las consecuencias que produjo en la práctica es aún limitado y, por tanto, comprender lo que ocurrió más allá de los cambios en la ley continúa siendo una tarea pendiente para la academia.

¹ Un ejemplo es el trabajo de Ansolabehere (2018) sobre la difusión de innovaciones doctrinarias en el Poder Judicial de la Federación. Otros son la obra publicada por la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (2021) o los volúmenes coordinados por Sepúlveda et al. (2021) y González Martín et al. (2021).

En la actualidad son evidentes al menos dos áreas de oportunidad en la literatura especializada en este tema. La primera tiene que ver con la ausencia de una mirada panorámica de la reforma que permita comprender cómo se implementó y cuáles fueron los procesos de difusión y socialización de las nuevas disposiciones constitucionales y los nuevos criterios judiciales entre operadores jurídicos, particularmente en el Poder Judicial de la Federación (PJF). La segunda está relacionada con la cantidad aún limitada de trabajos dedicados a analizar empíricamente la generación de jurisprudencia. Todavía no sabemos a ciencia cierta qué tan diferente es la actividad de creación y seguimiento jurisprudencial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y los tribunales inferiores.²

El objetivo de este trabajo es contribuir al desarrollo de esa literatura, analizando el impacto que produjo la reforma de derechos humanos en la interpretación que han hecho los tribunales federales del artículo 1° constitucional. La decisión de concentrarse en este artículo se debe a que en él quedaron plasmadas sus innovaciones principales, por ejemplo, el denominado bloque de constitucionalidad, la cláusula de interpretación conforme o el control de convencionalidad.

A diferencia de gran parte la literatura sobre la reforma, este trabajo plasma los resultados de un examen empírico que de manera sistemática observa los precedentes relacionados con el artículo 1° frente a los que corresponden a los artículos 14 y 16 que, como se sabe, han sido históricamente la base de la fundamentación del litigio promovido a través del juicio de amparo (Fix Fierro, 2020; Fix Zamudio, 1993). Este estudio, además, analiza un periodo de más de un siglo que facilita observar en perspectiva longitudinal la trayectoria de la interpretación de los artículos mencionados.

La investigación se encuentra en línea con lo que una literatura cada vez más amplia ha planteado sobre la conveniencia de estudiar el impacto de las normas e instituciones de derechos humanos, en lugar de enfocarse en su mero cumplimiento (Engstrom, 2019; Cope, Creamer y Versteeg, 2019). En el trabajo

² Otra excepción que conviene destacar es el estudio de Ansolabehere (2022) sobre el PJJ.

asumimos que el derecho es esencial para la toma de decisiones judiciales, pues configura el mapa de acción sobre el que operan las personas juzgadoras. Desde este mirador teórico, las ideas legales y jurídicas influyen en la visión del juez sobre la forma en la que debe realizar su trabajo (Kahn, 1999; Gillman, 2001).

El análisis muestra que la reforma de 2011 efectivamente tuvo un impacto en el comportamiento de los jueces mexicanos, al menos a la luz de la creación jurisprudencial relacionada con al artículo 1°. Este impacto, sin embargo, fue diferente en la SCJN y los órganos inferiores. La generación de criterios del artículo 1° ocurrió de manera más temprana en los tribunales colegiados y los plenos de circuito que en la Corte, pero luego ésta se convirtió en la fuente principal de nuevas interpretaciones. La gran mayoría de las tesis aisladas y jurisprudenciales de la Suprema Corte fue emitida por la Primera Sala, un hecho que ofrece indicios del comportamiento estratégico de las personas que la integraron en los años posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2011.

El texto se estructura de la siguiente manera. En la primera sección se hace una revisión de la literatura sobre comportamiento judicial para mostrar las premisas teóricas de este estudio enfocado en un cambio legal específico. En la segunda se examinan los rasgos principales de la reforma de derechos humanos y se explica por qué sus características hicieron que la interpretación de los contenidos del artículo 1° resultaran tan importantes para su aplicación. En la tercera se describe el diseño de investigación, con énfasis en las diversas decisiones metodológicas que tomaron para ofrecer una perspectiva diacrónica y sistemática. En la cuarta sección se presentan los resultados del análisis empírico de los precedentes del artículo 1°, tanto en lo relativo a la Suprema Corte como a los órganos inferiores que tienen atribuciones para integrar jurisprudencia. El texto finaliza con una sección que resume los hallazgos y plantea algunas rutas para investigaciones futuras.

2. Cambio legal y comportamiento judicial

El cambio normativo y las reformas legales han sido una hipótesis utilizada para explicar los giros en el comportamiento judicial. Se supone que cuando existen

modificaciones a la Constitución y a las normas jurídicas las sentencias judiciales se transforman de acuerdo con el nuevo marco normativo (García Villegas y Uprimny, 2004). Ciertamente, la premisa más elemental detrás de los cambios legales es que tienen la posibilidad de modificar el comportamiento de las personas en sentidos determinados. La expectativa es que las nuevas normas afecten a quienes se encuentran sujetas a ellas, pero también a las personas que se encargan de su aplicación e interpretación. No obstante, como la literatura especializada ha documentado, las más de las veces esto no ocurre en la práctica, por razones diversas: desde el carácter indeterminado del propio derecho, hasta la cultura jurídica que prevalece en los actores y las comunidades donde se introducen nuevas normas, por mencionar algunas (Cotterrell, 1992).

En el caso de las personas que desempeñan funciones jurisdiccionales, que son quienes tienen a su cargo la adjudicación de conflictos y la interpretación del derecho, la literatura ha desarrollado al menos tres modelos que intentan explicar su comportamiento, particularmente en lo relacionado con la toma de decisiones. Desde una perspectiva que en sus orígenes lució más cercana a postulados normativos que a resultados empíricos, el modelo legal pone énfasis en la influencia que en las decisiones judiciales ejercen instituciones jurídicas como las constituciones, las leyes y los precedentes judiciales (Clayton y May, 1999). En línea con los postulados de la revolución conductista que las ciencias sociales vivieron en la segunda mitad del siglo XX (Peters, 2003), el denominado modelo ideológico plantea que las decisiones judiciales no son esencialmente determinadas por la ley, sino producto de la agregación de decisiones individuales basadas en valores personales y perspectivas ideológicas (Segal y Spaeth, 2002, 1992). Finalmente, el modelo estratégico comparte la premisa de que las juzgadoras son personas autointeresadas, aunque otorga un mayor peso a las instituciones –reglas formales e informales– como moduladoras de la conducta, por considerar que son ellas las que establecen el marco en el que los actores judiciales interactúan (Epstein y Jacobi, 2010; Epstein y Knight, 1998).

El papel del derecho en cada uno de estos modelos es diferente y, por tanto, también lo es la posibilidad de que se utilicen como referentes teóricos para explorar las consecuencias de los cambios legales. De hecho, el peso que las

instituciones jurídicas tienen en el modelo legal lo hace, en principio, el más idóneo para un trabajo enfocado en explorar el impacto de una reforma constitucional como la del 10 de junio de 2011. En este sentido, conviene recordar que uno de los rasgos de la investigación sobre comportamiento judicial de las últimas décadas ha sido un proceso de reivindicación de la potencia teórica de este modelo. Tradicionalmente, el modelo legal se sostuvo en tres supuestos principales: 1) el derecho no está vinculado con preferencias políticas o personales (Posner, 2011; Cross, 2007; Tiller y Cross, 2006); 2) los jueces son operadores jurídicos que aplican un razonamiento lógico para resolver los problemas jurídicos (Posner, 2011), y 3) los precedentes son la guía de las decisiones judiciales (George y Epstein, 1992).

En su momento, las críticas se concentraron en la conceptualización y operacionalización de variables jurídicas (Segal y Spaeth, 2002), por lo cual la reivindicación de los años recientes ha involucrado superar estas objeciones conceptuales y metodológicas, por medio de la introducción de variables jurídicas en la discusión teórica y el análisis empírico. De este menú de perspectivas originadas en el derecho y la ciencia política dos resultan particularmente llamativas para este trabajo: la nueva doctrina judicial (Lax, 2011) y el enfoque constructivista (Gillman, 2001; Kahn, 1999; Friedman, 2006). La nueva doctrina judicial supone que los jueces son actores sofisticados y utilizan el derecho y la doctrina judicial para hacer política y buscan acercar la decisión judicial a sus preferencias (Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013). El derecho aparece como una restricción externa en la configuración de la decisión judicial.

El enfoque constructivista supone que los factores detrás de las decisiones de los jueces pueden ser el derecho, las normas jurídicas y los precedentes. El derecho es una restricción interna en la forma en la que los jueces enfrentan la resolución de los problemas (Gillman, 2001), y las ideas legales y jurídicas importan porque configuran la visión del juez sobre la forma en la que debe realizar su trabajo (Kahn, 1999; Gillman, 2001). Entonces, la decisión judicial es un proceso cognitivo en el que los operadores jurídicos utilizan sus preferencias legales (González-Ocantos, 2016) para la resolución de los conflictos

judiciales en un determinado ambiente institucional y en colaboración con un equipo de trabajo que les aporta ideas jurídicas (Cortez Salinas, 2019).

Desde esta perspectiva, los jueces siguen el derecho y las normas jurídicas porque son abogados y aprendieron una forma de entender el derecho y una cultura jurídica. A diferencia del modelo estratégico, que asume que los jueces son actores políticos con toga y que sus motivaciones son externas, como el contexto político y el actor involucrado (Epstein y Knight, 2013), desde una mirada legal se considera que el derecho y las ideas jurídicas son factores que explican las decisiones judiciales por haber sido aprendidos en procesos formativos.

La visión de los jueces del derecho no sólo se expresa en sus votaciones, sino en toda la construcción de la sentencia judicial, en sus votos particulares y en la literatura jurídica que utilizan para argumentar sus decisiones (Kahn, 1999; Gillman, 2001). Así, en línea con estos planteamientos, en este trabajo se asume que el derecho es esencial para la toma de decisiones judiciales, pues configura el mapa de acción sobre el que operan las personas juzgadoras. Al mismo tiempo, como lo hacen otros trabajos inscritos en el modelo legal, se concibe a los jueces como actores capaces de ordenar sus preferencias y capacidades en función del contexto institucional en el que se desempeñan.

Además, por la relevancia que se atribuye al contexto institucional, hay al menos dos aspectos relacionados con él en los que vale la pena detenerse. El primero se refiere a la relación entre normas e ideas jurídicas. Los jueces son abogados y portadores de ideas jurídicas que despliegan en su labor cotidiana, las instituciones judiciales son marcos cognitivos en los que se indican pautas de comportamiento sobre lo válido y lo incorrecto (Cortez Salinas, 2020). La judicatura es una estructura burocrática en la que, por esa condición, siempre van a existir resistencias al cambio (Powell y DiMaggio, 1991). Una reforma que implica cambios en su visión de derecho y la forma de resolver conflictos enfrenta problemas derivados de los costos de aprendizaje que impone a los jueces y, en general, a todos los operadores jurídicos.

Los jueces están inmersos en una cultura jurídica que condiciona cómo se conducen. La literatura sobre las ideas jurídicas de los jueces de América Latina sostiene que éstas se encuentran predominantemente encuadradas en lo que se ha denominado "positivismo jurídico", es decir, en una visión del derecho que se inclina hacia una lectura literal, no interpretativa, de los textos jurídicos (Hilbink, 2007; González-Ocantos, 2016; López Medina, 2004; Couso, 2010). Con todo, según lo han documentado estudios recientes, cada vez se disemina más la forma de entender el derecho constitucional, más próxima a lo que se conoce en la región como "neoconstitucionalismo", que coloca en el centro del ordenamiento jurídico los derechos humanos (Huneus, 2016). Podría decirse entonces que, en la actualidad, las ideas jurídicas en la región oscilan entre dos polos, situación que propicia que en muchos espacios convivan formas distintas y acaso contradictorias de los problemas jurídicos.³

Asumiendo que los cambios legales generan nuevos incentivos y restricciones en el comportamiento judicial, es necesario poner atención en dos aspectos fundamentales. El primero es el conocimiento y las habilidades de los operadores jurídicos, precisar cómo utilizan la nueva normativa y preguntar si cuentan con las habilidades para enfrentar los cambios. Dicho de otro modo, es necesario analizar si los jueces y los operadores jurídicos tienen el conocimiento y las herramientas para instrumentar una reforma legal que modifica la estructura del sistema jurídico.⁴ Un primer reto es, entonces, lograr que las personas a cargo de su operación obtengan los conocimientos necesarios en la materia, especialmente aquellos que provienen del derecho internacional de los derechos humanos. Dado que los costos de aprendizaje son considerables, las resistencias al cambio suelen también crecer, haciendo aún más compleja la transformación de las preferencias de los jueces y la aplicación de las reformas.

³ Por ejemplo, desde finales de la década de 1990 y principios del nuevo siglo las cortes latinoamericanas están inmersas en un diálogo jurisprudencial o en el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Convención Americana de Derechos Humanos (González-Ocantos 2019), lo que ha generado discusiones sobre la jerarquía de las constituciones y los tratados internacionales en los ordenamientos nacionales y el papel de los jueces en las decisiones judiciales (Serna, 2012).

⁴ En el caso de América Latina, un hecho sobresaliente que la literatura especializada ha identificado es que los operadores jurídicos regularmente no conocen el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual es una condición necesaria para su aplicación (González-Ocantos, 2016)

El segundo aspecto se refiere a las capacidades institucionales de los poderes judiciales para dar a conocer el nuevo marco normativo y reforzar su aplicación. Tanto los consejos judiciales como las cortes supremas y constitucionales, en su calidad de órganos cúspide de sus respectivos sistemas judiciales, están llamados a diseñar estrategias para promover la instrumentación de los cambios legales de mayor envergadura. Para ello, es fundamental lograr que los jueces inferiores y sus equipos se familiaricen con las nuevas disposiciones jurídicas y, especialmente, que conozcan los criterios en los que los órganos superiores contribuyen a definir los alcances de las reformas.

Naturalmente, la difusión de ideas ocurre a través de múltiples cauces y se materializa de maneras diversas: cursos, eventos, sentencias, protocolos, por mencionar algunas. Pero si entre ellas hay una en la que el impacto de los cambios legales se refleja con nitidez es el precedente judicial, pues es el cuerpo de criterios en el cual se plasma la interpretación que desde la judicatura se da a dichos cambios y que, al mismo tiempo, tiene como función básica generar pautas para la toma de decisiones futuras, particularmente de los órganos de menor jerarquía (MacCormick y Summers, 1997; Duxbury, 2008; Marshall, 1997).

En este trabajo se asumen parte de los supuestos del modelo legal para explorar el impacto de un cambio constitucional concreto: la reforma de derechos humanos de 2011. Por esta razón, y reconociendo la centralidad que tiene el precedente en el funcionamiento de los sistemas judiciales, se decidió concentrar el trabajo en los precedentes con el artículo 1º constitucional, pues, como se explicará a continuación, en éste se incorporaron las innovaciones principales de la reforma.

3. La reforma de derechos humanos y los retos de su implementación

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto que modificó la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución mexicana y reformó los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y

105. Ese decreto, el número 194 de los 251 expedidos entre 1917 y 2021, consolidó la noción *derechos humanos* en el texto constitucional e introdujo cambios en diversos temas muy sobresalientes.

Si se consideran únicamente los efectuados al artículo 1º hay al menos cuatro aspectos que vale la pena destacar para entender sus alcances. El primero es que configuró en el ámbito constitucional lo que en otras latitudes se conoce como bloque de constitucionalidad y que, en México, consistió en reconocer la jerarquía constitucional de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el país es parte (Salazar Ugarte y otros, 2014).⁵

El segundo aspecto es que introdujo la figura de interpretación conforme como método para armonizar y preservar la complementariedad de las normas inferiores con las que integran el bloque de constitucionalidad o de derechos.⁶ Esta figura supuso, además, la incorporación del control de convencionalidad como herramienta para garantizar la compatibilidad de las normas nacionales e internacionales (Salazar Ugarte et al., 2014).

El tercer aspecto es que incorporó un conjunto de nuevos principios constitucionales como guía para la acción de las autoridades del Estado.⁷ Entre ellos destaca el principio *pro persona*, pues complementa a las figuras de interpretación conforme y control de convencionalidad, al exigir que la interpretación de las normas sobre derechos humanos sea siempre la que favorezca una protección más amplia.

⁵ El bloque se incorporó específicamente en el párrafo primero del artículo 1º, en el que se estableció que en México "todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

⁶ La noción de interpretación conforme se introdujo en el segundo párrafo del artículo 1º de la siguiente manera: "[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

⁷ Estos principios, que quedaron integrados el párrafo tercero del artículo 1º, son universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, en el párrafo segundo se incorporó el principio *pro persona*.

El cuarto es que estableció como obligaciones para todas las autoridades estatales la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Éstas se complementaron con otro conjunto de obligaciones específicamente relacionadas con violaciones a derechos humanos, que se materializaron en los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar dichas violaciones.

Aun sin revisar el resto de los temas que involucró la reforma, es claro que buscó impulsar cambios sumamente ambiciosos, de carácter estructural y, por ello, muy complejos de instrumentar. A diferencia de otras, como la que se publicó días antes en materia de amparo, la reforma de derechos humanos fue mucho más allá de cuestiones técnicas en su búsqueda de consolidar en México el lenguaje e instituciones de los derechos humanos. Ello ocurrió, además, no sólo en el contexto de la crisis de violencia que afectaba al país desde 2007, sino en gran medida como resultado de ella (Coste, 2022).

Las instituciones y las normas legales operan en un determinado contexto, y el Poder Judicial y su cabeza, la SCJN, tenían determinadas características para enfrentar los cambios en la forma de interpretar la Constitución. La complejidad de su instrumentación fue mucho más allá de aspectos de diseño institucional y contexto sociopolítico. El funcionamiento interno de la judicatura presentaba rasgos que dejaron ver los inmensos retos que desde el inicio existían. El primero era el predominio del formalismo jurídico en los operadores jurídicos y su tendencia a resolver problemas jurídicos con base en la literalidad de la norma y no en su interpretación (Pérez Perdomo, 2013; Ansolabehere, 2010), un aspecto que ha sido considerado como un obstáculo para poder avanzar en la generación de jurisprudencia favorable a los derechos humanos (Madrado y Vela, 2010; González-Ocantos, 2016).

El segundo rasgo era la resistencia que existía entre los operadores jurídicos a utilizar diálogo jurisprudencial (Cortez, 2020). Antes de la reforma, la Suprema Corte ocupaba el cuarto lugar en América Latina en el uso de referentes internacionales de derechos humanos (González-Ocantos, 2018). Esto se explica porque en el ambiente jurídico existía una tensión en el uso del derecho internacional por la jerarquía de los tratados internacionales y su vínculo con la

Constitución (Serna, 2012). En muchos actores académicos y operadores jurídicos prevalecía una suerte de "nacionalismo jurídico", es decir, una cultura jurídica caracterizada por poner barreras a la influencia del derecho internacional en el derecho mexicano (Fix Fierro, 2020).

El diálogo que tenía la Suprema Corte con el derecho internacional de los derechos humanos se hacía primordialmente a través del artículo 133 constitucional (Serna, 2012).

En julio de 2011, un mes después de la promulgación de la reforma de derechos humanos, se discutió y aprobó el expediente varios 912/2010, en el que la Suprema Corte se pronunció sobre la forma en que el Poder Judicial de la Federación debía dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. México*. Después de un largo debate, la Corte precisó que los operadores jurídicos tanto federales como locales debían aplicar el control de convencionalidad y utilizar el principio *pro persona*, al tiempo que la judicatura federal debía capacitar a sus funcionarios acerca del sistema interamericano de derechos humanos (Cossío, 2012). La interpretación de los alcances de la reforma y, en general, la construcción de pautas para precisar la relación del derecho mexicano con el derecho internacional de los derechos humanos son los aspectos en los cuales estos desafíos fueron más evidentes. La contradicción de tesis 293/2011 es quizá el caso más emblemático en este sentido, pues dio pie a la creación de dos criterios que marcaron el rumbo de la instrumentación de la reforma en el Poder Judicial de la Federación.⁸

En concreto, en esta resolución, que fue aprobada por mayoría integrada de 10 de los 11 ministros, se determinó, primero, que el parámetro de control de

⁸ El 24 de junio de 2011, apenas dos semanas después de la publicación del decreto de reforma de derechos humanos, se denunció ante la Suprema Corte la contradicción entre los criterios de dos tribunales federales, a partir de interpretaciones distintas del nuevo contenido del artículo 1°. Por un lado, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito planteó que los tratados internacionales se ubican por debajo de la Constitución y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un carácter exclusivamente orientador. Por el otro, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló que los tratados tienen jerarquía constitucional y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatoria para los órganos jurisdiccionales. Véase la contradicción de tesis 293.

regularidad constitucional está conformado por los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, pero si en la primera existen restricciones a su ejercicio se debe estar a lo que en ella se señale. Y segundo, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos siempre que ésta sea más favorable a la persona.

Ciertamente, la contradicción de tesis 293/2011 evidencia con nitidez no sólo las tensiones y resistencias que se han presentado en el Poder Judicial, sino también los problemas que en la práctica surgen al dar sentido a normas con una dosis importante de indeterminación, como son las relacionadas con los derechos humanos. Dicha indeterminación implica que muchas veces no haya una, sino múltiples respuestas a las preguntas jurídicas que se someten a la jurisdicción de los tribunales y, por tanto, que su papel de interpretación y creación de significados sea aún más trascendente.

Teniendo en cuenta el grado de indeterminación de la reforma, el carácter jerárquico de la judicatura, así como los rasgos de la cultura jurídica en ella, nuestra percepción es que su impacto se reflejó en un incremento de la actividad interpretativa de los tribunales. En otras palabras, más que intentar identificar si la interpretación ocurrió en uno u otro sentido –una cuestión que requeriría contar con elementos objetivos para sortear el problema de la indeterminación de la reforma–, en este trabajo nos enfocamos en explorar si, por sus características, la reforma efectivamente dinamizó la interpretación judicial en materia de derechos humanos.

4. Diseño de investigación

Para conocer si la actividad interpretativa de los tribunales federales en materia de derechos humanos se transformó a partir de la reforma de 2011 se construyó un diseño de investigación que nos permitiera realizar un análisis diacrónico y lo más sistemático posible. La primera decisión metodológica relevante fue concentrar el estudio empírico en la interpretación del artículo 1º constitucional,

ya que, como hemos subrayado, en éste se materializaron los cambios principales de la reforma.

En segundo lugar, para hacer frente al obstáculo de acceder y sistematizar el universo de sentencias en las que los tribunales federales hayan interpretado el artículo 1º, se optó por enfocar la investigación en los precedentes expedidos por los órganos que tienen competencias para integrar tesis jurisprudenciales y aisladas. La razón fundamental que soporta esta determinación es el papel central que las tesis desempeñan en la operación del sistema jurídico como vías de difusión de criterios interpretativos, tanto vinculantes como persuasivos (Saavedra Herrera, 2018).

En tercero, se consideró conveniente contar con elementos para comprender si lo que ha ocurrido con la interpretación del artículo 1º es propio de éste o, en todo caso, algo que comparte con otros. Por tal motivo, el análisis efectuado compara los datos recabados de este artículo con los relativos a los artículos 14 y 16 que, como es bien sabido, han sido históricamente la base principal de la fundamentación del litigio promovido a través del juicio de amparo (Fix Fierro, 2020; Fix Zamudio, 1993).

En cuarto, dado que el interés principal es conocer el impacto de la reforma de derechos humanos de 2011, resultó indispensable analizar lo acontecido tanto antes como después de su entrada en vigor, pues, de otra manera, sería muy difícil identificar el peso de ese cambio constitucional. Así, en sintonía con lo dicho sobre la utilidad de ofrecer la perspectiva más sistemática posible, el análisis comprende el periodo 1917-2019, es decir, un lapso de más de un siglo que facilita observar en perspectiva longitudinal la trayectoria de la interpretación de los artículos mencionados.

Finalmente, el quinto y último punto se refiere a las fuentes de información. Como se dijo ya, este trabajo se valió de la sistematización de tesis aisladas y jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación relacionadas con los artículos de la Constitución mexicana (1917-2020), la cual se diseñó e integró en el marco del proyecto "Las huellas del cambio constitucional: el impacto del

reformismo constitucional mexicano en la interpretación judicial y el constitucionalismo local", auspiciado por el Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica de la Universidad Nacional Autónoma de México (IA301421).⁹

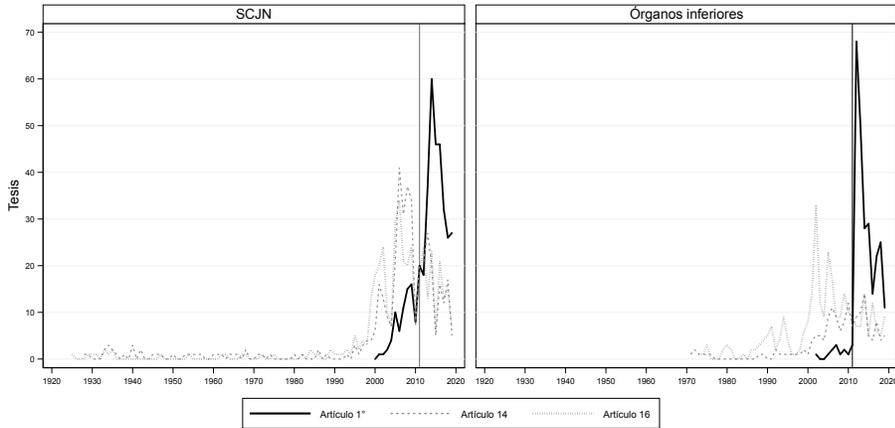
5. Los precedentes del artículo 1º, el antes y el después de la reforma

El *Semanario Judicial de la Federación* es el medio oficial de difusión de la judicatura federal desde hace más de 150 años. En la actualidad, como instrumento de consulta electrónica, compila más de 250,000 tesis jurisprudenciales y aisladas (Saavedra Herrera, 2018). No todas ellas, sin embargo, están relacionadas con los artículos de la Constitución, sino únicamente 3%, al menos a la luz de la sistematización que emplea este trabajo. De ese conjunto de casi 7,500 tesis, 8.7% corresponde al artículo 1º; 7.8%, al 14, y 9.5%, al 16. Aunque en principio parece haber un balance en estos datos, una vez que se pone atención a la forma que en que las tesis se acumularon en el tiempo resulta que no ha sido completamente así.

La interpretación del artículo 1º por parte del Poder Judicial de la Federación ha estado concentrada en las dos últimas décadas y no en todo el siglo en que la Constitución de 1917 ha estado vigente. Cada una de las 647 tesis relacionadas con ese artículo fueron expedidas después de que en 2001 éste fuese reformado por primera vez. Como se aprecia en la gráfica 1, más de la mitad de esas tesis (386) corresponde a la Suprema Corte de Justicia, y la mayor parte (292) se acumula en los años posteriores a la reforma de 2011. En cambio, como también se puede ver en la gráfica, la trayectoria de la jurisprudencia de los artículos 14 y 16 es diferente; en este caso existen criterios desde la década de 1920, pero es a mediados de la década de 1990 cuando el número se expande de manera notable, para luego disminuir hacia 2010.

⁹ Esta sistematización utilizó como insumo la compilación "La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación" (actualizada a junio de 2016), así como la versión electrónica de ese instrumento de información (disponible en <https://jurislex.scjn.gob.mx/#/1000/tab>).

Gráfica 1. La jurisprudencia sobre los artículos 1º, 14 y 16
Tesis jurisprudenciales y aisladas por año y clase de órgano (1917-2019)



Fuente: elaboración propia con información de la sistematización de tesis aisladas y jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación relacionadas con los artículos de la Constitución mexicana (1917-2020), del proyecto PAPIIT-UNAM IA301421.

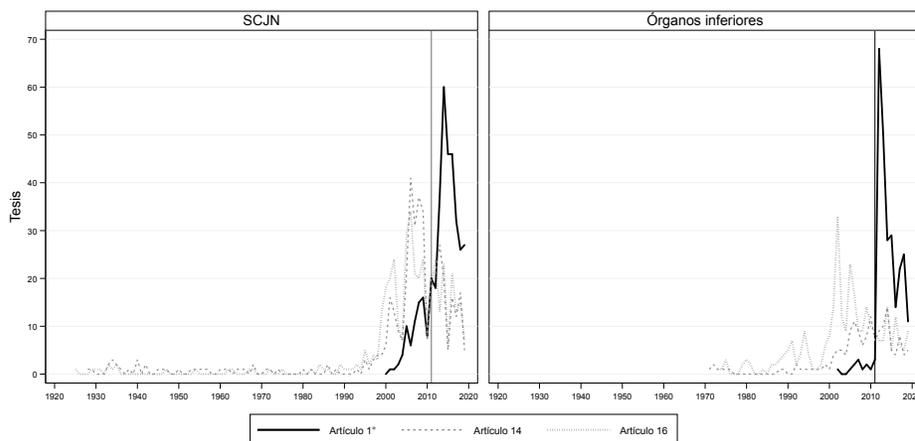
Los datos relativos a la Suprema Corte revelan una suerte de explosión en la producción jurisprudencial a partir de la entrada en vigor de la reforma. Esta tendencia llega a su cúspide en 2014, para disminuir en los años posteriores, aunque sin llegar a los niveles que se observaron en la fase previa a 2001. Los datos revelan que los jueces de la Corte internalizaron el lenguaje de los derechos humanos y el uso del derecho internacional, y se comenzó a utilizar de forma institucionalizada (Ansolabehere, 2022). El cambio no fue fácil porque, como se dijo antes, en la SCJN existía mucha resistencia entre los jueces y los secretarios de carrera judicial a incorporar diálogo jurisprudencial (Cortez, 2020). El cambio que implicó la reforma y la generación de jurisprudencia fue orientado por la Corte como ha ocurrido en muchas reformas constitucionales y legales (Pou Giménez, 2022).

El incremento dramático de las tesis es más notable inclusive en el caso de los órganos inferiores a la Suprema Corte, es decir, los tribunales colegiados de circuito y los plenos de circuito, que en 1967 y 2013 adquirieron, respectivamente, la posibilidad de integrar jurisprudencia. Tal como se observa en la

gráfica 1, el número de tesis de tales órganos creció de 3 a 68 entre 2011 y 2012, y disminuyó en los años subsecuentes de manera notable.

En el caso de los órganos inferiores el contraste en la producción jurisprudencial de los artículos 1º, 14 y 16 arroja conclusiones semejantes a las que se extraen de los datos de la Corte. La trayectoria de los dos últimos es creciente a partir de mediados de la década de 1990 y cae 10 años después. Además, en contraste con la Corte, la actividad de los órganos inferiores se intensifica de manera más temprana, pero también disminuye en forma más abrupta. Podría decirse, entonces, que existen indicios de que los retos interpretativos relacionados con la reforma afectaron de manera más temprana a los tribunales colegiados y los plenos de circuito que a la Suprema Corte; no obstante, una vez que los retos alcanzaron al órgano, éste ha permanecido como la principal fuente de generación de criterios relacionados con el artículo 1º.

**Gráfica 2. La jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el artículo 1º
Tesis jurisprudenciales y aisladas por año y órgano (2001-2019)**



Fuente: elaboración propia con información de la sistematización de tesis aisladas y jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación relacionadas con los artículos de la Constitución mexicana (1917-2020), del proyecto PAPIIT-UNAM IA301421.

Ahora bien, cuando se desagregan los datos de la Suprema Corte en función de los tres órganos que la integran, destaca la falta de equilibrio entre ellos.

La Corte no es un actor unitario sino un órgano expuesto a las dificultades que supone la colegiación en materia de deliberación y organización. Los datos muestran diferentes niveles de comportamiento entre los jueces y sus diferentes órganos. De las 386 tesis emitidas por la Corte, 65% corresponde a la Primera Sala; 19%, a la Segunda, y 17%, al Pleno (gráfica 2). Los datos del Pleno no resultan sorprendentes, por tratarse de un órgano que resuelve una proporción menor del conjunto de casos que analiza año con año la Corte. En cambio, la diferencia entre las Salas sí resulta sobresaliente, es especial porque la carga de trabajo de éstas es semejante y en algunos años ha sido notablemente mayor en la Segunda.

Es importante tener presente que muchas decisiones sobre derechos humanos se generaron en la Primera Sala. Por ejemplo, después del expediente 912/2010, esta Sala generó una tesis de jurisprudencia del principio *pro persona* (Pou Giménez, 2022), y posteriormente se mantuvo activa en la creación de jurisprudencia sobre el tema.¹⁰ Decisiones sobre matrimonio igualitario y la inconstitucionalidad de los códigos civiles que definan al matrimonio entre un hombre y una mujer con fines de procreación y excluyan a las parejas del mismo sexo también pasaron por la Primera Sala (Quintana, 2015).

Entre las decisiones que ha tomado la Primera Sala destaca el caso de Mariana Lima, que fue el primer acercamiento de la Corte al feminicidio y a establecer los estándares para realizar una investigación cuando muere de forma violenta una mujer (Quintana, 2018). Uno de los primeros temas en los que la Corte fue generando una jurisprudencia robusta de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos fue la libertad de expresión, y también fue en la Primera Sala en la que se generó un número importante de sentencias (Pou Giménez, 2014).

El contraste de los datos entre una y otra Sala indica que el impacto de la reforma ha sido diferenciado. Aunque en principio podría pensarse que las diferencias

¹⁰ Para una discusión sobre el principio *pro persona* y su aplicación en diferentes casos después de la reforma vease Pou Giménez (2022).

se explican porque las materias en las que cada Sala se especializa –penal y civil, la Primera; administrativa y laboral, la Segunda– son tan amplias que hacen posible inferir que existen factores detrás de ellas. En sintonía con lo que se planteó en la primera sección sobre el modelo legal, los datos relativos a la Suprema Corte indican que el cambio constitucional en materia de derechos humanos produjo un efecto en el tribunal en conjunto. El derecho impacta en la decisión judicial y los jueces son susceptibles de cambiar sus preferencias legales (González-Ocantos, 2016) si el derecho cambia.

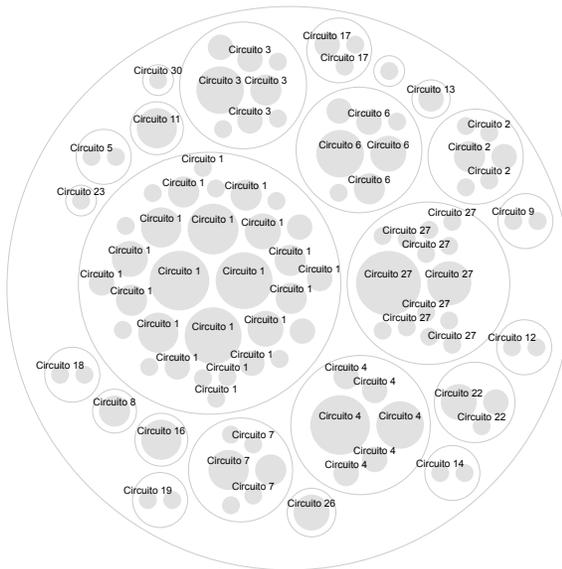
La intensidad de ese efecto, sin embargo, no fue la misma en cada órgano, sino que presumiblemente dependió de otros elementos; entre ellos destaca el comportamiento estratégico que parecen haber tenido las personas que integraron la Primera Sala en los años posteriores a la reforma y que fueron mucho más proactivas en la generación de criterios susceptibles de guiar la interpretación y las decisiones de los órganos inferiores a la Corte. Un factor organizacional que pudo tener impacto fue que en la Primera inició un cambio en la estructura de los equipos de trabajo de los jueces y llegaron nuevos colaboradores, con una visión distinta del derecho. Desde esta perspectiva, la llegada de jueces que se comportaron estratégicamente para plasmar su visión de la reforma respaldados por un equipo de colaboradores conocedores del derecho internacional de derechos humanos fue uno de los factores del cambio jurisprudencial (Cortez, 2020).

¿Qué ocurrió en los órganos inferiores? En conjunto, los órganos inferiores a la Suprema Corte han expedido 261 tesis, todas, posteriores a 2001, el año de la primera reforma al artículo 1°. Estas tesis, sin embargo, no están distribuidas de manera uniforme en los 32 circuitos que conforman la geografía de la justicia federal y que coinciden mayormente con la geografía del sistema federal (gráfica 3). El hecho de que 38% de la tesis corresponda al Primer Circuito, el cual se ubica predominantemente en Ciudad de México y cuenta con el mayor número de órganos, hace pensar que existe una relación entre interpretación, carga de trabajo y cantidad de tribunales.

No obstante, cuando se observan los datos del resto de los circuitos, esa impresión se diluye, pues, por ejemplo, al Vigésimo Séptimo Circuito (Quintana Roo) corresponde 12% de la tesis; 10%, al Cuarto (Nuevo León); 8%, al Sexto (Puebla). En cambio, hay nueve circuitos en los que no se registra una sola tesis (Décimo, Decimocuarto, Decimonoveno, Vigésimo, Vigésimo Cuarto, Vigésimo Quinto, Vigésimo Octavo, Vigésimo Noveno y Trigésimo Segundo) y, de hecho, las 261 tesis se acumulan en 104 órganos, una cifra que representa menos de una tercera parte de la cantidad de órganos que cuentan con atribuciones para integrar jurisprudencia.

Gráfica 3. La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales inferiores sobre el artículo 1º

Tesis jurisprudenciales y aisladas por circuito y órgano (2001-2019)



Nota: el tamaño del círculo corresponde a la cantidad de tesis emitidas por el órgano correspondiente.

Fuente: elaboración propia con información de la sistematización de tesis aisladas y jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación relacionadas con los artículos de la Constitución mexicana (1917-2020), del proyecto PAPIIT-UNAM IA301421.

Todo indica que La difusión de ideas y precedentes entre los órganos jurisdiccionales fue un factor relevante para la aplicación de la reforma de derechos humanos. Los datos muestran que un número importante de circuitos emitieron criterios a partir de la entrada en vigor de la reforma. Desde la estructura jerárquica los jueces utilizan sus decisiones para comunicar y guiar el uso del derecho y de los precedentes a los demás operadores jurídicos (Bein, 2017). Esta labor es aún más relevante si se considera que la estructura jerárquica que caracteriza a los poderes judiciales permite a las cabezas de éstos revisar y corregir la interpretación y las decisiones de los órganos inferiores, lo que da pie a procesos de aprendizaje entre actores que laboran en niveles distintos (Kastellec, 2017). Puede decirse, entonces, que los órganos superiores pueden ser más proclives a centrarse en la interpretación normativa y la creación de precedentes; y los inferiores, a resolver litigios utilizando las herramientas que les proporcionan los órganos de mayor jerarquía (Beim, 2017).

Desde la presidencia de la SCJN se desplegaron determinados programas para dar a conocer la reforma y para capacitar a los operadores jurídicos. Con el ministro Juan N. Silva Meza (2011-2015), se impulsaron políticas judiciales que incluyeron la creación de áreas a cargo de coordinar su diseño e instrumentación, la impartición de cursos de actualización, la elaboración de protocolos de actuación, el desarrollo de herramientas electrónicas de información, entre otras actividades (Cortez-Salinas, 2020; Bárcena Arévalo, 2018).

De alguna manera, estos datos revelan la plausibilidad de que el modelo legal sirva como referente teórico para explicar lo ocurrido a partir de 2011. Al mismo tiempo, sin embargo, los datos muestran los límites de este modelo para explicar las diferencias tanto en la Suprema Corte como entre los distintos circuitos. Para poder analizar de manera más robusta el impacto de la reforma en la jurisprudencia es indispensable contar con información más amplia tanto de las decisiones como de los actores detrás de ellas. De otra manera será muy difícil explorar cuáles han sido en realidad los más influyentes y en que contextos ha ocurrido esa influencia.

6. Conclusiones

Un pendiente en los estudios de derecho constitucional mexicano es elaborar trabajos empíricos sobre la Constitución y su interpretación por parte de los operadores jurídicos. Es necesario analizar y sistematizar la forma en la que las normas son utilizadas por los jueces y magistrados y la generación de jurisprudencia, más allá de describir lo que dice la norma.

Este trabajo se inserta en el análisis empírico de los estudios del derecho para explorar el impacto de una reforma en la administración de justicia. Desde el enfoque del modelo legal de los estudios judiciales se planteó que el derecho configura y estructura el mapa de acción de los actores jurídicos como un incentivo y restricción en su conducta en determinados contextos institucionales.

La reforma de derechos humanos de 2011 estableció un nuevo marco normativo y su implementación implicó un reto para todos los operadores jurídicos. De acuerdo con los datos recopilados es posible señalar que la reforma modificó el comportamiento de los jueces federales y de los ministros de la Suprema Corte en la interpretación del artículo 1º constitucional. Sin embargo, el efecto fue diferenciado entre los ministros de la Corte y los jueces y magistrados federales. Existen indicios de que los retos interpretativos relacionados con la reforma afectaron de manera más temprana a los tribunales colegiados y los plenos de circuito que a la Suprema Corte. No obstante, una vez que los retos alcanzaron al órgano, éste ha permanecido como la principal fuente de generación de criterios relacionados con el artículo 1º.

También se mostró que existe una variación entre las Salas y el Pleno de la Suprema Corte. De acuerdo con los datos recopilados, la diferencia entre las primeras sí resulta sobresaliente, especialmente porque su carga de trabajo es semejante, incluso, en algunos años ha sido notablemente mayor en la Segunda. Esta variación sugiere un comportamiento estratégico de las personas que integraron la Primera Sala, que frente al contexto de la aprobación y a las dudas por la implementación optaron por generar jurisprudencia sobre el artículo 1º constitucional que sirviera de guía para el ordenamiento jurídico nacional.

Fuentes

Ansolabehere, K. (2010), "More power, more rights? The Supreme Court and society in Mexico", en Couso, J., Huneeus, A. y Sieder, R. (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.

Ansolabehere, K. (2022), "Poderes judiciales frente a sí mismos: el caso del Poder Judicial Federal mexicano", *Direito Público*, 19(102).

Ansolabehere, K. (2018), "Señales confusas. La difusión de las innovaciones doctrinarias de derechos humanos en el poder judicial federal en México", manuscrito presentado en el Seminario de Estudios Empíricos del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 18 de octubre de 2018, disponible en: <https://eed.juridicas.unam.mx/sites/default/files/Se%C3%B1ales%20encontradas%20Ansolabehere.pdf>.

Bárcena Arévalo, E. (2018), *El oficio de juzgar, la Corte y sus cortesanos: estudio etnográfico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su incorporación del derecho internacional de los derechos humanos*. Tesis doctoral, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).

Beim, D. (2017), "Learning in the judicial hierarchy", *Journal of Politics* 79 (2), pp. 591-604.

Carbonell, M. y Salazar Ugarte, P. (2011), "Presentación", en Carbonell, M y Salazar Ugarte, P. (eds.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, pp. vii-xiii, Ciudad de México, UNAM.

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCDMX) (2021), *Reforma constitucional en derechos humanos. 10 años. Aproximaciones desde el sistema no jurisdiccional de derechos humanos*, Ciudad de México, Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015), *Situación de los Derechos Humanos en México*, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos.

Contradicción de tesis 293. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 3 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>.

Clayton, C. y May, D. A. (1999), "A political regimes approach to the analysis of legal decisions", *Polity*, vol. 32.

Cope, K., Cosette, L., Creamer, D. y Versteeg, M. (2019), "Empirical studies of human rights law", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 15.

Córdova Vianello, L. (2011), "La reforma constitucional de derechos humanos: una revolución copernicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, núm. 256.

Cortez Salinas, J. (2019), "Secretarios de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de México: un actor esencial pero olvidado", *Política y Gobierno*, 26 (2).

Cortez Salinas, J. (2020), *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, UNAM.

Cossío, J. R. (2012), "Primeras implicaciones del caso Radilla", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre.

Coste, J. (2022), *Derechos Humanos y Política en México. La reforma constitucional de 2011 en perspectiva histórica*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch-Instituto Mora.

Cotterrell, R. (1992), *Sociology of Law*, Londres, Butterworths.

Couso, J. (2010), "The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America", en Couso, J., Huneeus, A. y Sieder, R. (eds.), *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, pp. 149-152, Cambridge, Cambridge University Press.

Cross, F. B. (2007), *Decision making in the US Courts of Appeals*, Palo Alto, Stanford University Press.

Duxbury, N. (2008), "The nature and authority of precedent", Cambridge, Cambridge University Press.

Engstrom, P. (2019), *The inter-american human rights system: impact beyond compliance*. Londres, Palgrave Macmillan.

Epstein, L. y Jacobi J. (2010), "The strategic analysis of judicial decisions", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 6.

Epstein L. y Knight, J. (1998), *The choices justices make*, Washington, D. C., Congressional Quarterly Press.

Epstein L. y Knight, J. (2013), "Reconsidering judicial preferences", *Annual Review of Political Science*, vol. 16.

Fix Fierro, H. (2020), *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Fix Fierro, H. y Martínez Uriarte, J. (2018), *Derechos humanos: Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica.

Fix Zamudio H. (1993), *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Friedman, B. (2006), "Taking law seriously", *Perspectives on Politics*, vol. 4, núm. 2.

Friedman, L. (2011), *The human rights culture: A study in history and context*, Nueva Orleans, Quid Pro Books.

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2004), *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, Colombia, Norma.

Gillman, H. (2001), "What's law got to do with it? Judicial behavioralists test the 'legal model' of judicial decision making", *Law & Social Inquiry*, vol. 26.

George, T. E. y Epstein, L. (1992), "On the nature of Supreme Court decision making", *American Political Science Review*, 86(2), pp. 323-337.

González Martín, N., Pelayo Moller, C. y Estrada Adán, G. (eds.) (2021), *Las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos de junio de 2011*, Ciudad de México, UNAM.

González-Ocantos, E. (2016), *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.

González-Ocantos, E. (2018), "Communicative entrepreneurs: the case of the Inter-American Court of Human Rights' dialogue with national judges", *International Studies Quarterly*, vol. 62, núm. 4.

Hilbink, L. (2007), *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: lessons from Chile*, Cambridge, Cambridge University Press.

Huneus, A. (2016), "Constitutional lawyers and the Inter-American Court's varies authority", *Law & Contemp. Probs*, vol. 79.

Kahn, R. (1999), "Institutional norms and Supreme Court decision-making: the Rehnquist Court on privacy and religion", en *Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches*, Chicago, University of Chicago Press.

Kastellec, J. P. (2017), "The judicial hierarchy: a review essay", en *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Oxford University Press.

Lax, J. R. (2011), "The new judicial politics of legal doctrine", *Annual Review of Political Science*, vol. 14.

López Medina, D. E. (2004), *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis.

MacCormick, D. N. y Summers, R. S. (1997), "Introduction", en MacCormick, D. N., Summers, R. S. y Goodhart, A. L. (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Londres, Routledge.

Madrazo, A. y Vela, E. (2010), "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution", *Tex. L. Rev.*, vol. 89.

Marshall, G. (1997), "What is binding precedent", en MacCormick, D. N., Summers, R. S. y Goodhart, A. L. (eds.), Londres, Routledge.

Moyn, S. (2012), *The last utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press.

Pérez Perdomo, R. (2013), *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Peters, G. (2003), *El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Gedisa.

Posner, R. A. (2011), *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons.

Pou Giménez, F. (2014), "Las reformas en materia de derechos fundamentales", en Casar, M. Amparo y Marván Laborde, I. (eds.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México (1997-2012)*, pp. 87-137, México, Taurus.

Pou Giménez, F. (2022), "El principio pro persona diez años después de la reforma constitucional de derechos humanos", en Ferrer MacGregor, Eduardo y Caballero Ochoa, José Luis (eds.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México. Una evaluación con perspectiva de futuro*, pp. 73-108, Tirant lo Blanch.

Pou Giménez, F. (2014), "Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, 47(140), pp. 585-616.

Powell Walter, W. y DiMaggio, Paul J. (1991), "Introduction", en Powell Walter, W. y DiMaggio, Paul J. (eds.), *The new institutionalism in organizational analysis*, pp. 1-38, Chicago, University of Chicago Press.

Quintana K. (2015), "Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, pp. 229-261.

Quintana K. (2018), "El caso de Mariana Lima Buendía: Una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer", *Cuestiones constitucionales*, (38), pp. 143-168.

Saavedra Herrera, C. (2018), "El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México", en Bernal Pulido, C., Camarena González, R. y Martínez Verástegui, A. (eds.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN.

Salazar Ugarte, P. et al. (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Ciudad de México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

Segal, J. y Spaeth, H. (1992), "The Supreme Court and the attitudinal model", Cambridge, Cambridge University Press.

Segal, J. y Spaeth, H. (2002), *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge, Cambridge University Press.

Serna de la Garza, J. (2012), *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. Ciudad de México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sepúlveda, R. et al. (eds.) (2021), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch-UNAM.

Tiller, E. H. y Cross, F. B. (2006), "What is legal doctrine", *Nw. UL Rev.* vol. 100.

La adjudicación de los derechos fundamentales en el nuevo sistema mexicano de precedentes: beneficios, desafíos y propuestas*

The adjudication of fundamental rights under the new Mexican system of precedent: advantages, challenges, and proposals

EMILIO PINEDO ROVELO**

Resumen

En este texto argumentaré que el nuevo sistema de precedentes es una oportunidad única para eficientizar la adjudicación de los derechos fundamentales en México. A partir de la reforma constitucional de 2021, las ministras y los ministros tienen la facultad de emitir criterios vinculantes sobre la interpretación de los derechos fundamentales y, así, generar efectos transformadores en el sistema jurídico; sin embargo, para garantizar su éxito es necesario adaptar diversas herramientas que se utilizan en la resolución de casos jurisdiccionales y erradicar una serie de hábitos nocivos que obstaculizan la correcta construcción jurisprudencial.

Para desarrollar el análisis, primero contrastaré el antiguo sistema de jurisprudencias con el nuevo sistema de precedentes, al identificar los posibles beneficios y desafíos de

* Texto ganador del Cuarto Concurso de Ensayo Universitario, 2022, convocado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Estudiante de la licenciatura en Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Trabaja en la firma de abogados Creel, García-Cuéllar, Aiza and Enríquez, en la práctica de Derecho de la Salud. Laboró en otro despacho en el área de Competencia Económica y colaboró con la Clínica de Litigio Penal en Contra de Violaciones Graves a Derechos Humanos del ITAM y en Sin Fronteras I.A.P., en litigio administrativo, migratorio y penal.

su implementación. En un segundo momento, a través de un análisis de la sentencia recaída al amparo directo en revisión 4865/2018, ejemplificaré por qué la forma en que comúnmente se redactan y construyen las sentencias es incompatible con el nuevo sistema de precedentes. Finalmente, propondré algunos cambios en la construcción de sentencias y afirmaré que, si se logran superar los retos y obstáculos, el nuevo sistema de precedentes podría consolidarse como un instrumento indispensable para la protección constitucional de los derechos fundamentales en México.

Palabras clave: sistema de precedentes, adjudicación de derechos fundamentales, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, constitucionalización, líneas jurisprudenciales.

Abstract

This paper asserts that the new precedent system represents an unparalleled opportunity to streamline the adjudication of fundamental rights in Mexico. Following the 2021 constitutional reform, Supreme Court Justices gained the authority to issue binding criteria on the interpretation of fundamental rights, resulting in a transformational impact on the legal system. However, the success of this new system is contingent on adapting various tools commonly employed in the resolution of judicial cases and eliminating harmful habits that impede the proper construction of precedents.

To develop this analysis, this paper first contrasts the old system of jurisprudence with the new precedent system, identifying potential advantages and challenges that its implementation may present. Second, through an examination of the ruling in amparo directo en revisión 4865/2018, this paper demonstrates how past methods of drafting and constructing rulings are incompatible with the new precedent system. Finally, this paper proposes changes to the way rulings are formulated and asserts that, with the overcoming of obstacles and challenges, the new precedent system has the potential to become an indispensable instrument for the constitutional safeguarding of fundamental rights in Mexico.

Keywords: doctrine of precedent, adjudication of fundamental rights, Mexican Supreme Court of Justice, constitutionalization, statutory interpretation.

1. Introducción, ¿qué es un sistema de precedentes?

Un sistema de precedentes hace referencia a la emisión, aplicación y manejo de criterios jurídicos que emanan de determinados órganos jurisdiccionales

que son vinculantes dentro de un ordenamiento. En el caso de México, el sistema de precedentes se ha conformado históricamente por la jurisprudencia como una fuente formal del derecho. Magistradas, magistrados, ministras y ministros plasmaban sus interpretaciones de algún precepto legal en sus sentencias y, si lograban la mayoría requerida por ley, creaban una nueva norma jurídica con el modelo de jurisprudencia. Ante este sistema, una persona juzgadora no es alguien que aplica de forma automática el derecho, sino que se le otorga un papel creativo de interpretación para que le dé sentido a la ley y la complemente cuando sea necesario. Al mismo tiempo, la jurisprudencia obliga a los tribunales y juzgados inferiores a resolver un asunto siguiendo los criterios establecidos por los superiores, lo que ayuda a uniformar la interpretación y aplicación del derecho.

Por lo tanto, la noción de sistema de precedentes puede referirse a varios conceptos complementarios: es posible utilizarla para identificar una de las fuentes formales de derecho; la labor interpretativa de las personas juzgadoras; el conjunto de decisiones judiciales que plasman criterios jurídicos obligatorios; o a una serie de reglas orgánicas que determinan qué tribunales pueden emitir precedentes, cuáles deben aplicarlos y en qué casos. En este desarrollo utilizaré las distintas concepciones del sistema de precedentes, siempre desde un estudio del ámbito federal del Poder Judicial, para ilustrar su valor dentro del ordenamiento jurídico y su utilidad para la correcta adjudicación de los derechos fundamentales en México.

2. El cambio en el sistema de precedentes y sus consecuencias para la justiciabilidad de los derechos fundamentales

2.1. Los problemas del antiguo sistema de jurisprudencias

Aunque comúnmente se piensa que un sistema de precedentes es propio de los ordenamientos jurídicos de corte anglosajón, en las últimas décadas se ha visto cómo las decisiones judiciales de los órganos superiores han tenido mayor peso o influencia en las decisiones de los tribunales inferiores en los sistemas de

derecho civil, cómo el mexicano (Taruffo, 2018, pp. 5-7). Sin embargo, con la reforma judicial de 2021, este sistema se consolidó como un instrumento central para la resolución de casos judiciales y la protección de derechos fundamentales en México. Por lo tanto, para comprender las consecuencias de esta reforma, es primordial entender la situación anterior a ella.¹

Antes del 1 de mayo de 2021,² la jurisprudencia en México se integraba por los criterios emitidos por las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y por los tribunales colegiados de circuito y sus plenos (TCC), mediante tres vías: la reiteración, la contradicción y la sustitución de criterios (Ley de Amparo, artículos 222-230).

La reiteración de criterios formaba jurisprudencia cuando una misma conclusión jurídica se plasmaba en cinco sentencias ininterrumpidas por otra en contrario. Estas sentencias se tenían que resolver en diferentes sesiones y debían aprobarse por una mayoría de cuando menos ocho votos en el Pleno de la SCJN, cuatro votos en sus Salas y por unanimidad en los TCC. La jurisprudencia por reiteración representaba la vía principal para crear jurisprudencia, ya que tenía su origen en la labor cotidiana de los juzgadores al interpretar el contenido de los derechos fundamentales y plasmar esa argumentación en sus sentencias.

También se formaba jurisprudencia por vía de contradicción cuando un órgano superior resolvía entre dos criterios discrepantes que sostenían órganos inferiores del mismo nivel jerárquico (ya sea entre ambas Salas de la SCJN, plenos de circuito o entre dos TCC del mismo o de diferentes circuitos). En un caso de contradicción, el órgano correspondiente de su resolución podía acoger uno de los dos criterios discrepantes, adoptar uno nuevo o declarar la contradicción inexistente, siempre que la decisión se adoptará por una mayoría de magistradas, magistrados o ministras y ministros. La jurisprudencia por contradicción no

¹ Al exceder su enfoque, este análisis no incluye un estudio sobre el sistema de precedentes correspondiente en materia electoral.

² Fecha que marca el inicio de la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación* mediante la publicación del acuerdo general número 1/2021 en el *Diario Oficial de la Federación*.

representa un método de creación jurisprudencial propiamente hablando, sino que funge como una vía para resolver controversias ante la existencia de dos criterios jurídicos divergentes.

Finalmente, con la figura de sustitución como forma de creación jurisprudencial, los órganos inferiores podían solicitar a uno superior, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, el cambio de algún criterio que se había establecido por reiteración o por contradicción. Es decir, los órganos inferiores facultados (un TCC, pleno de circuito o alguna Sala de la SCJN) formulaban una petición de sustitución de criterios, expresando las razones por las que lo estimaban necesario, para que un órgano superior resolviera y sustituyera alguna jurisprudencia. Esta última vía requería el voto de dos terceras partes de magistradas y magistrados que integran un pleno de circuito o, cuando menos, ocho votos en el Pleno y cuatro en Sala de la SCJN.

Una vez formada la jurisprudencia por cualquiera de estas tres vías, el criterio jurídico se volvía obligatorio para los órganos judiciales inferiores, quienes debían resolver los asuntos análogos –aquellos que plantean una litis similar– conforme a lo establecido. Es importante aclarar que un criterio emitido por alguno de los órganos facultados para crear jurisprudencia que no alcanzaba el grado de mayoría requerido para adquirir obligatoriedad era catalogado como tesis aislada. Este concepto hace referencia a criterios orientadores, mas no vinculantes, que guían a las personas operadoras jurídicas al litigar o resolver una cuestión (tesis [J.]: 2a./J.195/2016 [10a.]). Ante la necesidad de que fueran cinco criterios ininterrumpidos para la creación de jurisprudencia por reiteración, lo cual podía tomar muchos años en lograrse, las tesis aisladas desempeñaron un papel fundamental al encaminar la construcción interpretativa de los derechos.

En este panorama, antes de la reforma judicial de 2021, el sistema de precedentes en México realmente hacía referencia a un sistema de jurisprudencias compuesto por tesis vinculantes y aisladas que se elaboraban a partir de extractos de las sentencias emitidas por los órganos competentes (Carbonell, 2021), esto obstaculizaba la adjudicación de derechos fundamentales por tres motivos:

(i) los requisitos tan exigentes para crear la jurisprudencia; (ii) la separación conceptual entre las jurisprudencias y las sentencias que les dieron origen; (iii) y la creación de líneas jurisprudenciales aisladas y fragmentadas.

En cuanto al primer problema, aunque la SCJN o algún TCC emitiera una decisión relevante por mayoría calificada (o inclusive por unanimidad), y plasmará un criterio innovador en defensa de los derechos fundamentales, no se volvía jurisprudencia, ya que se requerían cuatro sentencias adicionales para ser considerada vinculante. Esta exigencia entorpecía la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales, ya que difícilmente se presentan cinco casos con una litis similar en un lapso breve sin que se emita un criterio en contrario que reinicie el conteo requerido para la creación jurisprudencial. Por lo tanto, las personas quejasas no podían exigir a los órganos inferiores la aplicación de alguna interpretación innovadora que había realizado la SCJN o un TCC sobre algún derecho fundamental. Con el antiguo sistema de jurisprudencia por reiteración, se limitaba la facultad transformadora de los tribunales superiores, se infringía el principio de igualdad ante la ley (ya que dos casos similares podían ser resueltos de forma diferente), se desperdiciaban recursos económicos e institucionales y se perdía la oportunidad de fijar criterios vinculantes que protegieran de forma amplia los derechos de la población.

En relación con el segundo problema, los extractos de las tesis aisladas y jurisprudencias que se publicaban en el *Semanario Judicial de la Federación* no siempre incluían los hechos relevantes y los razonamientos jurídicos de la sentencia que daba origen. Esto dificultaba el análisis de aplicabilidad del criterio ya que un ejercicio de analogía requiere del contexto del caso para estudiar los hechos constitutivos de la litis y analizar si ambos asuntos guardan semejanza. Al separar el criterio jurisprudencial de la sentencia constitutiva, el lector de la jurisprudencia era privado de información contextual valiosa, los distintos planteamientos jurídicos y los argumentos que justificaron la decisión final. Esto paralizaba el sistema jurídico ya que no había certidumbre sobre la posible extrapolación de una conclusión jurídica a un caso distinto. De igual forma, la publicación de jurisprudencias y tesis generó el hábito (a mi parecer equivocado) de que los agentes jurídicos sólo leyeran la conclusión normativa y no la totalidad de la

sentencia fuente. En este sentido, pregunto ¿qué valor tiene una jurisprudencia si no se sabe cuándo es aplicable y cuándo no? ¿Cómo se pretende comprender a cabalidad un criterio jurídico con sólo leer un párrafo abstracto y no el grueso del razonamiento?

Finalmente, el último problema para la adjudicación de derechos fundamentales generado por el antiguo sistema de jurisprudencias consiste en que los criterios emitidos aparecían como decisiones aisladas que rara vez guardaban relación entre sí. Esto dificulta la formación de una línea jurisprudencial única y robusta que refleje la construcción progresiva acerca del sentido y alcance de cada derecho fundamental (Magaloni e Ibarra, 2008). Sobre este punto, Ana Laura Magaloni explica cómo

toda decisión de los jueces constitucionales se [debe convertir] en un eslabón entre el pasado y el futuro [...] la jurisprudencia o doctrina constitucional será, precisamente, el conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia de un derecho fundamental en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso (Magaloni, 2011, pp. 7-8).

La fragmentación de decisiones jurisprudenciales no sólo contribuye a la desunión de todo el sistema jurídico (al aislar las distintas decisiones que construyen el contenido de un derecho fundamental), sino que igual fracciona la intercomunicación entre las personas juzgadoras y sus antecesoras, así como entre las diversas generaciones de litigantes. Al coartar el desarrollo progresivo e hilado de los derechos fundamentales, el antiguo sistema de jurisprudencias generaba una pérdida importante de argumentos y reflexiones acerca de su interpretación en cuanto a contenido y alcance.

2.2. Los posibles beneficios del nuevo sistema de precedentes

Teniendo presente el antiguo sistema de jurisprudencias y los diversos problemas que éste generaba, analizaré el nuevo sistema de precedentes, sus posibles ventajas y los cambios que exige en la forma de administrar justicia para lograr eficientizar la adjudicación de derechos fundamentales.

El 11 de marzo de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones a la Constitución federal relativos al Poder Judicial de la Federación (DOF, 2021a). Algunos meses después, en cumplimiento con los transitorios de esta reforma constitucional, se publicó un segundo decreto que expide y reforma diversas leyes ordinarias (DOF, 2021b) para armonizar la estructura orgánica y las facultades concedidas al Poder Judicial con los cambios expresados en la carta magna. La reforma judicial de 2021 marca, entre diversos cambios significativos, el inicio de un prometedor sistema de precedentes en México.

A grandes rasgos, esta reforma tuvo como resultado la instauración de un nuevo sistema de precedentes para la SCJN, que funciona de forma paralela con el antiguo sistema de jurisprudencias aplicable a los TCC.³ Con la reforma se eliminó la facultad de la SCJN para emitir jurisprudencia por reiteración y se estableció que los razonamientos de las decisiones que adopte la Corte por mayoría calificada, ya sea en Pleno o Salas,⁴ serán vinculantes para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas sin necesidad de reiteración (Ley de Amparo, artículos 222-229). Este cambio marca la consolidación de la SCJN como un auténtico tribunal constitucional, ya que las decisiones que adopte la mayoría de ministras y ministros en torno a la interpretación de los derechos fundamentales, incluidos los de origen convencional, adquieren vinculación normativa para las demás personas juzgadoras.

Lo trascendente de la reforma se refleja en los posibles beneficios que el nuevo sistema de precedentes puede generar para mejorar la justiciabilidad de los derechos fundamentales en el país. Estos beneficios pueden analizarse a través de tres rubros: los que fortalecen la función judicial; los que proveen de herramientas

³ Aunque el sistema de jurisprudencias sí fue modificado en ciertos aspectos, como la conformación de plenos regionales que pueden resolver contradicciones de criterios, me reservaré la exposición y análisis de estos cambios, ya que la parte medular de la reforma judicial de 2021, en términos de este estudio, fue la creación del nuevo sistema de precedentes para los criterios emitidos por la SCJN.

⁴ Para emitir un precedente se requiere que las sentencias dictadas por el Pleno de la SCJN sean adoptadas por una mayoría de ocho votos y por sus Salas por una mayoría de cuatro.

estratégicas a las personas quejasas o litigantes; y los que brindan unidad y coherencia al ordenamiento jurídico (Sánchez Gil, 2020).

Por ejemplo, al requerir una sola decisión (y no cinco) tomada con mayoría calificada por la SCJN para constituir un precedente, se pueden crear líneas jurisprudenciales de forma más expedita. El alto tribunal puede darles sentido a los derechos fundamentales y proveerles de contenido de forma más dinámica. De esta manera, la vinculación vertical del precedente obligará a los órganos jurisdiccionales inferiores, ya sean de orden federal o local, a resolver sus asuntos siguiendo estos criterios. Esto impulsará una igualdad en la aplicación de la ley, limitará el rango de discrecionalidad (e incluso arbitrariedad) de la persona juzgadora y fortalecerá la imparcialidad de la función judicial, efectos que sin duda otorgan mayor legitimidad a las sentencias judiciales y aumenta la confianza que tiene la ciudadanía en el Poder Judicial. En su conjunto, estos factores suman a la preservación del orden constitucional, promueven el correcto funcionamiento de la democracia y le aportan valor al estatus de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico.⁵

El sistema de precedentes también promueve la seguridad jurídica, ya que las personas operadoras del ordenamiento pueden prever el resultado de un juicio. En específico, esto ayuda a la justiciabilidad de los derechos fundamentales porque les ofrece a las personas litigantes la posibilidad de tomar decisiones estratégicas con base en los criterios emitidos y habilita la construcción de litigios dirigidos al ensanchamiento de los derechos. Al tener metódicamente identificadas las líneas jurisprudenciales, las personas litigantes pueden analizar el estatus de un derecho y dirigir la práctica constitucional hacia la emisión de criterios innovadores y trascendentales.

Finalmente, la nueva estructura del precedente permite que los derechos fundamentales se adjudiquen directamente en las sentencias de los juzgados de

⁵ Esta forma de creación jurisprudencial abrirá aún más el debate y estudio acerca de los derechos fundamentales al ámbito académico, judicial, legislativo, sector privado, etcétera, y fomentará una discusión continua sobre el futuro de los derechos y su función en el ordenamiento jurídico.

distrito, eliminando la continua necesidad de acudir a instancias posteriores a efecto de obtener una sentencia favorable. Una de las finalidades perseguidas por el legislador al reformar la Constitución es justamente "acercar los criterios del Alto Tribunal a las personas para que los aleguen en los tribunales inferiores" y así optimizar la impartición de justicia (Senado de la República, 2020). Este cambio es especialmente importante al considerar el costo elevado y la prolongación temporal que representa un litigio. Anteriormente, las personas con acceso a los recursos necesarios o con ayuda de la sociedad civil se encontraban en mejor posibilidad para financiar la batalla procesal que se requería para la justiciabilidad de algún derecho. Este hecho resulta alarmante al considerar el derecho a la igualdad y no discriminación, ya que se afectaba de forma desproporcional e injustificada el acceso a la justicia para aquellas personas con recursos limitados.

Dicho lo anterior, es pertinente aclarar que estos beneficios –aunque prometedores y sumamente relevantes para la modernización del sistema de justicia– no se generan de forma automática por la implementación a nivel constitucional y legal del sistema de precedentes. Es más, estos cambios sólo marcan el inicio de un largo periodo de ajuste y adaptación del ordenamiento para producir los verdaderos beneficios que promete la reforma judicial de 2021. A continuación, expondré una serie de desafíos que postula el nuevo sistema de precedentes, utilizando una sentencia para su ejemplificación, e introduciré algunas propuestas de cambio en la metodología y el tipo de redacción que utiliza la SCJN en sus sentencias que podrían ayudar a superar estos obstáculos.

3. Análisis y ejemplificación de los desafíos que plantea el nuevo sistema de precedentes para la adjudicación de derechos fundamentales

3.1. Los obstáculos y herramientas para superarlos

La adopción de un auténtico sistema de precedentes en el ordenamiento jurídico mexicano requiere de un mayor compromiso de las personas operadoras jurídicas en el estudio, análisis y sistematización de los criterios emitidos por la

SCJN. Igualmente, se necesitará repensar varios conceptos y herramientas jurisdiccionales que funcionaban en el antiguo sistema de jurisprudencias pero que ahora resultan obsoletos. A continuación, expondré algunos de los obstáculos que plantea el nuevo sistema de precedentes y los riesgos que constituyen para la correcta adjudicación de los derechos fundamentales.

Para que el sistema de precedentes produzca los resultados esperados, será fundamental que las decisiones emitidas por la SCJN sean claras, persuasivas y accesibles. Ante todo, el éxito de un precedente recae en la fuerza argumentativa con la cual se justifica su conclusión normativa; mientras más preciso sea el razonamiento jurídico, más vinculante será el criterio. En cambio, si los precedentes resultan ambiguos o confusos, se abre paso a que los órganos jurisdiccionales inferiores tengan que colmar esas lagunas e interpretar ampliamente el precedente. Esto resultaría catastrófico. La resolución de un caso conforme al precedente aplicable descansaría en la discrecionalidad judicial y podría generar una desigual aplicación del derecho, problemas que la reforma judicial buscaba remediar en un primer momento.

Un segundo desafío que presenta el nuevo sistema es que las ministras y los ministros tendrán que vincular adecuadamente sus nuevas resoluciones con las decisiones que han emitido con anterioridad. Esto se entiende de forma más clara con una metáfora utilizada por Dworkin. Para este autor, la interpretación del derecho se ve como

un grupo de novelistas que escriben una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible (Dworkin citado en De Rosas, 2019).

En este sentido, los precedentes requieren de un trabajo minucioso para darle cohesión y continuidad a las distintas decisiones del alto tribunal. Cada interpretación deberá formar un nuevo "eslabón" argumentativo para que en su conjunto se construya un solo desarrollo respecto a cada derecho fundamental.

Si no se logra esta unidad interpretativa, el incremento en la flexibilidad de creación jurisprudencial que propone la reforma podría resultar en un aumento en inconsistencias entre las diversas líneas jurisprudenciales de la SCJN (Rolla, 2021). Esta situación, en lugar de avanzar la justiciabilidad de los derechos fundamentales, dejaría un alto grado de incertidumbre acerca de su naturaleza, contenido y alcance, ya que habría un conjunto de criterios fragmentados, contradictorios o incompletos, pero vinculantes.

El tercer desafío que postula la reforma judicial es que las personas operadoras jurídicas tendrán que identificar de forma clara qué partes de una sentencia adquieren fuerza normativa y cuáles no. Si revisamos el párrafo duodécimo del artículo 94 constitucional, así como el artículo 222 de la Ley de Amparo, resulta claro que con el nuevo sistema de precedentes solamente se consideran vinculantes "las razones que justifiquen las decisiones" de la SCJN. En otras palabras, el nuevo sistema no pretende que una sentencia sea vinculante en su integridad, sino solamente los argumentos que guardan relación directa con la resolución de la litis. Ante este panorama, hay varias interrogantes: ¿cómo se puede distinguir entre las partes de una sentencia que resultan vinculantes y aquellas que no? ¿A quién le corresponde ese trabajo de análisis e identificación? ¿Cómo se va construyendo una línea jurisprudencial cohesiva e integral para cada derecho fundamental?

Lo interesante es que algunos de estos desafíos se pueden superar a través de la incorporación de las herramientas características de un sistema de precedentes anglosajón al ordenamiento jurídico mexicano. El uso de los conceptos clave *stare decisis*, *ratio decidendi* y *obiter dicta* en la elaboración y estudio de precedentes permitirá adecuar la forma de impartición de justicia a los requisitos que exige el nuevo sistema. A continuación, haré una breve exposición de estos tres conceptos para analizar su función dentro del sistema de precedentes y resaltar su utilidad en el proceso de adjudicación de derechos fundamentales.

En los sistemas de *common law*, la doctrina de *stare decisis* establece el principio consistente en que una persona juzgadora debe atenerse a lo ya resuelto por otros y no separarse de los criterios anteriormente establecidos. De forma simple,

esta doctrina edifica como base del derecho anglosajón el respeto y seguimiento de precedentes, ya sea de forma vertical u horizontal.⁶ La aplicación de este principio en el ordenamiento jurídico mexicano será fundamental para legitimar el uso de los precedentes y para posicionar este sistema en el centro de la resolución judicial; sin embargo, al tener un ordenamiento de derecho civil, es necesario buscar la forma de armonizar la doctrina de *stare decisis* con la evolución legislativa y también establecer la forma en que la SCJN podrá separarse de un precedente para emitir uno nuevo (lo que se conoce como la doctrina del *overruling*). Estas cuestiones no se plantearon en la reforma constitucional o a nivel legal, y deberán aclararse en la práctica judicial.

En segundo lugar, considero elemental incorporar al sistema jurídico los conceptos *ratio decidendi* y *obiter dicta* para lograr un consenso acerca de qué partes de una sentencia constituyen precedente y cuáles figuran como argumentos orientadores o persuasivos. En la doctrina clásica de derecho anglosajón, la *ratio decidendi* o las razones de la decisión son "aquellas proposiciones fundamentales que llevan a un determinado órgano judicial a resolver una controversia planteada [...] [es decir] es el elemento sine qua non que lleva a la conclusión del caso" (Ramos, s. f., pp. 12-14). La *ratio* se constituye por los principios alcanzados por la persona juzgadora a la luz de los hechos relevantes de un caso. En comparación, el *obiter dicta* son "todos aquellos elementos de una sentencia expresados de manera incidental o colateral, los cuales no se refieren al aspecto fundamental de la decisión judicial" (Ramos, s. f., pp. 15-18). Aunque el *obiter dicta* no haga referencia directa a los argumentos definitivos de una resolución, no significa que carezca de valor o propósito; estas proposiciones pueden ayudar a guiar u orientar el razonamiento de los órganos jurisdiccionales y establecer ideas directivas para futuros casos (Gutiérrez, 2019). Considero fundamental que las personas juzgadoras (así como sus secretarías de estudio y cuenta) conozcan y dominen estas herramientas para que logren plasmar sus

⁶ Cada sistema de *common law* presenta ciertas particularidades en la aplicación del *stare decisis*, así como diferencias respecto a las reglas sobre la vinculación del precedente y la forma en que se puede separar del precedente. Con fines del presente análisis, este trabajo realizará una breve exposición de las características generales del principio. Para un análisis más detallado es recomendable acudir a la doctrina de cada sistema en específico.

argumentos y conclusiones jurídicas de forma ordenada y clara. Así, será más fácil propiciar el "juego procesal abierto, [en el cual el] juzgador y las partes identifican las razones contenidas en los considerandos" de las sentencias, las aplican y hacen valer en un juicio (Cossío, 2008, pp. 691-697).

La incorporación de las categorías de *ratio decidendi* y *obiter dicta* al sistema jurídico empieza a figurar en algunas tesis aisladas recientemente publicadas. Por ejemplo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito estableció que "para determinar la aplicabilidad de un precedente judicial obligatorio, es necesario que el órgano jurisdiccional analice su *ratio decidendi*" (tesis [A.]: VII.2o.C.5 K [11a.]). Según el razonamiento de este tribunal, el éxito de un sistema de precedentes estriba en que la jueza o el juez sea capaz de identificar si la *ratio* de un criterio emitido aplica a un caso concreto. Por lo tanto, no sólo se requiere de un ejercicio de analogía entre los hechos del caso con aquellos que dieron origen al criterio, sino también que la jueza o el juez logre "diferenciar los argumentos vinculantes de un precedente de aquellos que no lo son". A pesar de la existencia de criterios como éste, la inclusión de estos conceptos en el sistema mexicano es limitada e insuficiente. Necesitamos expandir el estudio y uso de estas herramientas para estar en la posibilidad de identificar qué interpretaciones se pueden exigir ante los tribunales, especialmente en materia de protección a derechos fundamentales.

El objetivo de la siguiente sección será demostrar la necesidad que existe de modificar el método de construcción y redacción de sentencias para garantizar el éxito del sistema de precedentes (y el peligro de no hacerlo). Para lograrlo, realizaré un análisis crítico del amparo directo en revisión 4865/2018 y de las tesis aisladas que originaron esa sentencia. Me enfocaré en el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad y no discriminación que realiza la Primera Sala.

3.2. Análisis del amparo directo en revisión 4865/2018

Elegí analizar la sentencia recaída al amparo directo en revisión 4865/2018 por una serie de razones. Primero, aunque el asunto es de 2018, la decisión

constituiría un precedente en el nuevo sistema, pues fue resuelto por unanimidad en la Primera Sala. Segundo, el caso es paradigmático en la jurisprudencia constitucional mexicana porque figura como una primera postura de la SCJN en relación con discursos de odio y discriminación basados en la ideología nazi. Finalmente, ejemplifica las áreas de oportunidad que tiene la SCJN al desarrollar el contenido, alcance y límites de derechos fundamentales en sus resoluciones.⁷ Al ser una sentencia larga, repetitiva y en algunas secciones confusa, la decisión no delimita correctamente la exposición de los derechos en juego, lo cual dificulta la posterior aplicación y exigibilidad de los criterios plasmados.

Primero expondré las características medulares del caso (incluyendo los hechos relevantes, las partes, la vía procesal y los derechos involucrados), para después descomponer los argumentos y conclusiones de la Primera Sala. En un segundo momento realizaré un análisis crítico de la interpretación de los derechos fundamentales y de las tesis aisladas que emanan de esta sentencia. El propósito de este estudio es demostrar cómo la actual metodología utilizada por la SCJN al redactar sus sentencias y criterios resulta inadecuada ante el nuevo sistema de precedentes ya que obstaculiza la correcta construcción de líneas jurisprudenciales.

Los hechos relevantes del caso se narran a continuación. Una empresa contrató a un nuevo jefe de facturación, quien firmó el contrato y se presentó a su primer día de trabajo con un tatuaje visible en el cuello de una esvástica. Ese mismo día, el trabajador fue llamado por el personal de la empresa para comunicarle que varios empleados, que se identificaban como judíos, se habían quejado por el tatuaje, pues se sintieron violentados y agredidos. Acto siguiente, la empresa le preguntó al hombre si conocía el significado de su tatuaje y él asintió. Por lo tanto, después de explicarle que los dueños y algunos empleados eran de religión judía y tenían convicciones muy definidas acerca del nazismo, le solicitaron que ocultara o borrara el tatuaje para poder seguir laborando en la empresa.

⁷ Específicamente, el derecho a la libertad de expresión en relación con discursos de odio que se manifiestan en ámbitos laborales.

El hombre se negó, por lo que la empresa rescindió el contrato⁸ y le pagó el finiquito correspondiente.

En consecuencia, el trabajador promovió una acción de responsabilidad civil y exigió una indemnización por daño moral al considerar que la rescisión del contrato constituyó un acto de discriminación por el hecho de portar un tatuaje. A su vez, la empresa alegó que el tatuaje del trabajador expresaba una forma de discriminación y odio hacia los judíos, por lo que sus demás trabajadores se mostraron "alterados, violentados [...] y amenazados en su integridad física y moral" (amparo en revisión 4865/2018, p. 7). El juez tercero de lo civil de Ciudad de México que conoció del juicio coincidió con los argumentos del trabajador y condenó a la empresa al pago de una indemnización por daño moral y a ofrecer una disculpa pública.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la empresa interpuso un recurso de apelación ante la Séptima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Este órgano estimó que la "exhibición de un tatuaje de una cruz esvástica en el espacio de trabajo, ante personas que se identifican como judíos, por sí misma, representaba un acto de violencia racista prohibido por la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal" (amparo en revisión 4865/2018, p. 8). Por lo tanto, la Sala estableció que el trabajador fue quien cometió un acto de discriminación en contra del personal de la empresa, y decidió revocar la resolución de primera instancia.

Ante este panorama, el trabajador solicitó el amparo en contra de la sentencia de alzada ante el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. De forma sucinta, el quejoso sostuvo que la Sala no demostró las razones por las cuales consideró que su tatuaje era un acto de discriminación; de acuerdo con su criterio, se requería una prueba pericial en materia de psicología para demostrar que él en realidad "pretendía actuar en contra de la comunidad judía o que [tenía] ideología antisemita" (amparo en revisión

⁸ Con fundamento en el artículo 47, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, por considerarlo un acto violento.

4865/2018, p. 10). De igual forma alegó que el símbolo de la esvástica tiene connotaciones diferentes en otras culturas, dato que, en su opinión, la Sala jamás tomó en consideración. A grandes rasgos, el trabajador señaló que sufrió un acto de discriminación laboral por el hecho de tener un tatuaje, lo cual vulneró su dignidad humana. Por lo tanto, en virtud de diversos argumentos⁹, el tribunal colegiado sostuvo que el tatuaje de la esvástica no constituye una manifestación expresa de antisemitismo y, al considerar injustificado el despido, le otorgó el amparo al quejoso.

Finalmente, la empresa promovió un recurso de revisión alegando que el tribunal colegiado había realizado una interpretación directa y equivocada del derecho a la igualdad y no discriminación, en relación con actos de antisemitismo. La Primera Sala estimó la procedencia del recurso de revisión al involucrar dos temas propiamente constitucionales: se tenía que analizar si el símbolo de la esvástica constituye un discurso de odio por razones étnico-religiosas y, en un segundo término, si la portación de un tatuaje con ese símbolo en un centro de trabajo que tiene empleados pertenecientes a la comunidad judía goza de protección constitucional según los derechos a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad (amparo en revisión 4865/2018, p. 30). Al considerar que la resolución de este amparo directo en revisión permite fijar un criterio de importancia y trascendencia, el recurso se admitió a trámite y fue turnado a la ponencia de la ministra Piña Hernández para la elaboración del proyecto de sentencia.

En su resolución, la Primera Sala estudió cada derecho involucrado por separado, y sus alcances generales y posibles restricciones, para posteriormente realizar un análisis integral del símbolo de esvástica en un tatuaje como una expresión de odio. Las ministras y los ministros sostuvieron que la exhibición del tatuaje en un ámbito laboral en el cual los dueños y varios empleados se identifican como judíos, constituye un discurso de odio extremo. En su consideración,

⁹ El tribunal sostuvo que la empresa no demostró de qué forma el tatuaje causó violencia y amenazó la dignidad de sus empleados, y tampoco ofreció prueba idónea para acreditar que sus miembros pertenecían a la comunidad judía, lo cual estimaba que era necesario para acreditar el daño causado.

este tipo de expresiones marcan una restricción justificada a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad del trabajador, ya que inciden directamente en la dignidad de los receptores. Por estas razones, la SCJN decidió validar la forma en que la empresa terminó la relación laboral y le negó el amparo al trabajador; sin embargo, fue muy cuidadosa al establecer que el criterio adoptado "no puede extrapolarse a casos en que imperen circunstancias relevantes" (amparo en revisión 4865/2018, p. 118). De forma general, la SCJN adoptó un criterio casuístico y gradual para determinar la respuesta del sistema jurídico ante un discurso de odio de esta naturaleza.

Antes de ahondar en el análisis crítico de la sentencia quiero aclarar que coincido con la decisión que emite la Primera Sala en este caso: el símbolo que portaba el trabajador representa un discurso de odio antisemita que al promover un trato discriminatorio y expresar violencia en contra de un grupo social, actualiza una restricción a la protección constitucional de los derechos a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad. Igualmente, celebro la exposición que realiza la SCJN a la protección constitucional de la portación de tatuajes, marcando el caso del discurso de odio como una excepción extraordinaria. Sin embargo, me parece que la sentencia presenta una serie de incógnitas respecto a la interpretación que realiza en concreto sobre los derechos en juego. Estas cuestiones son relevantes, ya que los argumentos vertidos en la sentencia serían vinculantes y exigibles en el nuevo sistema de precedentes.

El problema central aparece en la exposición que hace la Primera Sala de los hechos relevantes del caso, la cual guía la construcción interpretativa de los derechos en juego. Para las ministras y los ministros lo determinante para la resolución del asunto es que

la expresión del discurso de odio se realizó en el ámbito privado de una empresa con finalidad comercial, en el que están ausentes las razones de orden público que dotan de especial protección al derecho a la libertad de expresión, vinculadas con la deliberación pública necesaria para el funcionamiento de la democracia y otros bienes sociales, frente a personas determinadas pertenecientes a un grupo históricamente discriminado (amparo en revisión 4865/2018, pp. 119-121).

Identifico dos problemas con la exposición de la litis: la especificación de que no se actualizan las razones de orden público que justifican el reforzamiento de la protección al derecho a la libertad de expresión y también la forma en que se destaca la identidad del receptor del mensaje como factor determinante para la resolución del caso.

Primero, parece que para la SCJN, por lo general, los actos expresivos que se realizan en una empresa carecen de la protección reforzada al derecho a la libertad de expresión al estar ausentes las razones de orden público que lo justifican. Aunque la sentencia anuncia de forma superficial que "la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales" (amparo en revisión 4865/2018, p. 89), conforme avanza el análisis, la Primera Sala abandona este criterio y argumenta que en el caso no se actualizan las razones de interés público para reforzar esta protección. ¿Realmente era necesario establecer la inadmisibilidad de una protección reforzada al derecho a la libertad de expresión para negar la protección constitucional al discurso de odio? Considero que no.

La SCJN podía marcar el discurso de odio como un límite a la libertad de expresión sin la necesidad de poner en riesgo la protección de expresiones que se realizan en empresas o ámbitos mercantiles, las cuales pueden ser fundamentales para la defensa de sindicatos o trabajadores en el ámbito individual. Ahora, lo relevante es que las tesis que emanaron de la sentencia replican este error al determinar que "cuando un discurso de odio se expresa en un ámbito privado como una empresa mercantil, debe tenerse en consideración que por lo general están ausentes las razones de orden público que confieren a la libertad de expresión una especial protección en el foro público" (tesis [A.]: 1a. CXXIII/2019 [10a.]). Por lo tanto, si un juzgador trata de aplicar este precedente y sólo lee el criterio publicado (en la proposición hipotética de que la tesis formara parte del sistema de precedentes), concluiría que en los ámbitos mercantiles no hay necesidad de otorgar el refuerzo a la protección constitucional de los actos expresivos. Esto puede ser desastroso para la libertad sindical, para la justicia laboral y para la protección de la deliberación pública en general. Quiero aclarar que no estoy argumentando que la SCJN sostuvo estas interpretaciones del

derecho a la libertad de expresión, sino solamente que a partir de un estudio cuidadoso de la sentencia y las tesis publicadas se podrían extraer estas conclusiones, lo cual es muy peligroso.

Segundo, la exposición de los hechos también sugiere que para la resolución del caso es fundamental establecer ante qué auditorio se expresa el mensaje y si éste incluye personas que pertenecen al grupo violentado por su contenido. El hecho de que los dueños y empleados de la empresa eran judíos se resalta a través de toda la construcción argumentativa y también se plasma en las tesis correspondientes. Dicho esto, la Primera Sala no aclara si la identidad de los destinatarios del mensaje es relevante para catalogar el acto como un discurso de odio o, en contrario, si ésta sólo es determinante para establecer que el acto expresivo no goza de protección constitucional. En un primer momento, la sentencia determina que el

uso de la imagen de la esvástica en un tatuaje [...] exhibido en un específico contexto de presencia de personas de origen hebrero o religión judía que estarán en necesaria interrelación con la persona que porta el símbolo, no se queda en la categoría de discurso ofensivo y oprobioso [...] sino que transita al carácter de discurso de odio (amparo en revisión 4865/2018, p. 92).

De acuerdo con el extracto, se podría considerar que para la Primera Sala un acto expresivo sólo puede ser considerado un discurso de odio si se dirige a personas que son violentadas directamente por el contenido del mensaje. Por lo tanto, se estaría utilizando un criterio subjetivo para la identificación de los discursos de odio. Sin embargo, en la tesis aislada publicada (tesis [A.]: 1a. CXVII/2019 [10a.], p. 325) pareciera que se sostiene una conclusión diametralmente distinta. La tesis establece que el auditorio ante el cual se expresa el mensaje, así como la identidad de sus destinatarios concretos, sólo es relevante para determinar de forma gradual la "respuesta del sistema jurídico ante estos discursos". Este criterio presupone que el acto es considerado un discurso de odio sin importar la identidad del destinatario, pero que ésta se vuelve relevante para determinar si el acto se debe tolerar jurídicamente o no.

Esta cuestión es fundamental para la construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación en conexión a los límites del derecho a la libertad de expresión, ya que sienta las bases para la correcta identificación de los discursos de odio y el análisis sobre el goce o no de su protección constitucional. Si nos sujetamos al primer criterio, se minimizaría el daño que los discursos de odio generan en la sociedad, inclusive si no son expresados directamente al grupo social correspondiente según su contenido. En cambio, según el segundo criterio, la SCJN estaría determinando que no hay una sola respuesta correcta del ordenamiento jurídico ante los discursos de odio, sino que ésta se debe graduar según las circunstancias de un caso en particular. Esta segunda interpretación me parece la correcta; sin embargo, no queda claro qué postura es la que sostiene la Primera Sala en el caso en concreto y cual tendrían que emplear los órganos inferiores al momento de aplicar el precedente.

Aunque comparto la decisión en el amparo directo en revisión 4865/2018, el problema central con la sentencia es la falta de precisión en el desarrollo argumentativo y en la interpretación de los derechos involucrados. Inclusive si los efectos de los resultandos son claros y benefician al promovente del recurso de revisión, no resulta evidente qué argumentos se utilizaron para justificar esa conclusión normativa, error que se replica en las tesis correspondientes. Por lo tanto, sería riesgoso que estos criterios se considerarán vinculantes en un sistema de precedentes y se aplicarán por tribunales inferiores. ¿Cómo pueden aplicar el precedente si no queda claro en qué consiste? ¿Ante dos interpretaciones posibles de la *ratio decidendi*, cuál debe subsistir? Por tales interrogantes, este caso ejemplifica cómo la forma en que actualmente se construyen las sentencias y se interpretan los derechos puede llegar a ser perjudicial para la adjudicación de los derechos fundamentales en el nuevo sistema de precedentes.

4. Conclusiones

4.1. Propuestas en la metodología y redacción de sentencias

El análisis del amparo directo en revisión 4865/2018 ilustra una serie de problemas con la metodología y redacción comúnmente utilizadas por la SCJN al

componer sus sentencias. El objetivo es evidente: es necesario que exista mayor claridad en la interpretación de los derechos fundamentales para agilizar su aplicación y así efficientizar su justiciabilidad. La pregunta es ¿cómo se logra? Es posible empezar a solucionar el problema con sentencias más cortas, claras y ordenadas.

Primero, por lo general las sentencias que emite la SCJN son largas y repetitivas.¹⁰ En 2010, *Nexos* reportó que las sentencias más relevantes de la Corte de los últimos 10 años tenían un promedio de 79,804 palabras (La Redacción, 2010). Esto resulta desproporcional cuando se compara con las sentencias de otros tribunales constitucionales.¹¹ Además, es un problema que se podría resolver fácilmente a través de un ejercicio de síntesis y una revisión cuidadosa de los proyectos de sentencia. Reducir la extensión de las sentencias no solamente ayudaría con la claridad y precisión de los argumentos, sino que también incrementaría el nivel de persuasión. De igual forma, la creación de sentencias más cortas ayudaría a democratizar el derecho constitucional al promover su lectura y estudio en todos los ámbitos legales (escuelas, despachos, juzgados, etcétera).

Segundo, la claridad en las sentencias es fundamental para garantizar la correcta interpretación de los derechos y para lograr su adjudicación al aplicar precedentes. Por una parte, la falta de claridad es el resultado de incluir información que no es fundamental para la resolución de la litis en cuestión. Por ejemplo, es común que se copien y peguen artículos jurídicos en su totalidad, aunque posteriormente no se utilice esa información para la argumentación en concreto. En cambio, deberían citarse sólo los extractos de las disposiciones domésticas

¹⁰ La sentencia recaída al amparo directo en revisión 4865/2018 tiene 123 páginas. Se podrían suprimir varias secciones sin afectar su fuerza argumentativa o su conclusión normativa.

¹¹ En derecho comparado encontramos que algunas de las sentencias más importantes de otros países son significativamente más cortas que el promedio mexicano. Por ejemplo, en el sistema de *common law* de Estados Unidos encontramos sentencias como *Miranda v. Arizona* (10 páginas), *Brown v. Board of Education* (14 páginas) o *Roe v. Wade* (66 páginas). Igualmente, en el sistema de corte civil de España encontramos sentencias paradigmáticas del Tribunal Constitucional como STC 104/1986 (15 páginas), STC 147/1995 (11 páginas) y STC 154/2002 (33 páginas). En nuestro país sí encontramos sentencias de la SCJN de corta extensión pero estas, en especial si plasman criterios significativos en el ámbito de derechos fundamentales, son la rara excepción a la regla.

y convencionales que sean indispensables para la resolución. Asimismo, las sentencias suelen repetir los hechos jurídicamente relevantes del caso múltiples veces, lo cual resulta innecesario y confuso. Una sola exposición de los hechos relevantes, de forma cronológica y meticulosa, es suficiente para guiar los argumentos a través de toda la sentencia. Finalmente, a veces se pretende citar en una sentencia todo lo que se ha desarrollado jurisprudencialmente en torno a un derecho fundamental antes de adentrar a su propio análisis; es decir, las resoluciones suelen citar la línea jurisprudencial entera de un derecho, inclusive si esos desarrollos no son necesarios, o son contrarios según los hechos, a la resolución del caso. Esto es problemático porque la persona lectora no estaría en la posibilidad de identificar qué partes del desarrollo jurisprudencial previo realmente encuentran vínculo con la litis en específico y de qué manera.

Para finalizar, propongo que las sentencias sean construidas de forma más ordenada para delimitar los argumentos utilizados y reforzar los fundamentos normativos. Para esto, sería útil que todas las ponencias de las ministras y los ministros tuvieran presentes los conceptos de *stare decisis*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Al utilizar esas herramientas, los redactores podrán plasmar adecuadamente qué razones son fundamentales para la resolución del caso y cuáles resultan interesantes como criterios orientadores, pero no son indispensables para la conclusión alcanzada. Esto igual habilitará que los lectores de las sentencias puedan identificar adecuadamente qué partes constituyen precedente y cuáles no, y así emplear esos argumentos al momento de exigir la protección de sus derechos fundamentales ante los juzgados.

Estas tres propuestas ayudarán a incrementar la fuerza normativa de las sentencias que emite la SCJN y así a consolidar la capacidad transformadora de este tribunal constitucional.

4.2. Las posibilidades que representa el nuevo sistema de precedentes

A lo largo de este ensayo he argumentado que la reforma judicial de 2021 presenta una oportunidad única para eficientizar la adjudicación de derechos fundamentales a través de la creación de un nuevo sistema de precedentes. Este

cambio ayudará a continuar con el proceso de constitucionalización del ordenamiento (Guastini, 2006) al promover la garantía jurisdiccional de las normas constitucionales, reiterar la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, extender el poder interpretativo del tribunal constitucional y asegurar la aplicación directa de los derechos en todo tipo de controversias jurídicas. De forma más específica, el sistema de precedentes eficientizará la justiciabilidad de derechos al brindarle mayor legitimidad a las personas juzgadoras y a sus sentencias, reforzar la confianza de la población en el Poder Judicial, disminuir la necesidad de acudir a diversas instancias para lograr una sentencia favorable, impulsar la igualdad en aplicación de la ley y ahorrar valiosos recursos económicos e institucionales que se podrán invertir en otras áreas de impartición de justicia. Sin embargo, para garantizar el éxito de este sistema, es necesario superar una serie de desafíos en su implementación y cambiar la forma en la que se redactan las sentencias para hacerlas más cortas, claras y ordenadas.

Igualmente, el sistema de precedentes requiere de un mayor compromiso de las personas litigantes, impartidoras de justicia y estudiantes de derecho; es necesario enfocarse en un estudio cuidadoso de las sentencias para sistematizar los criterios emitidos, facilitar su uso ante los órganos jurisdiccionales y promover el debate acerca del futuro del derecho constitucional en el país. En definitiva, el nuevo sistema de precedentes acarrea grandes desafíos, será responsabilidad de todas y todos trabajar arduamente para garantizar su correcto funcionamiento y así progresar en la justiciabilidad de los derechos fundamentales en México.

Fuentes

Carbonell, Miguel (2021), *Los nuevos precedentes judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.

Cossío, José Ramón (2008), *La controversia constitucional*, México, Porrúa.

De Rosas Andreu, Jaime (2019), "Una mirada a la evolución del concepto de derecho y la fractura de la 'Novela en cadena' en Ronald Dworkin", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, vol. 47.

Diario Oficial de la Federación (DOF) (2021a), Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, 11 de marzo.

Diario Oficial de la Federación (DOF) (2021b), Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles

Gutiérrez Álvarez, J. R. (2019), "Ratio decidendi y obiter dicta: matices necesarios en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", *Revista Perspectiva Jurídica de la Universidad Panamericana*, vol. 13.

La Redacción (2010), "¿Qué tan largas son las sentencias de la Suprema Corte?" *Nexos*. El juego de la Suprema Corte.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política (2013).

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política (2021).

Magaloni Kerpel, Ana Laura (2011), *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, División de Estudios Jurídicos.

Magaloni Kerpel, Ana Laura e Ibarra Olguín, Ana María (2008), "La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales: El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional UNAM*, vol. 19, pp. 107-147.

Guastini, R. (2006), "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), 3ª ed., pp. 40-59, Trotta.

Ramos Sobarzo, Arturo (s. f.), "Bases para una teoría del precedente judicial", disponible en: <https://www.te.gob.mx/eje/media/pdf/de545e586eefca9.pdf>

Rolla Negrete Cárdenas, Michael (2021), "La nueva jurisprudencia por precedentes: un reto para la Suprema Corte en la construcción de líneas jurisprudenciales", *Hechos y Derechos, Revistas Jurídicas UNAM*, vol. 63.

Sánchez Gil, Rubén (2020), "El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional UNAM*, vol. 43, pp. 387- 390.

Senado de la República (2020), Dictamen de las Comisiones Unidas de puntos constitucionales y de estudios legislativos, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, 27 de noviembre.

Sentencia recaída al amparo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

Taruffo, Michele (2018), *Aspectos del precedente judicial*, Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

Tesis [A.]: 1a. CXVII/2019 (10a.), DISCURSO DE ODIO. LA RESPUESTA DEL SISTEMA JURÍDICO ANTE SU EXPRESIÓN DEBE SER GRADUAL EN

FUNCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN SER PONDERADAS CUIDADOSAMENTE POR EL LEGISLADOR Y POR LOS JUECES, SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, 6 de diciembre de 2019, p. 325. Reg. digital: 2021222.

Tesis [A.]: 1a. CXXIII/2019 (10a.), DISCURSOS DE ODIO. LOS EXPRESADOS EN ÁMBITOS PRIVADOS DE ÍNDOLE LABORAL, ANTE PERSONAS CONCRETAS DESTINATARIAS DE LOS MISMOS, CARECEN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, POR LO QUE LAS VÍCTIMAS NO TIENEN EL DEBER JURÍDICO DE TOLERARLOS, SCJN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, 6 de diciembre de 2019, p. 327. Reg. digital: 2021224.

Tesis [A.]: VII.2o.C.5 K (11a.), PRECEDENTES JUDICIALES OBLIGATORIOS. PARA DETERMINAR SU APLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO, ES NECESARIO QUE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANALICE SU RATIO DECIDENDI, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, tomo III, febrero de 2022, p. 2606. Reg. digital: 2024187.

Tesis [J.]: 2a./J.195/2016 (10a.), TESIS AISLADAS. LAS EMITIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENEN CARÁCTER ORIENTADOR, NO GENERAN DERECHOS NI SON SUSCEPTIBLES DEL EJERCICIO DE IRRETROACTIVIDAD, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, enero de 2017, reg. digital: 2013380.

La primacía de las restricciones constitucionales expresas sobre los derechos humanos en la doctrina de la Suprema Corte: ¿hacia la retractación jurisprudencial en la era del populismo?

The primacy of express constitutional restrictions on human rights in the doctrine of the Supreme Court: towards jurisprudential retraction in the era of populism?

FERNANDO SILVA GARCÍA*

Resumen

En este texto se analiza la relación que existe entre las restricciones jurídicas expresas y la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Palabras clave: restricciones constitucionales expresas; derechos humanos; retractación jurisprudencial; populismo.

Abstract

This text analyzes the relationship between the express legal restrictions and the resolution of the Plenary of the Supreme Court of Justice of the Nation in the contradiction of thesis 293/2011.

* Doctor en Derecho Público, Carlos III Madrid.

Keywords: express constitutional restrictions; human rights; jurisprudential retraction; populism.

1. El contexto histórico de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas: ¿qué resolvió el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011?1

Desde cierta óptica, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas elaborada por una mayoría de jueces constitucionales en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) puede entenderse como la creación o el reconocimiento judicial de una facultad a cargo de la clase política dominante para emitir actos o crear normas que prevalecen sobre los derechos humanos. Se trata materialmente de una facultad para crear zonas de no-derechos, con inmunidad judicial, por parte de las ramas representativas coyunturales, lo que en otros foros hemos descrito como una manifestación del neoautoritarismo o autoritarismo selectivo de nuestros días.² Como suele suceder en diversas latitudes, y a través de la influencia de la política de combate al terrorismo en Estados Unidos de América, la propaganda gubernamental expandió la necesidad de implementar una serie de normas y medidas de orden público, en clave de restricciones de derechos/libertades, para el combate a la delincuencia organizada y a la corrupción: sacrificaremos "parte" de nuestros derechos y libertades para protegerlos en forma eficaz en beneficio de la colectividad y de la estabilidad económica frente a las amenazas del narcotráfico y la delincuencia organizada. Desde esa perspectiva, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas implica un retroceso hacia la noción consistente en que basta con la existencia de una finalidad legítima para suprimir derechos y libertades en términos absolutos, siempre que ello se cristalice en una regla de carácter constitucional.³

¹ Véase, en general, Silva García (2014), también Silva García (2016 y 2019).

² Seminario Independencia Judicial y Populismo, 25 de noviembre, 2021, Pompeu Fabra, Barcelona.

³ Como podrá advertir el lector, esta idea de suyo implica un retroceso de decenas de años en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, antagónica al principio de proporcionalidad y a muchos otros avances que vamos a ir mencionando en el presente estudio.

Debemos recordar que el Pleno de la SCJN resolvió en definitiva la contradicción de tesis 293/2011 en septiembre de 2013, durante el regreso del Partido Revolucionario Institucional (PRI) al gobierno, compartido en gran medida en el Congreso por el Partido Acción Nacional (PAN), en la época del llamado neoliberalismo económico, de la denominada "guerra contra el narcotráfico", y de la militarización de la seguridad pública. De manera que, en esa época, el poder político construyó o continuó diseñando una serie de zonas de no-derechos con la intención de resultar inmunes al control judicial, a través de la introducción en la Constitución y en las leyes de figuras esencialmente autoritarias, de interés gubernamental, denominadas por el Alto Tribunal como "restricciones constitucionales expresas", como el arraigo penal (detener a una persona para después investigarla); la prisión preventiva oficiosa (la imposición automática de dicha medida cautelar en el proceso penal de acuerdo al tipo abstracto del delito respectivo);⁴ la militarización de la seguridad pública; la baja de policías sin acceso al derecho a la tutela judicial efectiva (las resoluciones de baja de policías aunque sean decretadas inválidas no aparejan la restitución en el cargo respectivo), entre otras.⁵

Para 2013 existe una Suprema Corte con nuevos integrantes apoyados en su reciente llegada precisamente por esa clase política. Quizás algunos de esos integrantes leyeron que debían continuar la línea de las restricciones constitucionales expresas del interés gubernamental; mientras que otros juzgadores comprendieron que la institucionalidad de los jueces debe operar en modo división de poderes e independencia judicial, y no en clave de deferencia a la política coyuntural. En ese sentido, desde hace algunos años hemos señalado que resulta complejo interpretar el alcance de la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, porque el consenso que generó su aprobación produjo que contenga dos filosofías simultáneas-antagónicas: por un lado, aquella que apuesta a la prevalencia de los derechos sobre las restricciones y a la ponderación judicial en caso de conflicto; por otro lado, aquella noción que propone

⁴ Véase García Ramírez (2021).

⁵ En esa lógica, el gobierno ha intentado inmunizar el control judicial de la figura de la extinción de dominio, y el congelamiento de cuentas.

que las restricciones prevalecen en términos categóricos sobre los derechos humanos (sin posibilidad ponderativa alguna). Reconociendo ese hecho, hemos propuesto que la SCJN resolvió cinco aspectos centrales, según el esquema siguiente:

Esquema 1. Aspectos que resolvió la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011^A

1) Derechos humanos de fuente nacional e internacional. Conforman el parámetro de validez de la actuación pública de todos los órdenes jurídicos.

2) Tratados internacionales sobre derechos humanos. Tienen rango constitucional. La jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante, en los términos del sistema del cual emana.

3) Principio *pro persona* (dimensión normativa). Por regla general, los operadores jurídicos deben elegir la norma más favorable a los DH en caso de conflicto. Por excepción, los jueces tienen prohibido desaplicar restricciones constitucionales expresas.

4) Principio *pro persona* (dimensión interpretativa). Por regla general, los jueces y operadores jurídicos deben interpretar todo el sistema jurídico nacional e internacional de la manera más favorable a los derechos humanos. Excepcionalmente, las restricciones constitucionales expresas deben interpretarse conforme a los derechos y garantías constitucionales que la rodean (dada la votación dividida en ese aspecto, el Pleno no aclaró en ese momento si las restricciones debían interpretarse también conforme a los tratados internacionales).

5) Control judicial integral tratándose de leyes secundarias de desarrollo y actos de aplicación de las restricciones constitucionales expresas. En congruencia con el punto 1), los actos de aplicación y las leyes secundarias de desarrollo de las restricciones constitucionales expresas, están sujetas al control judicial integral (máxime que así lo establece el artículo 103 constitucional), a la luz de los DH de fuente nacional e internacional.

^APropusimos el esquema desde 2014.
Fuente: Silva García (2014).

2. Los intentos de maximizar el voto conservador: la bandera de las restricciones constitucionales expresas en el contexto del neoliberalismo "prianista"

Los ministros del bloque conservador cedieron en la idea consistente en que los derechos humanos de fuente internacional tienen eficacia constitucional, y conforman, junto con los derechos humanos de fuente nacional, el parámetro de validez de toda la actuación pública, que desde luego deben respetar todos los jueces y operadores jurídicos del país en forma obligatoria. En cambio, los ministros del bloque progresista cedieron en la idea consistente en que los juzgadores y operadores jurídicos no deben desaplicar las restricciones constitucionales expresas, con independencia de que resulte más favorable para la persona alguna norma sobre derechos humanos de fuente internacional. Como hemos expuesto en el esquema 1, a nuestro juicio, una lectura congruente del consenso implicaría que los derechos humanos de fuente constitucional e internacional conforman el parámetro de validez de toda la actuación pública, sin que ello implique facultades para desaplicar las restricciones constitucionales expresas; las cuales, sin embargo, deben interpretarse en clave *pro persona* y conforme a los derechos humanos de fuente constitucional.

Del esquema antes expuesto, podemos apreciar que, lógicamente, la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 dejó, en cierta medida, diversos temas abiertos, entre otros, los siguientes: ¿las restricciones constitucionales expresas son interpretables conforme al principio *pro persona*, a la Constitución y a los tratados internacionales? ¿En qué medida y bajo qué tipo de escrutinio los actos de aplicación y las leyes secundarias de desarrollo de las restricciones constitucionales expresas están sujetas al control judicial? ¿Es posible o no desaplicar una restricción constitucional expresa con base en una jurisprudencia o una sentencia interamericana de derechos humanos referida a México?⁶

Ahora bien, en la época en que se aprobó la contradicción de tesis, me parece que el bloque conservador intentó maximizar los efectos de las restricciones

⁶ Una síntesis, en Silva García (2019).

constitucionales expresas, a través de cuatro directrices principales: 1) la Constitución prevé también restricciones constitucionales implícitas; 2) las restricciones constitucionales expresas de ninguna manera deben ser interpretables en clave de ponderación, por lo que deben aplicarse categóricamente en sus términos literales; 3) las restricciones constitucionales expresas prevalecen frente a cualquier derecho humano constitucional e internacional, en caso de antinomia (de allí que deban prevalecer frente a cualquier sentencia o jurisprudencia internacional); 4) las restricciones constitucionales expresas deben prevalecer en forma categórica, en donde quiera que se encuentren, sea en la Constitución, sea que se repliquen en una ley secundaria de desarrollo o en un acto de aplicación, por lo que deben prevalecer en términos absolutos; de manera que el contenido de la restricción constitucional replicado en alguna ley secundaria o acto de aplicación también debe garantizar su inmunidad frente al control judicial. Así, por ejemplo, el ministro Alberto Pérez Dayán, en sesión del 3 de septiembre de 2013, sostuvo lo siguiente:

SEÑOR MINISTRO PÉREZ DAYÁN: Gracias señor Ministro Presidente. Simplemente es para agradecer al señor Ministro ponente el que me haya atendido la súplica de eliminar los dos párrafos que le pedí así lo hiciera que están previos al que incorporó, y en debida información al resto de los integrantes de este Tribunal lo hice precisamente, porque esos dos párrafos que se eliminan consideraban que en caso de la atención a las antinomias se atendería a los juicios de ponderación sobre la aplicación del principio pro persona cuando el siguiente párrafo pues es concluyente en el sentido de que ante las antinomias se debe estar a lo que indica la norma constitucional expresa; esto es, a la restricción, por eso –de verdad– quiero agradecer al señor Ministro que haya quitado estos dos párrafos que –a mi juicio– darían lugar a una posible confusión en la medida en que el último párrafo que se incluye, es categórico en ese sentido. Hay antinomia, hay aplicación categórica de la Constitución. Gracias señor Ministro Presidente.

La adopción de esa postura maximalista del bloque conservador hubiera implicado, básicamente, dejar sin efectos toda la teoría académica y jurisprudencial sobre interpretación constitucional, cuya idea central parte de la premisa consistente en que la norma suprema debe interpretarse como sistema dotado de unidad de sentido, a través de los métodos interpretativos histórico, sistemático, teleológico, progresivo, etcétera. El bloque conservador olvidó que ha quedado

muy atrás la noción consistente en que las normas constitucionales pueden interpretarse en forma literal, aislada y categórica, y pasó por alto que la restricción no podría ubicarse como norma metaconstitucional, por encima del resto de normas constitucionales (derechos, garantías, principio *pro persona*, etcétera). Asimismo, la adopción de la postura conservadora maximalista implicaría dejar de lado toda manifestación (interpretativa y normativa) del principio *pro persona* y desconocer su categoría lógica como norma especial de resolución de conflictos, e inclusive dejar sin efectos los derechos humanos de fuente nacional e internacional, toda vez que serían las restricciones constitucionales expresas el parámetro de validez de la actuación pública, en lugar de los derechos y libertades constitucional e internacionalmente reconocidos.

La gran paradoja que encierra la postura del bloque conservador consiste en que, por un lado, en el corazón de su argumentación propone que se destierre toda posibilidad de desaplicar una norma (restricción) constitucional por virtud del principio de supremacía constitucional, y, por otro lado, termina desaplicando el artículo 1º constitucional (principios de interpretación conforme, *pro persona* y apertura internacional) como norma especial de resolución de conflictos. En ese sentido, la postura conservadora revela que ya no es tanto la supremacía constitucional la que se pretende defender, sino la restricción propiamente dicha (la voluntad política coyuntural de incorporar la zona de no-derechos). Desde esa óptica, el voto conservador puede entenderse como una contrarreforma al núcleo esencial de la reforma constitucional de 2011.

Por otro lado, la maximización del voto conservador llevaría a estimar que la restricción constitucional expresa prevalece frente a cualquier norma de derechos humanos en donde quiera que se encuentre individualizada, sea en una ley secundaria de desarrollo o en un acto concreto de aplicación. Como veremos, esta idea fue la que llevó al Pleno de la SCJN, por mayoría, a declarar la validez del arraigo penal previsto en el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que desarrolla y replica la figura del arraigo penal contenida en el artículo 16 constitucional. Lógicamente, esa postura llevaría a desplazar el artículo 103 de la Constitución que establece que las leyes secundarias y los actos de autoridad (es decir, toda manifestación de los órdenes jurídicos

parciales) deben respetar los derechos humanos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales.

Asimismo, contrario al voto conservador, las restricciones constitucionales expresas son interpretables y están sujetas al método de ponderación, necesariamente, porque cualquier norma contenida en la Constitución lo es, por su grado de indeterminación, por contener en algunas dimensiones enunciados deónticos formulados (no sólo como reglas sino) como principios, y por implicar decisiones morales, sociales, políticas, culturales, económicas, a la luz de los métodos sistemático, teleológico, progresista, entre otros; al tiempo que, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la SCJN, desde la Novena Época, toda restricción y límites a los derechos humanos (entonces llamadas garantías individuales) deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados (jurisprudencia 130/2007).

Como lo evidencia dicha jurisprudencia, desde la Novena Época, en forma explícita la SCJN ha reconocido que las restricciones a los derechos humanos son válidas siempre que respeten su contenido esencial, lo que tiende a comprobarse a través del principio de proporcionalidad. Dicha concepción ha sido replicada en decenas de tesis posteriores en las épocas Décima y Undécima, lo que ha sido reconocido incluso por el bloque conservador, que en la contradicción de tesis 293/2011 estimó que las restricciones constitucionales son

categorías y absolutas. Al respecto, durante la discusión de la contradicción de tesis 293/2011, el ministro presidente Juan N. Silva Meza, en sesión del 3 de septiembre de 2013, afirmó lo siguiente:

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE JUAN N. SILVA MEZA: Yo también me pronunciaría por estar de acuerdo con el sentido, pero en otro entendimiento, también, en un entendimiento en donde sí nos lleva a la ponderación necesariamente del caso por caso, a partir de la consideración de que las restricciones no son absolutas, y este Tribunal Pleno ha determinado, lo hemos determinado, lo determinamos en las Salas, en el Pleno, que ningún derecho es absoluto, las restricciones tampoco, y junto a las restricciones siempre hay garantías y ¿quién lo tiene que resolver? El juzgador, el intérprete tiene que hacer ese ejercicio de ponderación a través de las reglas constitucionales que establece el 1º, para algunos como para mí, ¿cuál es esta interpretación que hay que hacer cuando hay una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos? Se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, para mí, nos conduce en forma directa al sistema de interpretación establecido por el 1º constitucional, ésa es la lectura –desde mi percepción– y esto nos lleva necesariamente a llegar a esos ejercicios del caso por caso, de la ponderación, de la proporcionalidad, y entrar al sistema interpretativo diseñado por el artículo 1º constitucional, en el esquema de estar siempre para privilegiar la mejor protección de las personas, la más amplia, (...) esta ponderación la tienen que hacer los juzgadores al resolver los casos concretos, en una percepción de interpretación del sistema en su integridad, sin soslayar –insisto– la importancia del principio pro homine, siempre como criterio de ponderación, pues toda restricción –y con esto cerraría mi intervención– o limitación a un derecho humano es: 1) Por principio, excepcional. 2) Se acompaña de una garantía, esto es fundamental, y 3) Parte de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro, es siempre y cuando se garantice una mayor protección (...) Esto me llevará a mí, en principio, a estar de acuerdo con la propuesta modificada que ahora se hace, en tanto rescata el rango constitucional de los derechos humanos en tratados internacionales, y segundo, el entendimiento –que desde mi perspectiva– se da a este tratamiento de las restricciones con base en la Constitución, ¿dónde? En principio, en el 1º constitucional, y de ahí a donde den, porque sí sabemos que hay otras restricciones constitucionales, pero siempre se deberán de ponderar: El arraigo, se tendrá que ponderar con otros derechos. El cateo, se tendrá que ponderar con otros derechos, y lo que ofrezca mayor protección a los derechos de las personas, tendrá que ser el criterio imperante.⁷

⁷ Véase Silva García (2012).

3. El *after* de la contradicción de tesis 293/2011: ¿constitucionalismo líquido? El doble mensaje jurisprudencial

Desde cierta óptica, el complicado consenso de jueces progresistas y conservadores contenido en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 generó que cada bloque de ministros emitiera en forma posterior toda una serie de criterios aclaratorios, modulaciones y matices de acuerdo ya con su propio entendimiento de los alcances del consenso jurisprudencial. De manera que tanto jueces progresistas como conservadores emitieron criterios de forma posterior que contradijeron el consenso esencial de la resolución, lo que produjo –para simplificarlo– dos bloques identificables de doctrina contradictorios: uno de los bloques jurisprudenciales (progresista-garantista) dirigido a enviar un mensaje en el sentido de que el derecho ha cambiado y que ahora debe aplicarse e interpretarse de acuerdo con el principio *pro persona* y conforme a la jurisprudencia internacional, y el otro bloque jurisprudencial (conservador-formalista) dirigido a informar que el principio *pro persona* de ninguna manera ha transformado el derecho, que debe continuar aplicándose en los mismos términos de toda la vida, y que la jurisprudencia internacional sólo debe observarse a falta de normas nacionales capaces de resolver los casos concretos.

Como es obvio, ha prevalecido hasta el momento la doctrina conservadora; lógicamente es más fácil y cómodo mantener el *statu quo* que transformar la cultura judicial: el mensaje de "nada ha cambiado" representa hoy 99% de la forma en que se aplica el derecho judicial en México, por una serie de razones que hemos tratado en otras participaciones (Silva García, 2021).

En el centenario de la Constitución de 1917, celebrado en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, los días 4 y 5 de mayo de 2017, expusimos que, desde cierta óptica, las reinterpretaciones y modulaciones hechas por la SCJN (bloque conservador) a la reforma constitucional de derechos humanos han generado diversas paradojas transversales que afectan la claridad y la certeza de las relaciones que aquí analizamos. Es verdad que resulta comprensible un mínimo grado de imprecisión en la uniformidad de la jurisprudencia, sobre todo ante

una reforma novedosa; sin embargo, cuando coexisten posturas jurisprudenciales diametralmente opuestas existe el peligro de relativizar el valor y la eficacia que tienen los derechos humanos dentro del Estado constitucional. En ese orden, en el seminario afirmamos: "Como hemos visto, tenemos una Constitución que es pro persona y al mismo tiempo tenemos una Constitución que es pro restricciones a los DH, lo que podría dar lugar a una especie de constitucionalismo líquido en el terreno de los derechos humanos, tomando prestadas las aportaciones de Bauman".⁸

Así, por ejemplo, en México es común encontrarnos con una sentencia de amparo que en un caso dudoso de procedencia del juicio aplica el principio *pro persona* y *pro actione* contenido en la jurisprudencia de la SCJN y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para dar entrada a la acción de la parte promovente, y otras sentencias en que los jueces desechan la demanda de amparo en el mismo supuesto dudoso de procedencia del juicio, con base en otras jurisprudencias constitucionales que afirman que el principio *pro persona* de ninguna manera tiene el alcance de inobservar los presupuestos procesales. Ambas sentencias son "válidas" en el derecho constitucional mexicano, porque las dos se fundamentan en jurisprudencias vigentes antagónicas-simultáneas.⁹

4. Nadie sabe para quién trabaja. El cambio de significado de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en la transición del neoliberalismo al populismo: ¡qué hicimos!

Como hemos dicho, la doctrina de las restricciones constitucionales expresas elaborada por una mayoría de jueces constitucionales en la SCJN puede entenderse como la creación o reconocimiento judicial de una facultad a cargo de la clase política coyuntural para emitir actos o crear normas que prevalecen sobre

⁸ La transmisión del seminario se puede consultar en Universidad Pompeu Fabra (2017); años después en Silva García (2019).

⁹ Hemos expuesto diversos ejemplos prácticos, en otros foros, véase, por ejemplo, SCJN (2021).

los derechos humanos. ¿Es lo mismo ceder la facultad para crear zonas de no-derechos en el neoliberalismo que en el contexto del populismo? La postura del bloque conservador en la contradicción de tesis 293/2011 en el contexto del neoliberalismo rodeada de un halo aparente de "prudencia judicial" en México; resultaba equivalente –paradójicamente– a las resistencias de algunos Estados miembros (como Venezuela) a la eficacia del sistema interamericano de derechos humanos. Como hemos dicho, el voto del bloque conservador no podría maximizarse sin romper la lógica elemental del constitucionalismo contemporáneo. La aparente prudencia de los jueces conservadores fue en realidad una apuesta por maximizar los poderes políticos y de policía del Estado sobre el Estado de derecho y los derechos humanos de las personas. Imaginamos que, desde el prisma del voto conservador, no es lo mismo ceder esos poderes a los políticos de cuello blanco en el contexto del neoliberalismo¹⁰ que cederlos a la hegemonía política de un líder populista. En ese sentido, la creación judicial de una facultad a cargo del poder político para crear zonas de no-derechos fue una actuación judicial imprudente.

En el presente momento histórico, no podemos ocultar que con la llegada del Partido Morena al poder en 2018, con carro completo (poder de reforma), una diversidad de comentaristas y académicos han sugerido el riesgo de afectación de la independencia judicial y del Estado de derecho en México (García Ramírez, 2021). Al respecto, resulta irónico e importante agregar que esa fragilidad del Poder Judicial estaba ya dispuesta por causa de la construcción de una red jurisprudencial mayoritaria (con honrosas minorías) que –antes de la llegada de Andrés Manuel López Obrador a la presidencia– estaba muy atenta a la línea política coyuntural prianista. De modo que los criterios de la Corte en su mayoría formalistas conservadores dejaron al nuevo gobierno populistas "de izquierdas" un importante legado jurídico constitucional que le supone mayor

¹⁰ La extrema desigualdad económica y la insaciable búsqueda de la riqueza –a toda costa– en nuestra cultura conforma el contexto del llamado "ciclo de la corrupción" que ha supuesto que mientras alguna parte del capital privado busca al gobierno para captar favores y la asignación de recursos públicos, algunos gobernantes corruptos persiguen al capital para hacer negocios, ganar elecciones y encubrir el desfalco de las arcas públicas; de esa forma la corrupción se ha interiorizado a la lógica operativa de las elecciones y del funcionamiento de los gobiernos. Véanse Redacción Aristegui Noticias (2020) y Cervantes (2019).

libertad de acción para implementar políticas públicas muy riesgosas para el Estado de derecho y la democracia. Nadie sabe para quién trabaja; los criterios conservadores en la era prianista crearon un sistema de control judicial descafeinado que hoy viene como anillo al dedo al nuevo régimen populista para impulsar sus políticas de concentración del poder sin ataduras preexistentes del Poder Judicial.

Por ejemplo, el voto conservador sostuvo en forma implacable la causa de improcedencia genérica y amplificada del juicio de amparo frente a reformas constitucionales¹¹ y su retroactividad, lo que hoy servirá para que un nuevo gobierno –con mayorías y débil oposición– pueda introducir cualquier sistema ideológico, político, social, económico y jurídico en la Constitución (incluidas figuras autoritarias, como la militarización en tiempos de paz).¹² Siguiendo con los ejemplos, el desmantelamiento en clave de modulaciones del control de convencionalidad en la jurisprudencia conservadora, antes de López Obrador, ha dejado la mesa puesta para que las restricciones constitucionales expresas¹³ –introducidas en el pasado neoliberal y por el nuevo gobierno de la denominada 4T (cuarta transformación)– prevalezcan sobre los derechos humanos.¹⁴

Para muchos, era obvio que el Poder Judicial nunca debió ceder a la clase política la facultad para diseñar zonas de no-derechos. Desde esa perspectiva, el poder de reforma constitucional, la militarización de una diversidad de funciones civiles, la prisión preventiva oficiosa, el arraigo penal, la extinción de dominio, el congelamiento de cuentas por el Poder Ejecutivo, la captura de datos personales asociados a los números de telefonía celular, entre otras, son medidas dotadas de una cierta inmunidad judicial por causa de la jurisprudencia conservadora diseñada en la época del neoliberalismo. Todas esas medidas hoy han

¹¹ Parte de la doctrina académica ha defendido la procedencia del juicio de amparo inclusive frente a reformas constitucionales, a fin de garantizar el principio democrático (Alterio y Niembro, 2014).

¹² Véase el *Informe del Centro Prodh sobre la Guardia Nacional y los riesgos de perpetuar la militarización* (2021).

¹³ Véase Silva Meza (2019; 2016).

¹⁴ Sobre la manera en que, por mayorías, la SCJN antes de López Obrador privilegió el control político sobre los derechos humanos, véase Silva García (2019).

adquirido quizás una significación diferente para el voto conservador en la era de la hegemonía política de un líder populista. Quizás hoy, en el nuevo contexto político, el voto conservador se encuentre en proceso de redefinición, en la dirección de la jurisprudencia constitucional *pro persona*. Probablemente el populismo vino a develar las virtudes del garantismo judicial. Quizás muy pronto presenciemos una retractación frontal, o al menos indirecta, de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas. Ojalá no sea demasiado tarde.

5. ¿Las restricciones constitucionales expresas en realidad prevalecen sobre los derechos humanos?

No es sencillo establecer si las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos son excepciones a la regla general del principio *pro persona*, o bien si el principio *pro homine* es la excepción a la regla de las restricciones constitucionales expresas contenidas en la Norma Suprema, máxime que ambas normas están plasmadas en el artículo 1º constitucional en un mismo momento Constituyente. Asimismo, podríamos establecer que existe un principio en diversas latitudes que justifica la modulación del control judicial de la obra del legislador democrático, a través de distintas técnicas (centralización absoluta y relativa, principio de interpretación conforme, relativización de los efectos de las sentencias, entre otros), lo cual resulta de mayor justificación cuando son las normas constitucionales las que son materia de control judicial.

También se ha pensado que sería muy grave que un juez (poder constituido) desaplique una norma (restricción) constitucional expresa (diseñada por los representantes populares de todo el Estado mediante votación calificada), a partir de su propio criterio interpretativo de las normas internacionales sobre derechos humanos (autorizadas por el Senado por mayoría simple), especialmente considerando el carácter indeterminado de aquéllas y particularmente cuando es inexistente algún criterio jurisprudencial convencional a esos efectos.

Es también sorprendente que sea factible constitucionalizar el autoritarismo, y que la Constitución se "utilice" como continente de una voluntad que en forma

autoevidente resulta antagónica a los intereses de la persona humana, del Estado de derecho y de la democracia (sustantiva), a pesar de que en esa tarea intervengan las ramas representativas del Estado (democracia formal), particularmente en momentos en que la partidocracia, el *lobbying* en esquemas de hipercorrupción y el populismo iliberal constituyen un riesgo latente dentro del Estado contemporáneo. A ese respecto, se ha afirmado que si no hay democracia (en las pulsiones del autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario.¹⁵ Al tiempo que, en todo caso, no debemos olvidar que la eficacia de los tratados sobre derechos humanos aprobados por mayoría simple por el Senado ha sido reforzada por el principio *pro persona* y la apertura constitucional al derecho internacional introducida (por el poder de reforma) en el artículo 1º de la Constitución.

Es muy claro que la Constitución contempla diversas restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos. Tanto estas restricciones como los derechos humanos y el principio *pro persona* están reconocidos en la Constitución, lo que exige un particular balance interpretativo para su mutua coexistencia. A final de cuentas siempre es vital un equilibrio adecuado entre democracia formal y democracia sustantiva. Las restricciones constitucionales expresas no desaparecen a partir de la introducción del principio *pro homine* en la Norma Suprema; sin embargo, esas restricciones no son absolutas, es decir, no constituyen figuras metaconstitucionales.

Hemos afirmado en otros foros, desde 2014,¹⁶ que todas las restricciones constitucionales, inclusive en nuestra particular democracia, están rodeadas de garantías y derechos que deben observarse para que la aplicación de aquéllas resulte válida. Por ejemplo, la orden de cateo será válida solamente si está fundada y motivada y su objeto es delimitado por la autoridad competente (inconstitucionalidad de la orden genérica); la expropiación será válida si respeta el

¹⁵ Si no hay democracia (en el autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario. El control judicial es un sistema enfocado en los derechos y libertades, más que en la participación; un sistema que trata de minimizar la tiranía, más que de maximizar la participación (Brown, 1998).

¹⁶ Véase Silva García (2014).

derecho de audiencia previa; del mismo modo el arraigo penal será válido si respeta las garantías de fundamentación y motivación a la luz del principio de presunción de inocencia en una medida suficiente; la separación de policías sin posibilidad de reinstalación requiere de la existencia de una orden escrita (no verbal) de autoridad existente y competente, entre otras. En ese sentido, resulta claro que el alcance de las restricciones constitucionales expresas debe definirse en forma casuística, sistemáticamente y a la luz de los derechos y garantías que condicionan la validez de su aplicación en los casos concretos; esto último (el casuismo) es una cuestión fáctica, más allá de cualquier prescripción jurídica, ante la imposibilidad de predeterminar la validez de todos los futuros actos concretos de aplicación de las respectivas restricciones constitucionales expresas.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que las restricciones constitucionales expresas no desaparecen a partir del principio *pro homine*; tampoco podríamos señalar que los jueces deban desaplicarlas a la luz de su propio criterio interpretativo. Sin embargo, el principio *pro persona* sí orillará a los juzgadores a exigir que los actos de aplicación de las restricciones constitucionales expresas observen las condiciones de validez (legales, internacionales y constitucionales) exigidas a esos efectos, so pena de que tales actos de aplicación (decreto expropiatorio, orden de cateo, orden de arraigo, prisión preventiva oficiosa, etcétera) sean declarados inválidos en los casos concretos respectivos.

Desde esa óptica, podríamos afirmar que "el consenso" del Pleno en la contradicción de tesis 293/2011 vendría a significar que la dimensión interpretativa del principio *pro persona* o el deber de exclusión de interpretaciones que restrinjan injustificadamente derechos humanos es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, distrito federal y municipal) respecto de la actuación de todos los poderes públicos (incluida la Constitución misma y las restricciones constitucionales expresas). Ahora bien, la opinión conjunta de los ministros en la época en que se resolvió la contradicción de tesis 293/2011 revelaba dudas sobre la cuestión relativa a si las restricciones constitucionales expresas deben o no interpretarse a la luz de la Constitución, de los tratados y del principio *pro persona*. Algunos ministros (de la mayoría) no aceptaban que las restricciones constitucionales expresas pudieran interpretarse, para ellos, su

aplicación resultaba categórica; sin embargo, otros (también de la mayoría) opinaron que inclusive las restricciones constitucionales expresas debían interpretarse de una manera sistemática, progresiva, teleológica e incluso favorable a la persona humana a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, dado que dichas restricciones están insertas en un contexto democrático constitucional, dentro de un sistema en el que tales restricciones coexisten y están delimitadas por diversos derechos y garantías. Desde hace tiempo destacamos que una posible interpretación del consenso podría consistir en que las restricciones constitucionales expresas deben interpretarse –si no se admitiera que a la luz de los tratados internacionales dada la votación– cuando menos a partir de los derechos y garantías constitucionales que la rodean.

Por su parte, la dimensión normativa del principio *pro homine* o deber de des-aplicación de normas contrarias a derechos humanos es predicable frente a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, distrito federal y municipal) respecto de prácticamente casi toda la actuación de todos los poderes públicos, excepto frente a las restricciones constitucionales expresas del Constituyente y del poder de reforma, ya que los operadores jurídicos, por regla general, no estarían en posibilidad de desaplicarlas en los casos de su conocimiento. De manera que solamente el juez internacional podría –no desaplicar la restricción constitucional expresa– aunque sí declarar los actos del Estado que la han establecido contrarios a los derechos humanos de producción externa aplicables, momento en el cual el poder de reforma y todos los poderes públicos implicados habrían de actuar en consecuencia. Es en este momento en que, por excepción, la vertiente normativa (desaplicación de la norma constitucional por el juez nacional) del principio *pro homine* podría actualizarse tratándose de restricciones constitucionales expresas. En otras palabras, excepcionalmente, el juez nacional podría desaplicar una restricción constitucional expresa ante la existencia de una sentencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado mexicano que declare la inconvencionalidad de dicha restricción constitucional expresa; o bien ante la existencia y aplicabilidad de jurisprudencia interamericana (vinculante) a esos efectos. Desde ese punto de vista podríamos afirmar que el deber de adecuar la Constitución nacional a la Convención Americana de Derechos Humanos no ha quedado descartado, aunque se ha centralizado, de alguna

manera, pues la desaplicación por parte del juez nacional de la norma (restricción) constitucional expresa podría fundamentarse exclusivamente en el enjuiciamiento previo realizado por la Corte IDH en una sentencia condenatoria contra el Estado mexicano.

6. El principio *pro persona* como mecanismo de control judicial de la Constitución:¹⁷ ¿hacia la retractación de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas?

A pesar de que alguna jurisprudencia de la SCJN ha privilegiado las restricciones constitucionales sobre las normas convencionales, lo cierto es que, como se ha expuesto, por un lado, cuando no hay una restricción constitucional expresa el operador judicial debe resolver los asuntos de su conocimiento haciendo realidad el control de convencionalidad a la luz del principio *pro persona*; por otro lado, como veremos, en el terreno de las restricciones constitucionales expresas, la Segunda Sala de la SCJN en 2015 se retractó ligeramente de su entendimiento original (aquella concepción de las restricciones como imperativo categórico), para reconocer que el operador jurídico debe interpretarlas de la manera más favorable a las personas.

Parte de la doctrina académica se ha preguntado si es posible constitucionalizar figuras autoritarias. Cuando una figura autoritaria se introduce en la Constitución, ¿qué garantías judiciales ofrece el sistema? Asimismo, hemos dicho también que el bloque conservador intentó maximizar el valor de las restricciones constitucionales, al grado de entender que las leyes secundarias y actos de aplicación que repliquen su contenido tienen la misma inmunidad judicial que la norma constitucional de la cual derivan.

Por ejemplo, el Pleno de la SCJN resolvió en sesión del 14 de abril de 2015, por mayoría de seis votos, el juicio de amparo directo en revisión 1250/2012, en

¹⁷ Véase Silva García (2018).

el que determinó que es válido el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales que desarrolla y replica la figura del arraigo penal prevista en el artículo 16 constitucional. El Pleno de la SCJN, dejando de lado el principio *pro persona* del artículo 1º constitucional y el artículo 29 del Pacto de San José, partió de la premisa consistente en que las restricciones constitucionales expresas prevalecen sobre los derechos humanos de fuente internacional, a partir de lo cual declaró la validez de dicha norma legal. Como hemos dicho, esa postura llevaría a desplazar el artículo 103 de la Constitución que establece que las leyes secundarias y los actos de autoridad (es decir, toda manifestación de los órdenes jurídicos parciales) deben respetar los derechos humanos y las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales.

Sin embargo, posteriormente, como una bocanada de aire fresco, la Segunda Sala de la SCJN, en 2015, bajo la ponencia del propio ministro Pérez Dayán, determinó que las restricciones constitucionales expresas deben ser interpretadas de la manera más favorable a las personas, según se advierte en la tesis 2a. CXXI/2015 (10a.), de rubro "RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES".

En ese orden de ideas, podríamos pensar que, llegado el caso de que una figura autoritaria se introduzca en la Constitución, los principios *pro persona* y de interpretación conforme del artículo 1º constitucional, de acuerdo además con el artículo 29 de la Convención, podrían operar como una especie de control judicial (interpretativo) del propio orden jurídico constitucional (Silva García, 2018).

Los derechos humanos de fuente convencional y constitucional ya han comenzado a operar como límites de las restricciones constitucionales expresas en clave de control judicial interpretativo. Por ejemplo, en 2020 algunos tribunales

colegiados en materia laboral¹⁸ comenzaron a resolver que el despido injustificado de una trabajadora de confianza en estado de embarazo da lugar a su reinstalación, a pesar de la restricción constitucional expresa que excluye la reinstalación de esa clase de trabajadores. Para definir ese tema, en el tribunal colegiado, por mayoría de votos,¹⁹ debatimos que las restricciones constitucionales expresas no son absolutas ni están exentas de interpretación, de acuerdo con lo expuesto.

Como hemos visto, el valor normativo de las llamadas restricciones constitucionales radica en que, por un lado, son normas que están contenidas en la Constitución y gozan de su jerarquía, por otro lado, "porque constituyen normas configuradas como reglas en alguna de sus dimensiones" (Silva Meza y Silva García, 2019), que son el resultado de ponderaciones que ha realizado el Constituyente o el poder revisor; asimismo, porque el Pleno de la SCJN ha establecido que en caso de conflicto entre normas convencionales y aquellas restricciones se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Sin embargo, el Constituyente y el poder revisor, por un lado, han incorporado excepciones normativas a las restricciones constitucionales, y, por otro lado, han desarrollado toda una serie de derechos y principios constitucionales que rodean y condicionan el contenido de esas restricciones constitucionales incluso a pesar de que se encuentren configuradas como reglas en algunas de sus dimensiones normativas; asimismo, la jurisprudencia del Pleno señala que en caso de conflicto el juzgador se debe estar a lo que establece el texto constitucional (a toda la Constitución y no sólo a la regla-restricción).

Desde esa perspectiva, en relación con el tema particular en comento, es necesario destacar que el derecho a conservar el empleo de mujeres embarazadas es una categoría distinta del derecho a la estabilidad en el empleo; el derecho a la conservación es un derecho diferente a la estabilidad es una regla (artículo

¹⁸ El sustentado por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver los amparos directos 224/2019 y 825/2019, y el diverso sustentado por el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 18/2019.

¹⁹ Véanse los amparos directos 224/2019 y 825/2019.

123, fracción V constitucional) redactada en términos de universalidad (no distingue por tipo de trabajadoras, sino que es una norma incluyente que comprende a todas las mujeres embarazadas). Por tratarse de un derecho humano distinto, las restricciones previstas al derecho a la estabilidad en el empleo (la no-reinstalación de trabajadores de confianza) le resultan inaplicables al diverso derecho al fuero materno. En el lenguaje conservador-formalista podríamos explicar que es un límite a la restricción constitucional. De manera que el fuero materno es un derecho fundamental (que contiene tanto una regla –conservación del empleo– como un principio constitucional –protección reforzada de la mujer y del *nasciturus*–) que no está comprendido en el ámbito de regulación ni en las razones justificantes para denegar la reinstalación a los trabajadores respectivos por pérdida de confianza.

En esa dirección, sobre dicho tema, en la contradicción de tesis 34/2019, resuelta el 22 marzo de 2021, el Pleno en materia de trabajo del Primer Circuito resolvió que si bien es cierto que las trabajadoras de confianza carecen de estabilidad en el empleo (restricción constitucional expresa), también lo es que la propia norma fundamental establece una excepción a esa regla general para el caso de trabajadoras que se encuentren embarazadas (derecho humano-fuero materno), pues en ese supuesto no distingue su calidad de base o de confianza, sino que únicamente importa el hecho de encontrarse en ese estado para percibir su salario íntegro, conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo, atento a lo dispuesto por el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c, constitucional. Ello porque la circunstancia de que se contenga una restricción constitucional en el goce y ejercicio de los derechos y libertades no impide que se realice una lectura de la misma de la manera más favorable a las personas, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados. Así, el Pleno en materia de trabajo del Primer Circuito emitió el criterio jurisprudencial siguiente:

Registro digital: 2023113. Instancia: Plenos de Circuito. Undécima Época. Materia(s): Laboral. Tesis: PC.I.L. J/76 L (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, Mayo de 2021, Tomo II, página 2201. Tipo: Jurisprudencia.

MUJERES TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO QUE HUBIEREN SIDO DESPEDIDAS CON MOTIVO DE SU ESTADO DE EMBARAZO O DURANTE EL PERIODO DE POSTPARTO O LACTANCIA. ES PROCEDENTE SU REINSTALACIÓN EN EL EMPLEO Y EL PAGO DE SALARIOS CAÍDOS. Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes coincidieron en que la separación del empleo de una mujer durante su embarazo actualiza una forma de discriminación proscrita por la Norma Fundamental, pero discreparon en torno a la procedencia o improcedencia de la reinstalación de las trabajadoras en ese tipo de casos, ya que mientras que para uno de ellos no es posible, por virtud de lo dispuesto en las fracciones IX, XIII y XIV del apartado B de su artículo 123, al tratarse de una trabajadora de confianza al servicio del Estado, para el otro sí lo es, porque si bien existe una restricción constitucional, la misma tenía que ser entendida en sus límites adecuados de pérdida de confianza y no actualizarla cuando la baja del servicio o despido se da por motivos discriminatorios, pues el derecho del Estado a dar de baja o separar del empleo a sus trabajadores de confianza sin necesidad de justificar su decisión no cede o se atenúa frente al derecho humano a la no discriminación.

Criterio jurídico: El Pleno en Materia de Trabajo del Primer Circuito determina que las trabajadoras de confianza al servicio del Estado que hubieren sido despedidas con motivo de su estado de embarazo o durante el periodo de postparto o lactancia, tienen derecho a ser reinstaladas en el empleo y al pago de salarios caídos.

Justificación: Es incuestionable que la estabilidad en el empleo, en su aspecto de reinstalación o reincorporación ante la separación del empleo, no les corresponde a los trabajadores de confianza por existir una restricción constitucional expresa en la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional. No obstante lo anterior, el propio artículo 123, apartado B, en su fracción XI, inciso c), estatuye una excepción a ese principio para las mujeres embarazadas y en el periodo pre y postnatal, ya que en dicho dispositivo el Constituyente estableció las bases mínimas de seguridad social, precisando como presupuesto que en este periodo la mujer debe percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubiere adquirido por la relación de trabajo, sin distinguir la calidad de base o de confianza. Lo anterior es acorde con el disfrute del derecho a la no discriminación que es reconocido para todas las personas, lo que guarda relación con la condición especial de la mujer embarazada y de su dignidad humana, que es la base fundamental de los derechos humanos. Ante ello, cuando una mujer trabajadora de confianza al servicio del Estado es despedida con motivo de su estado de gravidez o durante el periodo de postparto o lactancia, tiene derecho a su reinstalación en el empleo y al pago de salarios caídos (contradicción de tesis 34/2019).

Dicha tendencia se encuentra reflejada también en la jurisprudencia de la propia Segunda Sala de la SCJN, de la que podemos apreciar una ligera retractación al entendimiento inicial de las restricciones constitucionales expresas –aquí interpretables y delimitadas por diversas normas constitucionales y convencionales–, según es posible leer del criterio siguiente:

Registro digital: 2023733. Instancia: Segunda Sala. Undécima Época. Materia(s): Constitucional, Laboral. Tesis: 2a. II/2021 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Octubre de 2021, Tomo II, página 2134. Tipo: Aislada.

TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. ES PROCEDENTE SU REINSTALACIÓN CUANDO HUBIERAN SIDO DESPEDIDAS POR SU CONDICIÓN DE EMBARAZO O DURANTE EL PERIODO DE LICENCIA POSTNATAL. Hechos: En el juicio laboral de origen una trabajadora acreditó que fue despedida por su condición de embarazo y, por ende, que tal despido fue injustificado. Sin embargo, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje estimó que no era procedente su reinstalación, toda vez que la trabajadora realizaba una labor de confianza. Esa decisión fue reclamada en amparo directo en donde el Tribunal Colegiado de Circuito consideró que, al realizar una labor de confianza, no era posible que fuera reinstalada en su labor, ya que existe una restricción constitucional en ese sentido. Inconforme con esa decisión, la quejosa interpuso recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Criterio jurídico: La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que las mujeres trabajadoras de confianza que sean despedidas por su condición de embarazo o durante el periodo de licencia postnatal, cuentan con el derecho a la reinstalación.

Justificación: El hecho de que la mujer embarazada realice un trabajo de confianza, en nada impide su reinstalación en el puesto que venía desempeñando, ya que el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución General, al establecer el derecho de la mujer a "conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo", no condiciona a que se trate de una labor de base y, por ende, dicha protección constitucional establece una excepción a la falta de estabilidad en el empleo de las trabajadoras de confianza. De esta forma, es claro que la mujer trabajadora tiene derecho a conservar su empleo por estar en condición de embarazo o en periodo de licencia postnatal por gozar de estabilidad en el empleo, independientemente de su calidad de base o de confianza. Consideración que además es reforzada por los artículos

11, numeral 2, inciso b), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que protegen a la mujer contra los despidos atinentes a la maternidad y establecen el deber estatal de garantizar que, ante su violación por parte de autoridades o particulares, se salvaguarde la conservación de su trabajo, así como los derechos que hubieren adquirido por esta relación laboral (amparo directo en revisión 1035/2021).

En ese orden de ideas, el principio *pro persona* tiene la virtud de operar, en ocasiones, como un mecanismo de control judicial (horizontal) de la propia Constitución; cuando esa actividad interpretativa sustrae de la restricción constitucional expresa, en buena medida, los elementos de arbitrariedad que su aplicación categórica y aislada actualizaría en el caso concreto, dotando de eficacia el contenido normativo de los derechos humanos aplicables.

7. Poder vs. derecho: ¿relevo y cambio de estafeta de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en la Undécima Época de la Suprema Corte?

Una de las manifestaciones más recientes e importantes sobre el alcance de las restricciones constitucionales expresas tuvo lugar en el Pleno de la SCJN, en la sesión del 25 de octubre de 2021, en que se discutió un proyecto de sentencia del ministro José Fernando Franco González Salas, en las acciones de inconstitucionalidad 130/2019 y 136/2019, sobre la invalidez del artículo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El debate versó, de alguna manera, sobre la interpretación de la llamada prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 de la Constitución, es decir, sobre una de las restricciones constitucionales expresas emblemáticas en el Estado mexicano, que (se ha entendido) implica la facultad-deber judicial dirigida a imponer, en forma automática, dicha medida cautelar en el proceso penal de acuerdo con el tipo abstracto del delito respectivo. En efecto, dicho precepto constitucional prevé un catálogo de delitos graves (violación, violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, etcétera) con

respecto a los cuales "el juez ordenará prisión preventiva oficiosa". Asimismo, el propio artículo 19 constitucional señala que la prisión preventiva oficiosa debe emitirse respecto de los "delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación". Este fraseo y delegación constitucional sirvió de base para que el legislador secundario incorporara (dentro de dicha categoría abierta) a los delitos de contrabando calificado, defraudación fiscal y su equiparable, así como delitos relacionados con la emisión de facturas falsas, dentro del catálogo de crímenes que "afectan la seguridad nacional" y que deben aparejar prisión preventiva oficiosa, precisamente, a través de los artículos 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El proyecto de sentencia propuso declarar la validez de las normas legales, centralmente, bajo la consideración consistente en que el legislador secundario tiene un amplio margen de configuración para diseñar tipos penales, y que la decisión de incorporar a esa clase de delitos fiscales como tipos penales que deben acarrear prisión preventiva oficiosa persigue una finalidad legítima, por constituir conductas que podrían llegar a afectar la seguridad nacional. El proyecto del ministro Franco obtuvo solamente dos votos, de las ministras recién nombradas durante el gobierno del presidente López Obrador, que apostaron a la posibilidad de que el legislador secundario bien puede adicionar delitos fiscales (cuando impliquen conductas en cuantías relevantes –en cifras aproximadas de más de 8 millones de pesos– previstas por el legislador) al catálogo de tipos penales graves que deben actualizar prisión preventiva oficiosa; es decir, compartieron la idea consistente en que el legislador secundario cuenta con atribuciones para ensanchar y maximizar una restricción constitucional expresa –la prisión preventiva oficiosa– sin hacer referencia alguna –en dicha sesión– a los derechos humanos implicados.

El proyecto fue desechado por una mayoría de ocho votos del Pleno de la SCJN. Cada uno de los jueces constitucionales de la mayoría emitió una opinión individual con distintas particularidades y aristas (algunos bajo la consideración de que la seguridad nacional no se ve afectada por conductas delictivas en materia fiscal; otros bajo la idea de que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional;

otras propusieron formular un escrutinio judicial estricto de las leyes de desarrollo que impacten la libertad personal en el proceso penal, y otros sobre la interpretación *pro persona* de las restricciones constitucionales). Sin embargo, me parece que el común denominador al que llegó la mayoría –por distintos caminos– para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales consistió en una interpretación estricta de la restricción constitucional expresa (del parámetro de validez de las leyes cuestionadas). De manera que una nueva mayoría, desde cierto ángulo, envió un mensaje constitucional que implicaría, desde mi punto de vista, que la prisión preventiva oficiosa del artículo 19 constitucional tiene un alcance delimitado por los derechos y garantías aplicables en materia penal que rodean a dicha figura procesal, que el legislador secundario no debe desbordar.²⁰

Hasta aquí podríamos concluir el presente trabajo con optimismo, una hipótesis en el sentido de que de 2013 a 2021 hay una tendencia hacia la retractación de la doctrina de las restricciones constitucionales expresas, a partir del reconocimiento por parte de una nueva mayoría en el Pleno que apunta a que 1) las restricciones deben admitir una lectura estricta, delimitada por las diversas normas, derechos y principios que rodean su ámbito de aplicación; 2) las restricciones admiten una ponderación en el caso concreto; 3) las restricciones admiten una interpretación conforme a los derechos humanos y al principio *pro persona*, de fuente nacional e internacional, y 4) si bien las restricciones constitucionales expresas no deben desaplicarse por los jueces, las leyes secundarias o los actos de aplicación de desarrollo de aquéllas sí admiten un control judicial reforzado a través de las vías jurisdiccionales respectivas. Esos cuatro giros interpretativos están presentes, de una u otra forma, en el voto de dicha nueva mayoría de jueces de la SCJN en la actualidad.

No obstante, sucede algo cuando las conclusiones de un breve ensayo académico terminan en forma optimista; una incrédula incomodidad, que debemos cuestionar.

²⁰ Sobre la prisión preventiva oficiosa y el nuevo sistema de justicia penal, véanse Caballero Juárez (2019); Silva Meza y Silva García (2021).

Comenzamos este breve estudio destacando la postura inflexible del voto conservador que abanderó la doctrina de las restricciones constitucionales expresas en 2013: ¿qué ha cambiado? Ese voto inflexible ha comenzado un proceso de retractación derivado de radicales transformaciones políticas –quizá más que de replanteamientos jurídicos–, pero en ese proceso –derivado de la lectura del voto minoritario en las acciones de inconstitucionalidad antes referidas– es posible observar que, nuevamente, la doctrina de las restricciones constitucionales podría comenzar a abanderarse –actualmente– por un voto nuevo, recién llegado, sobre todo por una interpretación constitucional cuya "institucionalidad" nuevamente se ha entendido vinculada estrechamente con los objetivos de la política coyuntural, más que en modo-división de poderes e independencia judicial.

Fuentes

Libros y artículos

Brown, R. L. (1998), "Accountability, liberty, and the Constitution", *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 3.

García Ramírez, S. (2021), "Comentario sobre derechos humanos y justicia penal en la Constitución, a diez años de la reforma de 2011", en Sepúlveda, R. et al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, Tirant Lo Blanch.

Silva García, F. (2012), "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.

Silva García, F. (2014), *Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)*, Cuestiones Constitucionales.

Silva García, F. (2016), *Principio pro homine vs. Restricciones constitucionales: ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, México, Porrúa.

Silva García, F. (2018), "El principio pro persona como mecanismo de control judicial de la Constitución", en Caballero Ochoa, J. L. y Sánchez Gil, R., *Derechos constitucionales e internacionales: Perspectivas, retos y debates*, Tirant Lo Blanch.

Silva García, F. (2019), "Control de convencionalidad en México: transformaciones y desafíos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, disponible en <https://www.semanticscholar.org/paper/Control-de-convencionalidad-en-México%3A-y-desaf%C3%ADos-Garcia/4e7f1c209285c02fef497c15bbf2161a43f3f79b>.

Silva García, F. (2021), "Involución y evolución del juicio de amparo como única constante: perspectiva de un insider", en Sepúlveda, R. et al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, Tirant Lo Blanch.

Silva Meza, J. N. y Silva García, F. (2019), *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, 3.^a ed., México, Porrúa.

Páginas de internet

Alterio, M. y Niembro, R. (2014), "¿Por qué la Corte debería declarar inconstitucional la reforma energética?", *Nexos*, 27 de enero, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3536>.

Caballero Juárez, J. A. (2019), "La prisión preventiva oficiosa", disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=cr19Wgk30ks>.

Centro Prodh (2021), *Informe del Centro Prodh sobre la Guardia Nacional y los riesgos de perpetuar la militarización*, disponible en <https://centroprodh.org.mx/2021/07/01/presentamos-informe-sobre-la-guardia-nacional-y-los-riesgos-de-perpetuar-la-militarizacion/>.

Cervantes, J. (2019), "Emilio Lozoya, el trampolín de corrupción de Odebrecht para el mundo", *Proceso*, 14 de septiembre, disponible en <https://www.proceso.com.mx/599786/emilio-lozoya-el-trampolin-de-corrupcion-de-odebrecht-para-el-mundo>.

García Ramírez, S. (2021), <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/07/12/politica/llama-garcia-ramirez-a-luchar-por-un-estado-de-derecho-para-todos/>.

Redacción Aristegui Noticias (2020), "Lozoya y el ciclo de la corrupción", 16 de febrero, disponible en <https://aristeguinoticias.com/1602/opinion/lozoya-y-el-ciclo-de-la-corrupcion>.

Silva García, F. (2021), Seminario Independencia Judicial y Populismo, 25 noviembre, Pompeu Fabra, Barcelona, disponible en <https://youtu.be/B89zCdcMiAo>.

Silva Meza, J. N. y Silva García, F. (2021), "El impacto de la reforma en materia de derechos humanos en el sistema penal acusatorio", disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=yQdUWgMmmXY>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2021), La Reforma Constitucional de Derechos Humanos y Amparo, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ptCyw4I74HI>.

Universidad Pompeu Fabra (2017), El constitucionalismo latinoamericano en el centenario de la Constitución mexicana, 4 y 5 de mayo, Barcelona, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DOyaDE0YsWk>.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 1035/2021. 14 de julio de 2021. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas, Javier Laynez Potisek y Yasmín Esquivel Mossa; votaron con reservas José Fernando Franco González Salas y Yasmín Esquivel Mossa,

quienes manifestaron que formularían voto concurrente. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.

Sentencia de Pleno de Circuito en Materia de Trabajo

Contradicción de tesis 34/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Cuarto y Décimo Sexto, ambos en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Pleno en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 22 de marzo de 2021. Unanimidad de diecisiete votos de los Magistrados Herlinda Flores Irene, Rosa María Galván Zárate, Arturo Cedillo Orozco, Osiris Ramón Cedeño Muñoz, María Eugenia Olascuaga García, Roberto Ruiz Martínez, Laura Serrano Alderete, Edna Lorena Hernández Granados (quien formula voto concurrente), Emilio González Santander, Tomás Martínez Tejeda, Ángel Ponce Peña, Víctor Aucencio Romero Hernández, José Manuel Hernández Saldaña, Fernando Silva García, Juan Alfonso Patiño Chávez (quien formula voto concurrente), Armando Ismael Maitret Hernández (quien formula voto concurrente) y Alicia Rodríguez Cruz. Ponente: Ángel Ponce Peña. Secretaria: Alma Nashiely Castro Cruz.

Sentencias de Tribunales Colegiados de Circuito

Sentencias recaídas a los amparos directos 224/2019 y 825/2019, por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Sentencia recaída en el amparo directo 18/2019, por el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Tesis de Pleno y Salas de la SCJN

Tesis 2a. CXXI/2015 (10a.), RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES, Décima Época. Registro: 2010287. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada.

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II. Materia(s): Común. Página: 2096. Amparo directo en revisión 583/2015. 9 de septiembre de 2015. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretarios: Jorge Jannu Lizárraga Delgado y Jorge Antonio Medina Gaona.

La perspectiva de las infancias y adolescencias en las sentencias de lectura fácil*

Children's perspective on friendly judicial decisions

SAMANTHA RODRÍGUEZ SANTILLÁN**

Resumen

Las nuevas dinámicas sociales han buscado un acercamiento más sencillo entre el Estado y la ciudadanía, por ello, algunos países han modificado la forma de compartir la información, particularmente, cuando implica un tema de derechos.

Después de una serie de reformas, los tribunales nacionales e internacionales han implementado lo que se conoce como "sentencias en formato de lectura fácil". Estos proyectos van dirigidos a grupos de atención prioritaria, por lo que requieren ciertos lineamientos para adoptarlos a cada caso en concreto. En México, estas sentencias han tenido diversas reacciones, sobre todo, cuando van dirigidas a niñas, niños y adolescentes.

Ante esta situación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) publicó un protocolo en el que explica los puntos mínimos que deberían tener las sentencias. Sin embargo, resulta importante cuestionar si realmente han sido tomados en cuenta por los tribunales mexicanos y cuáles han sido las buenas y malas prácticas.

* Este texto obtuvo el tercer puesto en el Cuarto Concurso de Ensayo Universitario, 2022, convocado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Abogada con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Fue pasante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y meritoria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Actualmente labora en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Palabras clave: niñas, niños y adolescentes, perspectiva de infancias y adolescencias, igualdad, sentencias en formato de lectura fácil, interseccionalidad, perspectiva de género, interés superior de la niñez.

Abstract

The new social dynamics have sought a simpler rapprochement between the State and the citizenry; therefore, some countries have modified the way in which they share information, particularly when it involves law issues.

After a series of improvements, national and international courts have implemented what we know as "friendly judgments". These changes are aimed at priority attention groups, which is why they require certain guidelines to be adopted in each specific case. In Mexico, these judicial decisions have had diverse reactions, especially when they are directed at children and teenagers.

Faced with this situation, the Mexican Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) published a protocol in which it explains the minimum points that the sentences should have. However, it is important to question whether they have really been taken into account by the Mexican courts and what have been the good and bad practices.

Keywords: girls, boys, and teenagers, child's perspective, equality, sentences in easy-to-read format, intersectionality, gender perspective, best interest of the child.

*Si el mundo pudiera ver a través de los ojos de las NNA,
la mitad de los problemas ya se habrían resuelto,
mientras que la otra mitad no habrían existido.*

Anónimo

1. Introducción

En los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha buscado acercarse a la ciudadanía. Un claro ejemplo fue en 2019, con la sentencia para Tomás, la cual desencadenó una revolución lingüística dentro de los poderes judiciales local y federal (amparo en revisión 1368/2015).

La redacción del formato en lectura fácil demostró que las decisiones judiciales pueden ser completamente claras y comprensibles para toda la población (Peña,

2018). En este tenor, se han emitido nuevos criterios sobre cómo el lenguaje del derecho ayuda a cumplir con las obligaciones del Estado, particularmente, para garantizar el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes (NNA). Esta nueva técnica de lenguaje de fácil comprensión va acorde con la concepción moderna de lo que es un Estado constitucional, es decir, el modelo garantista es cada vez más una realidad en el sistema jurídico mexicano (Orozco, 2005).

Ahora bien, no se omite señalar que este formato podría generar nuevas barreras, puesto que se necesita tener una redacción diferenciada en atención a las singularidades de cada persona o grupo al que va dirigido. Por ejemplo, no es lo mismo explicar el contenido de una sentencia a una niña de 10 años que a una adolescente de 17. En estos casos la persona juzgadora está obligada a tomar en cuenta la edad, el nivel de desarrollo y de comprensión (Sacau et al., 2015).

La idea de utilizar el lenguaje ciudadano no es nueva, pues desde mediados de la década de 1980 Ronald Dworkin señaló que uno de los principios esenciales antes de redactar una sentencia es que se tome en cuenta el contexto y adaptar el idioma, así como al derecho y a la época, a fin de lograr una mejor argumentación (Dworkin, 1986).

En consecuencia, se deben crear criterios armonizados en la redacción de sentencias, ya que, como se verá, existen casos en los que no se logra una lectura fácil. No obstante, se acotará el análisis a la particularidad y cuidado para los casos de NNA.

2. Desarrollo

El modelo de las sentencias en formato de lectura fácil es considerado una herramienta para acercar a las personas juzgadoras a la ciudadanía (Tórrez, 2021). Aunque han sido duramente criticadas y son controversiales para algunas personas, en los últimos años han aumentado su popularidad en México y otras partes del mundo (López, 2021). Ante esta situación, es importante conocer el trabajo que se ha desarrollado en la última década, que va desde la creación de conceptos hasta la evolución jurisprudencial nacional e internacional.

2.1. Marco conceptual

Los derechos de NNA forman parte importante de lo que hoy describimos como derechos humanos. La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento por excelencia que reconoce la protección reforzada y obligaciones del Estado (Naciones Unidas, 1989). Este tratado ayuda a que los países identifiquen a NNA, así como sus derechos y necesidades.

Así que, antes que nada, resulta importante definir qué son las NNA. La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) describe que niña o niño es quien tenga menos de 12 años, y adolescente, a partir de esa edad, pero menor de 18 años (Naciones Unidas, 1989, artículo 5). Este criterio es el mismo en toda la región latinoamericana, lo cual ayuda a comprender que existe una diferencia entre estas dos etapas de la vida y que la garantía de los derechos deberá ser conforme a su madurez (tesis [A]: 1ª. LI/2020 [10ª]).

Ante este escenario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha referido la obligación de adaptar los sistemas, sobre todo, el de justicia (caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua). En suma, explica que en casos en los que estén involucradas NNA se deben de garantizar el interés superior de la niñez (ISN) y el derecho de participación. Igualmente, se tienen que realizar las modificaciones justificadas para que el acceso a la justicia sea en condiciones de igualdad (opinión consultiva OC-17/2002).

Lo anterior fue retomado por la SCJN, pero agregó dos principios rectores: el enfoque interseccional y la perspectiva de género (2021, 52 y 58). El primero refiere a la teoría acuñada por Kimberlé Crenshaw (1989), que desarrolla la interacción de ciertas condiciones que vulneran la identidad de una persona, como raza, sexo o situación socioeconómica. Entonces, estos factores incrementan el riesgo de discriminación, por lo que el análisis interseccional permite profundizar en los alcances unidos y distintos que tendrá la afectación hacia una persona o grupo.¹ En este tenor, se ha considerado que el ser niña, niño o adolescente

¹ Véase el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el caso *González Lluy y Otros vs. Ecuador*, párrs. 5-12.

es una condición social que pudiera tener un efecto negativo si el Estado no interviene para dar mayor apoyo y protección (caso *González Lluy y Otros vs. Ecuador*).

Por su parte, la perspectiva de género engloba programas y políticas públicas con el objetivo de erradicar las desigualdades estructurales que históricamente se le han impuesto a un sexo en particular. Por lo tanto, el Estado está obligado a asegurar la construcción de espacios equitativos (Carmona, 2015, p. 27). En el caso de la impartición de justicia mexicana, es una metodología de reciente adopción que obliga a las personas juzgadoras a evaluar determinadas circunstancias que permitan tomar decisiones judiciales completas e igualitarias (jurisprudencia 22/2016).

En el contexto de NNA, también se ha referido a la visión adultocentrista. Ésta es definida como un sistema social arraigado en el que se permite justificar las relaciones de poder y control por parte de las personas adultas contra NNA (Duarte, 2012). En consecuencia, el reconocimiento, goce y disfrute de sus derechos han sido delimitados debido a la edad (Duarte, 2012, p. 102). Asimismo, la construcción de las instituciones como tribunales e inclusive la misma corte fue totalmente controlada por el grupo dominante en razón de su posición socioeconómica, clase social, edad y sexo (Duarte, 2012, p. 105).

Ante estos escenarios, se han unido esfuerzos para erradicar las malas prácticas y reconocer las obligaciones que tienen los agentes estatales. La meta es que las NNA ejerzan libremente los derechos que les son inherentes (González, 2009, p. 233). Esta transformación normativa ha provocado la creación de nuevos precedentes sobre el alcance de los esos derechos y, puntualmente, el papel que tiene el lenguaje en las decisiones judiciales (SCJN, 2021, p. 15).

Como consecuencia de los cambios dentro de los tribunales y el reconocimiento de los derechos de NNA, se establecieron las bases para lo que hoy conocemos como las nuevas sentencias en formato de lectura fácil.

2.2. Contexto internacional

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan el derecho a que existan condiciones para expresar libremente su opinión y conocer sobre los asuntos que les afecten. Esto ha provocado que en algunos sistemas jurídicos contemporáneos se adopte la visión denominada *child-friendly justice* (Council of Europe Portal) (justicia amigable para NNA).

Un ejemplo de ello es la Convención Europea de Derechos Humanos y su Protocolo. En este se encuentran homologadas las obligaciones en materia de derechos humanos para toda una región (European Court of Human Rights, 2021, p. 3). Además, establece la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), que tiene como objetivo enjuiciar las posibles violaciones y responsabilidades de los Estados parte (CNDH, s. f).

Sobre NNA, la Corte EDH resolvió uno de los casos más significativos (*Adamkiewicz vs. Polonia*), que versa sobre la detención de un adolescente y la vulneración de sus derechos en el desarrollo del juicio. El tribunal europeo determinó que es una obligación de las cortes nacionales actuar de acuerdo con el interés superior de la niñez, de conformidad con la edad, madurez, intelecto y capacidad emocional en todos los casos que involucren NNA. En consecuencia, los Estados europeos conjuntamente desarrollaron una serie de lineamientos que las personas juzgadas deben considerar a fin de que el papel, los derechos y la voz de NNA sean tomadas en cuenta (Council of Europe Portal).

En 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa publicó las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a los niños*. Este manual establece las recomendaciones que deben seguir todas las personas juzgadas antes, durante y después de los juicios en los que una de las partes o terceros interesados sean niñas, niños o adolescentes.² En la exposición de motivos se plantean tres ideas principales.

² El texto está publicado en inglés, las traducciones son mías.

La primera refiere que un sistema de justicia no debe caminar delante de las infancias y adolescencias. Es decir, se tiene que garantizar el acceso y la participación respetuosa, comprensible y eficaz (Council of Europe, 2010, pp. 8-9). El segundo punto versa sobre cómo la experiencia judicial debe aportar un alivio y reparación, por lo que es inadmisibles que se den actos revictimizantes o violatorios a sus derechos humanos. Así pues, la integración, aproximación y decisiones tienen que estar basadas en lineamientos multidisciplinares unificados. Finalmente, si ese sistema no camina por delante tampoco asumirá los intereses de NNA. Así pues, los puntos de vista de este grupo no se tratarán de manera paternalista ni mucho menos adultocentrista (Council of Europe, 2010, pp. 8-9). En resumen, para los parámetros de esta región se entiende que la justicia con perspectiva de NNA debe ser accesible, apropiada según la edad, eficaz, diligente, adaptable y debe integrar todos los principios y derechos que les han sido reconocidos (Council of Europe, 2010, pp. 8-9).

Ahora bien, el primer caso emitido en Europa en formato de lectura fácil fue en Inglaterra (Do Carmo, 2021). En 2016, el juez de lo familiar Peter Jackson conoció los hechos en los que estaban involucrados cuatro niños y niñas, por ello, tomó la decisión de redactar una decisión judicial corta y breve para que la comprendieran. Asimismo, fue la primera vez que un tribunal se pronunciaba sobre el significado de un emoji³ e, inclusive, este fue agregado en el proyecto (☺) (Lancashire County v. M and others, párr. 27.13).

Este caso se viralizó al ser considerados hechos históricos la acción del tribunal y la forma en la que incluyeron a NNA en el juicio (Liefwaard, 2017). La aprobación social facilitó que el juez continuara con esa práctica. Un año después de esa sentencia escribió todo su razonamiento en forma de carta, la cual iba dirigida a Sam, un adolescente de 14 años (Jackson, 2017, párr. 2). La presentación y argumentación no rebasa las 10 páginas y utiliza un lenguaje más informal para explicarle por qué no se iría a vivir con su papá a otro país: "Querido

³ También conocidos como emoticonos o símbolos que se utilizan en conversaciones a través de plataformas digitales.

Sam, este caso es sobre ti y tu futuro [...] Respeto tu opinión, pero no puedo tomarla al pie de la letra porque creo que está influenciada por la lealtad que le tienes a tu papá".⁴

Esta tendencia se extendió a otros tribunales del continente europeo, por ejemplo, en los Países Bajos dos niños mandaron una carta al tribunal de ese país, en la que manifestaron su inconformidad sobre la sentencia que emitió (Liefwaard, 2017). El caso lo conoció un juzgado especial, pero desechó el recurso. No obstante, la decisión fue redactada en un lenguaje que los niños pudieran entender y la terminología legal fue formulada de una manera menos formal (caso HARK 17-22). Otro caso se suscitó en el Tribunal de Apelaciones de ese país, al que una niña pidió que le explicaran por qué su mamá perdió su custodia; la extensión de los argumentos y razones fue de una cuartilla (caso 200.191.708/01).

En otras regiones continuaron con estas modificaciones en la redacción de las sentencias para que niñas, niños y adolescentes comprendan los argumentos y, como consecuencia, haya un pleno acceso a la justicia. Lo anterior se puede ver materializado en Australia, que desde 1906 trabaja con Cortes Especiales para la Niñez (*Children's Court*). Estas se enfocan en asuntos en los que estén involucradas personas menores de 17 años (*Children's Court of Victoria*, s. f.). Actualmente tiene una página web de fácil consulta para NNA. Los precedentes están resumidos y narrados de forma simple. Resulta interesante que la redacción queda a cargo de la persona juzgadora que realizó la sentencia (*Children's Court of Victoria*, 2022). Por referir alguna, el caso *JH [2021] VChC 2*, en el que se explican los hechos, pruebas admitidas, el razonamiento y la sentencia, en no más de siete cuartillas (*JH [2021] VChC 2*).

En las Américas, a través de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha desarrollado el tema de la interseccionalidad para los casos en los que se encuentran afectadas niñas, niños y adolescentes (caso V.R.P., V.P.C.

⁴ El original en inglés señala: "Dear Sam, [...] This case is about you and your future [...], [párr. 3]. So I respect your views, but I don't take them at face value because I think they are significantly formed by your loyalty to your father [párr. 5]" (la traducción es mía).

y otros vs. Nicaragua, párr. 155). A la luz de los estándares que han publicado, establece que las autoridades estatales deberán estar capacitadas para comunicarse con este grupo en un lenguaje adecuado y terminología conforme a su edad (caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párr. 167). Sin olvidar que este intercambio sea libre de estereotipos, ofensas o cualquier otro tipo de vocablo que sea discriminatorio (caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, párr. 167).

Aunado a ello, la Corte IDH ha realizado precisiones sobre la condición jurídica de NNA (opinión consultiva OC-17/2002). En primer lugar, señala que al ser un grupo tan variado por los rangos de edad, la capacidad en las tomas de decisión serán diferentes, por lo que las autoridades deben matizar el alcance de la participación en los procedimientos (párr. 102). Secundariamente, ante este escenario, se tendrán que tomar en cuenta las condiciones específicas y su interés superior a fin de respetar de manera progresiva la autonomía personal (párr. 102).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que se debe adaptar el lenguaje a una forma simple para que los derechos sean conocidos por las propias infancias y adolescencias (2013, párr. 404). Asimismo, que esto debe ir de la mano con la perspectiva de género para que tanto los niños como las niñas, y adolescentes, se sientan cómodos y en confianza (CIDH, 2013, párr. 404).

Otros Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) han buscado que sus sentencias también sean breves y con un lenguaje amable para NNA. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en un caso de 2016 en el que una de las partes era una niña con síndrome de Down, refirió al formato que emitió la SCJN y resolvió la controversia y consideró que algunas sentencias se deben traducir en formato de lectura accesible, sólo que la redacción no la haría el tribunal sino que sería a través del Ministerio de Educación (sentencia T-573/16, párrs. 100-104).

No fue sino hasta 2019 que la Corte modificó su criterio cuando conoció sobre el caso de una niña de 10 años en situación de discapacidad y anexó al final de

su sentencia un resumen ejecutivo en forma de carta. Además, para su escritura tomó en cuenta las interseccionalidades en las que ella se encontraba:

Hemos conocido tu situación. Sabemos que has estado en varios lugares entre tu casa y el instituto en el que hoy te cuidan. Sabemos que probablemente eso te ha hecho sentir incómoda, triste o molesta [...] Gracias al estudio de tu caso nos dimos cuenta que muchos niños pueden estar pasando por lo mismo que tú (sentencia T-607/19, párr. 107).

2.3. Contexto nacional

Una vez analizada la forma en que se ha adoptado la idea de las sentencias en formato de lectura fácil en otros tribunales u organismos internacionales se podrá comprender el desarrollo que han tenido dentro de los tribunales mexicanos cuando van dirigidas a niñas, niños y adolescentes.

El 16 de octubre de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte emitió la primera sentencia en formato de lectura fácil, sobre el caso de Ricardo Adair y los estereotipos que sufrió por padecer síndrome de Asperger (amparo en revisión 159/2013). En esta, también se explica lo que se debe entender por "lectura fácil" y la obligación de las personas juzgadoras de redactarlas en este formato cuando la litis verse sobre el proyecto de vida de una persona con alguna diversidad funcional, sin que esto sustituya a la estructura tradicional.

Dos años después, la misma Sala publicó otra sentencia en ese mismo esquema, ahora sobre el caso de Tomás y el estado de interdicción que le fue impuesto sin haberle escuchado (amparo en revisión 1368/2015). En particular, esta ejecutoria fue tendencia en redes sociales por la forma tan sencilla en la que se encuentra redactada, pero completa. También reiteró la obligación de redactar las decisiones para una lectura fácil: "Los Ministros dicen que el juez debe escribir su decisión en palabras que puedas entender [...] para que puedas opinar, como todas las demás personas" (amparo en revisión 1368/2015, p. 10).

Sin embargo, es importante aclarar que estas sentencias van dirigidas a un grupo de atención prioritaria en particular, por ello, no deben ser confundidas con

las que se redactan para niñas, niños y adolescentes. La SCJN (2021) ha señalado que una de las características para este grupo es que lenguaje el deberá ser acorde con la edad y madurez.

El uso de las palabras y la redacción deben estar pensadas como un "lenguaje ciudadano", con el fin de que la comunicación sea directa y sin necesidad de reinterpretaciones. No obstante, si bien éste suele ser un término abstracto, también es entendido como una práctica internacional para que los mensajes estatales sean breves y claros (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana) En México, se ha adoptado desde 2004 y se convirtió el primer país de Latinoamérica en lanzar esta iniciativa para la innovación gubernamental.

Gracias a esto, las leyes han reformado la obligación del acceso a la justicia para este grupo poblacional, en particular, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. En esta se desarrollan los elementos para garantizar el derecho a la participación, sobre todo, lo referente a la obligación de las autoridades de informar de qué manera fue valorada la opinión de NNA (LGDNNA, 2014, artículo 74).

En 2019, la Segunda Sala emitió el Acuerdo General 1/2019, en el que reitera la obligación de las autoridades de fomentar un acceso a la información con base en una visión humana que proteja y reconozca los derechos de todas las personas, y de manera reforzada, cuando sean parte de grupos en situación de vulnerabilidad. Así pues, se decidió que en los casos en los que estén involucradas personas con discapacidad; migrantes y sujetas a protección internacional; niñas, niños y adolescentes; personas, comunidades y pueblos indígenas, y casos que sean de trascendencia para el país, se publicará una sentencia de lectura accesible y sencilla además de la tradicional (Acuerdo General 1/2019).

En este tenor, la Suprema Corte, a través del reciente *Protocolo para juzgar con perspectiva de de infancia y adolescencia*, explica cómo adecuar el lenguaje a este modelo ciudadano, se refiere a una guía para que estos proyectos de sentencia sean exitosos: 1) planificar; 2) estructurar; 3) escribir claro y simplificar; 4) editar y complementar; 5) añadir imágenes; 6) diseñar; 7) integrar audio y video;

8) pensar en la interactividad, y 9) revisar y probar (SCJN, 2021, p. 226). El problema con éstos es que son muy generales, aunque se deben adaptar a cada perfil, no dan una luz sobre el cuidado que se debe tener cuando se trata de casos de infancias y adolescencias.

Aunado a ello, el Consejo de la Judicatura Federal publicó una infografía titulada "Guía para emitir una sentencia en forma de lectura fácil", en la cual sólo puntualiza algunas pautas sin que, nuevamente, haya una explicación o caracterización de las particularidades que debe tener, dependiendo de las interseccionales o grupo al que iría dirigida esa sentencia. Recordemos que, como se ha definido por otras cortes, no es lo mismo redactar una sentencia para un niño de 8 años que para una adolescente de 16 (opinión consultiva OC-17/2002, párr. 101).

Existen ciertas consideraciones particulares que se deben contemplar en las sentencias para NNA, por mencionar algunas, el contexto e interseccionales, la edad y madurez (SCJN, 2021, pp. 229-231). Por ejemplo, la sentencia recaída en el amparo directo 31/2018 sobre el caso de un adolescente con trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), en la que el lenguaje sí estaba enfocado de acuerdo con la edad, pero con una redacción amigable que atendiera a las necesidades del adolescente.

A pesar de ello, se considera que la terminología conforme a la edad puede ser un poco complicado de lograr sin la ayuda de personas especialistas e inclusive existen algunas personas juzgadoras que se resisten a redactar las sentencias bajo este modelo (SCJN, 2021, p. 234).

Ahora bien, a lo largo de los últimos años se ha emitido una gran variedad de sentencias en formato de lectura fácil dirigidas a niñas, niños y adolescentes. Aunque el análisis de estas es realmente interesante, para los efectos de este texto se hará referencia a algunos casos con el fin de ilustrar por qué es necesario que haya pautas oficiales para homologar su redacción.

Cabe señalar que por temas de protección de datos personales en estos proyectos no se puede saber la identidad de las NNA a quienes se refieren, lo cual restringe

el análisis; en consecuencia, no se podrá evaluar si cumplen con la perspectiva de género e interseccional adecuada; sin embargo, lo que sí se podrá revisar es el uso del lenguaje y la explicación que empleó la persona juzgadora (CJF, s. f.).

En primer lugar, dos sentencias que fueron emitidas por el juzgado de lo familiar en el distrito de Tehuacán, Puebla. Las dos versan sobre la decisión de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y las obligaciones del padre y la madre (expediente 0906). El fundamento y la motivación están redactados en una terminología totalmente legal, pero la explicación incluye imágenes acordes a lo que decidió el juez. Además de ser muy breves, son honestas con la situación en la que se encuentran y cuidadosas en la forma en la que se formulan, es decir, no infantilizan ni romantizan los hechos: "Tus papás no han logrado tener una plática que les permita llegar a un arreglo sobre quién deba cuidarte. Por eso, después de estudiar lo que tu mamá me pidió, yo Juez he decidido" (expediente 0906).

El segundo ejemplo es la sentencia publicada por el Poder Judicial del Estado de Oaxaca sobre el caso de Adri, quien biológicamente tiene 39 años, pero su mentalidad es de 4 y no sabe leer ni escribir. Ante esta situación, las autoridades judiciales decidieron que la sentencia se le presentaría mediante una grabación de audio por medio de la voz de otra niña y tomaron como base los protocolos que ha emitido la Suprema Corte para incorporar la perspectiva de género:

Eres una persona muy valiente por haber contado a las psicólogas lo que te sucedió. Sé que te hicieron muchas preguntas y también que una doctora te revisó, lo bueno es que tu mamá estuvo contigo y después tu hermana, eso ayudó para que no sintieras miedo, te felicito por tu valor [...] Ahora tu tío tendrá que pasar un tiempo en la cárcel [...] Eres una gran chica y no tienes la culpa de lo que te sucedió (Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2022).

Otro caso, en la misma temática, versa sobre una niña o niño⁵ que denunció los "malos tratos" de un hombre. La sentencia redactada por un Tribunal en

⁵ Por protección de datos no se puede confirmar.

Chihuahua utilizó un lenguaje en el que refiere la plática que se tuvo con la víctima. Esto es considerado como una buena práctica, ya que hubo una atención total a lo que expresó la niña o niño y, por ello, se conoce su nivel de madurez para comprender la situación (Frías, 2022).

Igualmente, la forma en que explica que lo que pasó estuvo incorrecto es breve y sin romantizar la situación. Lo más importante es que en una cuartilla se encuentra la decisión del tribunal y las medidas de reparación para las víctimas. Esta redacción transmite un mensaje de protección por parte de los tribunales mexicanos: "Me despido de ti y quiero que sepas que nada de esto es tu culpa, los adultos debemos respetar las leyes y si eso no sucede, entonces tenemos que enfrentar las consecuencias" (Poder Judicial del Estado de Oaxaca, 2022).

En último punto, algunos tribunales han considerado los aspectos multiculturales de las personas, como pueden ser idioma, costumbres o tradiciones. Recordemos que en México no existe un idioma oficial reconocido, sólo una lengua que habla la mayoría, por ende, parte de las obligaciones de las autoridades es garantizar el derecho a ser asistido con ayuda de intérpretes en el caso de que se requiera (CPEUM, artículo 2, apartado A, fracción VIII).

Ante esto, en Yucatán las personas juzgadoras han empezado a emitir sentencias traducidas a las lenguas maternas, en especial, a la lengua maya (Poder Judicial del Estado de Yucatán, 2022). Esta decisión permite que haya un pleno acceso a la justicia y que se tomen las acciones interseccionales para atender las necesidades particulares de cada persona o grupo que se presente a los tribunales.

Aunque los ejemplos referidos cumplen con el fin de las sentencias en formato de lectura fácil, lo cierto es que todavía hay algunos errores o malas prácticas, las cuales ya han sido señaladas por la Suprema Corte Justicia de la Nación. Sin afán de agredir a quienes participaron en la redacción de estos proyectos, ni mucho menos poner en duda el trabajo que realizan, se hará referencia a algunos de estos para ilustrar las faltas más comunes.

Es verdad que la sociedad ha normalizado algunos términos para referirse a las NNA, pero es importante reconocer que esto no significa que sean adecuados. En otras palabras, el uso del lenguaje cotidiano suele infantilizar de forma innecesaria, por ejemplo, se utilizan expresiones en diminutivo como: "pequeñita", "chiquito", "hermanita", "bebecito", que pueden resultar ofensivas, discriminatorias o estigmatizantes (SCJN, 2021, p. 233). En la revisión de las sentencias para este ensayo, saltó a la vista que este es uno de los errores más comunes.

Como muestra de lo anterior, está el caso de un amparo en contra del desabastecimiento del tratamiento médico para una niña. Si bien la sentencia fue redactada de manera concisa, algunas oraciones resultan cuestionables, por ejemplo, "Además, quiero decirte que como pequeñita que eres, las autoridades tenemos que respetar tus derechos" (juicio de amparo 364/2020-1).

Es claro que no hay una mala intención en el mensaje, pero transmite la idea de una protección romantizada, en la que se olvida que una niña es más que un ser minúsculo y que el Estado no la protege por ser "pequeñita", sino porque es una obligación sin importar la edad.

Otra problemática que enfrentan los tribunales es desprenderse de la terminología legalista que, algunas veces, ha sido la fuente de muchos problemas de comprensión, lo cual crea una barrera entre el derecho y las personas (Álvarez et al., 2019). Así pues, no es sorpresa que algunas decisiones no logren el objetivo de ser de lectura fácil.

Lo anterior se ilustrará sólo con dos ejemplos. El primero es una sentencia de un juicio de amparo sobre la revisión de un proceso penal en el cual una de las partes fue declarada como inimputable por ser una persona con discapacidad. Uno de los párrafos de esta sentencia indica: "Por este motivo, no me fue posible estudiar la audiencia que vino a reclamar por ti el licenciado X, pues se podría cambiar esa decisión de la Juez que conoce de tu proceso penal de declararte inimputable, por eso, esta sentencia dice que se sobresee" (juicio de amparo 523/2020-II).

Cabe recordar que la idea de que sea una redacción de fácil comprensión también incluye que los conceptos jurídicos se expliquen, y si esa tarea es complicada, se busque apoyo profesional. De ahí que si revisamos la transcripción podemos identificar por lo menos dos términos jurídicos sin que se desarrolle lo que implican o cuáles son los efectos en la vida de la persona.

Igualmente, se encuentra otro juicio de amparo en el caso de dos NNA y sus alimentos. Lo interesante de esta sentencia es que la persona juzgadora consideró suficientes dos enunciados para hacerles saber su decisión: "Al analizar su caso, yo resolví que tienen razón. Pronto se les dirá cuánto les corresponde de alimentos" (Ferrer, 2021). Son evidentes los errores que contiene esta decisión judicial, desde el hecho de que está incompleta hasta la forma en la que fue redactada, transmite el mensaje equivocado sobre lo que implica un formato de lectura fácil.

En resumen, los últimos años se han emitido algunas recomendaciones básicas para que las personas juzgadoras redacten proyectos de sentencia comprensibles para las personas y grupos de atención prioritaria, sobre todo, niñas, niños y adolescentes. Si bien existen casos de éxito que han marcado buenas prácticas que se pueden replicar en otros tribunales, también está el otro extremo que presentan algunos de los errores más comunes identificados por la Suprema Corte.

3. Conclusiones

Las sentencias en formato de lectura fácil son nuevas, por lo que tienen un avance diferente en cada región y atienden a contextos en lo particular. Sin embargo, es necesario que todas tengan lineamientos mínimos, por lo que en este apartado se puntualizarán algunas de recomendaciones, tanto de carácter general, como para los tribunales de México.

En otro análisis sobre la forma como los tribunales han adoptado la perspectiva de NNA en los juicios, sus autoras dieron cuenta de algunos puntos que se omiten al emitir una sentencia (Hollingsworth y Stalford, 2020, pp. 4-5). Por

ello, establecieron que las personas juzgadoras se pueden guiar por cuatro principios:⁶

- Claridad. Para que el juicio sea accesible, el lenguaje debe serlo también, por lo que se tiene que tomar en cuenta el grado de madurez antes de redactar la sentencia. Además, se debe evitar el uso de frases complejas y de términos emocionales, y se tienen que explicar los conceptos legales.
- Cuidado. Las personas juzgadoras tienen que ser empáticas y prestar total atención a lo que expresen las NNA.
- Integridad. Tienen que ser conscientes del tono y mensaje que están transmitiendo a través de las sentencias.
- Conciencia. Es un deber que la persona juzgadora conozca los derechos de NNA y los lineamientos mínimos para la atención de casos en donde estén involucradas (Hollingsworth y Stalford, 2020, pp. 4-5).

Por lo que se refiere al tema específico de las sentencias en formato de lectura fácil, de manera global se recomiendan cinco puntos para que haya una aproximación más amable con las infancias y adolescencias (Hollingsworth y Stalford, 2020, pp. 4-5).

1. Utilizar el primer nombre o seudónimo de la NNA porque esto les personifica, en tanto que las iniciales no. Revisar que cada palabra y enunciado sea entendible para cada caso en particular.
2. Explicar los argumentos básicos que sustentan la decisión de la manera más simple y con párrafos cortos.

⁶ Texto original en inglés, la traducción es mía.

3. Mostrar que realmente se escuchó a la NNA y se tomó en cuenta su opinión, por lo que se puede hacer referencia a lo que esta persona expresó para que se sienta valorada y respetada.
4. Considerar alternativas para comunicar la sentencia a una NNA, ya sea con imágenes, audios o videos.
5. Proveer a la NNA de una versión escrita para que pueda llevársela y si en algún punto lo desea la revise o tenga un acuse del fallo.

No omito recordar que en México existen otras directrices que se deben adoptar de manera obligada por los tribunales. Estas son la perspectiva de género, incluyendo la interseccionalidad, el interés superior de la niñez y la concordancia convencional con los tratados internacionales en materia de derechos humanos (SCJN, 2021, pp. 17-18).

En atención a ello, existe una gran gama de documentos guía, por lo que el mejor consejo para que se avance en esta dirección se tiene que tomar como consulta obligatoria mínima el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* y el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia*.

Todavía queda mucho que avanzar para que las sentencias en lectura fácil sean accesibles para todas las personas, sobre todo, a los grupos de atención prioritaria como lo son niñas, niños y adolescentes. Al final, no podemos obligar a una persona juzgadora a redactar en cierto sentido una sentencia, pero lo que sí queda es la voluntad para actualizarse y adoptar los más altos estándares nacionales e internacionales.

Fuentes

Acuerdo General 1/2019 emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro Presidente Javier Laynez Potisek.

Álvarez Fernández, A. et al. (2019), "Sentencias judiciales en lectura fácil: una solución para el acceso a la justicia de las personas con dificultades de comprensión", *Revista Social Asturias*, segundo semestre, núm. 21. Disponible en: https://www.socialasturias.es/datos/1/N_20.Segundo_semestre_Ano_201964.pdf

Carmona Cuenca, E. (2015), "La perspectiva de género y los derechos humanos", en *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Children's Court of Victoria (2022), *Family Division Judgments and Decisions*. Disponible en: <https://www.childrenscourt.vic.gov.au/court-judgments-and-decisions/family-division-judgments-and-decisions>

Children's Court of Victoria (s. f.), *History of the Court*. Disponible en: <https://www.childrenscourt.vic.gov.au/about>

CHRD, *The views, perspectives, and recommendations of children across the World*, (2018). Disponible en: https://www.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2018/09/DGD-REPORT_WEB_en_def_web.pdf

CIDH (2013), *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.54/13. Aprobado el 17 de octubre de 2013. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

CJF (s. f.), *Protocolo para la elaboración de versiones públicas de documentos electrónicos generados por los tribunales de circuito y juzgados de distrito, a partir de la identificación y marcado de información reservada, confidencial o datos personales*. Disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/transparenciaCJF/Protocolo/Archivos/Protocolo%20para%20la%20elaboracion%20de%20versiones%20p%C3%BAblicas.pdf>

CJF, *Guía para emitir una sentencia en forma de lectura fácil*. Disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/dgdhigai/resources/campanas/cartelGuiaEmitirSentenciaFormatoLecturaFacil.jpg>

CNDH (s. f.), *Entra en vigor el Protocolo n° 11 que crea el "Nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/entra-en-vigor-el-protocolo-no-11-que-crea-el-nuevo-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-0>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Corte EDH, Caso *Affaire Adamkiewicz c. Poland*, petición núm. 54729/00, 2 marzo 2010. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97477>

Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte IDH, *Caso Gonzáles Lluy y Otros vs. Ecuador*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015", Serie C No 298. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018", Serie C No. 350. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

Council of Europe Portal, *Child-friendly justice*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice>

Council of Europe (2010), *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045f5a9>

Crenshaw, K. (1989), *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique and Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics* en University of Chicago Legal Forum.

Do Carmo, Deborah (2021), *Plain language in child-friendly justice*, en Blog Dotted&Crossed, 30 de marzo. Disponible en: <https://dottedandcrossed.eu/plain-language-in-child-friendly-justice/>

Duarte Quapper, C. (2012), "Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción", *Última Década*, núm. 36.

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press.

European Court of Human Rights (2021), *The ECHR in 50 questions*. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf

Expediente 0906. Juzgado Familiar de Tehuacán, Puebla, 6 de abril de 2022.

Expediente 0814. Juzgado Familiar de Tehuacán, Puebla, 9 de mayo de 2022.

Ferrer Mac-Gregor, E., *Voto Concurrente*, en el Caso González Lluy y Otros vs. Ecuador. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015."

Ferrer, M. [@MarteGFerrer]. (2021, 16 de marzo). *Si no tienen ganas de hacer sentencias en formato de lectura fácil, no lo hagan por favor. Aquí un ejemplo de cómo no deben realizarse.* [Tuit]. Twitter. <https://twitter.com/MarteGFerrer/status/1372018523631841282?s=20&rt=xD2DpXReR6AqRPoERZ1WZg>

Frías, A. [@Angela_FriasA]. (2022, 4 de junio de). *¿Alguien sabe cómo se llama el juez que redactó esta sentencia?* [Tuit]. Twitter. https://twitter.com/Angela_FriasA/status/1401015719781933061

González Contró, M. (2009), "La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20.

Hollingsworth, K y Stalford, H. (2020), *Judgments for Children*, Universidad de Newcastle. Children's Rights Judgements Project.

Jackson, Peter (2017), *Letter to a Young Person*, No. MA17P00163, 26 de julio de 2017, párr. 2. Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2017/48.html>

Jurisprudencia 22/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia constitucional*, Décima Época, libro 29, Abril de 2016, tomo II, página 836. Reg. digital 2011430.

Lancashire County v. M and others, No. PR15C00240, 4 de febrero de 2016, párr. 1. Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2016/9.html>

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) (2014).

Letter to a Young Person, No. MA17P00163, 26 de julio de 2017, párr. 2. Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2017/48.html>

Liefwaard, T. (2017), *Child-friendly Judgements :-)*, en *leidenlawblog*, 18 de julio. Disponible en: <https://leidenlawblog.nl/articles/child-friendly-judgments#:~:text=Child%2Dfriendly%20justice%20means%20that,needs%20into%20account>

López García, G. (2021), "Una crítica a las sentencias de lectura 'fácil'", en López Thomas Abogados. Disponible en: <https://bufetelopezthomas.com/opinion/una-critica-a-las-sentencias-de-lectura-facil/>

JH [2021] VChC 2, 11 de mayo de 2021, Victoria, Australia. Disponible en: <https://www.childrenscourt.vic.gov.au/sites/default/files/2021/06/Re%20JH%20%5B2021%5D%20VChC%202.pdf>

Naciones Unidas (1989), Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre.

OEA (1981), Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 de mayo.

Orozco Henríquez, J. (2005), "Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico", *Cuestiones Constitucionales* 13, (julio-diciembre).

Peña Martínez, L. (2018), *La sentencia en formato de lectura fácil: aplicable para todos*, en Hechos y Derechos. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12876/14426>

Poder Judicial del Estado de Oaxaca (2022), *Sentencias de lectura fácil, justicia al alcance de la niñez y grupos vulnerados*, 07 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.tribunaloaxaca.gob.mx/Home/getPublicacion?idInformacion=254512>

Poder Judicial del Estado de Yucatán (2022), *Primera sentencia en formato de lectura fácil traducido a la lengua maya*, 9 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=iblog&rn=3365>

Sacau, A. et al. (2015), "Jueces hablando con niños: terminología legal utilizada en la toma de declaración de menores", *Revista de Psicología*, vol. 24, núm. 2. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/264/26443313003.pdf>

SCJN, *Protocolos de actuación*. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion>

SCJN (2021), *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, Dirección General de Derechos Humanos.

Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *Manual de Lenguaje Ciudadano*. Dirección General de Transparencia y Archivos. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/706632/Manual_de_Lenguaje_Ciudadano_VF.pdf

Sentencia T-573/16, Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Sustanciador Luis Ernesto Vargas Silva, 19 de octubre de 2016. Referencia: expediente T-5.584.835.

Sentencia T-607/19, Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas, 12 de diciembre de 2019. Referencia: expediente T-7.190.369.

Sentencia recaída en el Amparo Directo 31/2018. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente Alberto Pérez Dayán, 14 de noviembre de 2018.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de marzo de 2019.

Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 159/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 16 de octubre de 2013.

Sentencia recaída en el Juicio de Amparo 364/2020-1. Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Aguascalientes.

Sentencia recaída en el Juicio de Amparo 523/2020-II. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (Xalapa).

Tesis [A]: 1ª. LI/2020 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 80, tomo I, p. 951, Reg. Digital 2022471.

Tórrez, M. (2021), "Sentencia en formato de lectura fácil ¿Hacia una justicia en lenguaje ciudadano?", *Diagonalciép*. Disponible en: <https://diagonalciép.org/sentencias-en-formato-de-lectura-facil-hacia-una-justicia-en-lenguaje-ciudadano/#:~:text=La%20estructura%20de%20una%20sentencia,lenguaje%20simple%2C%20directo%20y%20ciudadano>

Tribunal de Arnhem-Leeuwarden. *Caso 200.191.708/01*, 29 de marzo de 2017. Disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2017:2579&showbutton=true>

Tribunal de Róterdam. *Caso HARK 17-22*, 06 de febrero de 2017. Disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2017:911&showbutton=true&keyword=ECLI%3ANL%3ARBROT%3A2017%3A911>

RESEÑA

Construcción y evolución de los derechos sociales desde una perspectiva de derechos

*Reseña de la obra Ibarra Olguín, Ana María (ed.)
(Tirant lo Blanch, 2022),
Curso de derechos humanos*

DANIELA MAYUMY VARA ESPÍNDOLA*

El libro *Curso de derechos humanos* compila una serie de análisis exhaustivos de diversos expertos sobre los derechos fundamentales con desarrollo amplio en la historia constitucional. Los autores realizan un estudio teórico y doctrinario de varios derechos, en el que incluyen los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El objetivo del libro es dar cuenta tanto de los debates y dificultades más recientes a los que se han enfrentado las personas para ejercer sus derechos como de los problemas que enfrentan quienes administran justicia al momento de decidir los conflictos de adjudicación de derechos en un caso concreto.

La obra presenta de manera sistemática, crítica y didáctica los aspectos más destacados de un gran número de los derechos fundamentales reconocidos en

* Egresada de la Licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Se desempeña como analista jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

distintos documentos normativos. Además, destaca el desarrollo y las complejidades de cada uno de esos derechos, los cuales, debido a su contenido, demandan una especialización particular; por esta razón, la participación de expertos y expertas en el desarrollo de los textos que integran la obra fue fundamental para analizar los aspectos doctrinales y jurisprudenciales de los derechos.

La obra se compone de 19 capítulos; para su estudio, se puede dividir en dos secciones, la primera aborda temas generales sobre los derechos humanos, y la segunda desarrolla el contenido de los derechos humanos de forma específica. En el segundo apartado se encuentran algunos de los problemas más recurrentes de la adjudicación de derechos, los precedentes judiciales en la materia y la doctrina fundamental sobre el contenido de los derechos. En suma, la obra ofrece un estudio sistematizado y ordenado de los derechos humanos reconocidos en el sistema jurídico mexicano.

Uno de los aspectos transversales de la obra es la importancia de los cambios normativos derivados de la internacionalización de los derechos humanos. A partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y del fallo de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011, que consolidó el parámetro de regularidad constitucional, con lo cual las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte fueron reconocidos con jerarquía constitucional, los cambios normativos obligan a los jueces y tribunales constitucionales a resolver los conflictos de adjudicación de derechos con base en la normativa constitucional y convencional, es decir, se debe tomar en consideración tanto la jurisprudencia de la Corte mexicana como los fallos de la Corte IDH, y la obra estudia los principales criterios emitidos por ambas cortes en torno a los derechos humanos en estudio.

Los autores apostaron por, primero, desarrollar el contexto general de los derechos humanos revisados y, posteriormente, indagar sobre los aspectos más específicos de aquellos derechos con mayor desarrollo jurisprudencial. Esto, reiterando que, se incluye el análisis tanto de los criterios de la Suprema Corte como de la Corte IDH. Los derechos que se exponen en la obra son, entre otros, al libre desarrollo de la personalidad; a la libertad de expresión; político-electoral;

de acceso a la justicia, y los derechos de igualdad y no discriminación. También, los derechos de las personas con discapacidad; de niñas, niños y adolescentes; de los pueblos indígenas; los derechos económicos, sociales y culturales; los laborales, y los de seguridad social.

Algo que es importante resaltar es que los derechos fundamentales que se tratan en la obra no son los únicos. Como mencioné, en el texto se compilan los que han tenido más impacto en el sistema jurídico mexicano y mayor desarrollo jurisprudencial; sin embargo, considero que hubiera sido interesante que se exploraran derechos como la libertad de conciencia; derechos procesales; a la propiedad, o de protección de datos personales. Así como los derechos de las víctimas, como el derecho a la verdad; a la reparación del daño, o a su participación activa en los procesos penales. Aunque esos derechos no tienen un desarrollo jurisprudencial abundante pienso que, debido al contexto social actual, cobran una especial importancia. Lo anterior no significa que los derechos humanos analizados sean más importantes que los que quedaron fuera de estudio, sino que la editora, Ana María Ibarra, al pensar en la obra como una herramienta didáctica, buscó incorporar aquellos derechos que tienen mayor desarrollo jurisprudencial nacional e internacional.

Una vez precisado lo anterior, considero que cada uno de los enfoques y derechos tratados en el libro es sumamente interesante y requiere un análisis exhaustivo, pero me gustaría referirme en particular a dos: el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y el relativo a los derechos laborales. Los derechos sociales se consolidaron en la Constitución desde 1917, y aunque pareciera que esto pasó hace mucho tiempo, esos derechos están más vigentes que nunca, por lo tanto, me centraré en el estudio de ellos.

En el capítulo sobre los derechos económicos, sociales y culturales, Giovanni Alexander Salgado Cipriano y Porfirio Andrés Hernández plantean un análisis completo e interesante sobre su tutela. Los autores resaltan tres aspectos fundamentales a partir de los cuales explican el contenido y alcance de esos derechos. El primero, se refiere a los aspectos conceptuales; el segundo se enfoca en las herramientas y criterios de protección y tutela de estos derechos, y en el

tercero aterrizan las características procesales más importantes y su aplicación en el sistema jurídico mexicano. Con ello dieron continuidad al modelo didáctico que se maneja en toda la obra, esto es, incluir aspectos doctrinales, normativos y los criterios establecidos tanto por la Suprema Corte como por las cortes y tribunales internacionales.

Tal como se señala en la obra, los DESC tienen un fundamento histórico y social muy importante. Su origen permite identificar las situaciones de desigualdad económica y social a las que se enfrentan una gran cantidad de personas en el ejercicio de sus derechos; su reconocimiento como derechos humanos ha implicado un arduo trabajo. Un punto interesante que se resalta en esta primera parte de la obra es la importancia no sólo de reconocer estos derechos, sino de analizar las cuestiones relativas a su aplicación. Es decir, no queda únicamente en el ámbito de genuinamente saber que las personas tenemos derechos sociales, sino que en el estudio los autores toman como punto de partida cuestionamientos como ¿por qué las personas deben contar con mínimos esenciales de subsistencia, como la alimentación, la salud o a tener una vivienda digna? ¿Por qué estos derechos deben tener como prioridad la protección de los grupos más desaventajados o vulnerables?

Aunado a éstas preguntas, agregaría que para entender en su justa dimensión la importancia, el sentido y el alcance del desarrollo de los derechos sociales, en el mundo y en México, es necesario cuestionar ¿por qué cuando se piensa en derechos como a la vida, a la libertad o el acceso a la justicia no queda ninguna duda de que son derechos humanos?, pero sí existe cuando se expresa que en el catálogo de derechos también hay intereses que requieren de tutela y protección constitucional. Algunos ejemplos de éstos son el acceso a la cultura, el derecho al trabajo o a contar con un medio ambiente sano. Si bien podría decir que esta distinción entre derechos atiende a cuestiones sociales y culturales de cada país, una tarea fundamental para su evolución es ponerlos sobre la mesa y hablar de ellos, cuestionar, pero sobre todo reflexionar acerca de medidas y estrategias que permitan que los DESC se fortalezcan en favor de todas las personas.

Haré una especial mención del apartado referente a la exigibilidad de los derechos sociales en el derecho constitucional mexicano. La Constitución de 1917 tuvo, y tiene hasta hoy, un especial reconocimiento en el mundo jurídico internacional por ser el primer ordenamiento constitucional que reconoció el derecho al trabajo y el derecho a la educación como derechos sociales sujetos a protección constitucional. Sin embargo, no podemos perder de vista que la fuerza normativa y la exigibilidad de éstos y otros derechos humanos cobraron vida con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

El análisis de estos derechos a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos constituyó un verdadero avance en favor de las personas titulares de derechos. Como lo señalan los autores, una importante evolución de los DESC en el sistema jurídico mexicano fue establecer una regulación en particular de cada uno de los derechos sociales. Con ello se buscó promover, respetar, garantizar y, sobre todo, ampliar su contenido y su marco de protección. Algunos de los derechos sociales que se reconocen en la Constitución –y que analizan los autores– son el derecho a la salud, a la educación, a la cultura, a la alimentación, a la vivienda, al agua, entre otros.

Los autores realizaron un enorme esfuerzo por sistematizar los aspectos más importantes de los derechos, pero considero que era necesario entrar un poco más al estudio particular del contenido de cada uno de los derechos mencionados. Estoy consciente de; de haberlo hecho, la obra tendría un enfoque distinto; pero hablar más extensamente de cada uno de los derechos hubiera permitido hacer una reflexión mucho más completa y objetiva de cómo han evolucionado los DESC en el sistema jurídico mexicano y en los sistemas jurídicos internacionales.

"Los derechos económicos, sociales y culturales" es un texto muy interesante que permite tener un acercamiento importante y exhaustivo al análisis doctrinario y a la jurisprudencia de ese grupo de derechos humanos. El texto no sólo expone los elementos básicos de tales derechos, sino que pone especial atención en la importancia de estudiarlos a la luz de su evolución en el sistema jurídico mexicano. Por lo que su inclusión en la obra es un gran complemento que

permite tener un texto completo sino una verdadera herramienta para la comprensión de los DESC.

El segundo tema al que me interesa referirme está sumamente vinculado con el estudio de los derechos sociales, el de los derechos laborales. En su texto, el magistrado Héctor Orduña Sosa plantea un análisis a partir de cuatro puntos centrales: I) doctrina, II) normativa, III) jurisprudencia de la Corte Interamericana y IV) la jurisprudencia de la SCJN. Entre los temas que desarrolla se encuentran las nociones básicas sobre el derecho al trabajo, lo relativo a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, la igualdad de trato y no discriminación, los derechos colectivos, la erradicación del trabajo infantil, y concluye con la prohibición del trabajo forzoso. Esta metodología atiende a las categorías empleadas en tratados internacionales pero, en especial, a la utilizada en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998.

El autor desarrolla un panorama muy completo de todos los derechos que engloban los derechos laborales. Para ello, explora temas centrales del mundo del trabajo, como son: el empleo decente, las condiciones de trabajo y los derechos colectivos. Además, aporta un escenario claro sobre la importancia de los principios que siguen los derechos humanos en materia de trabajo, como son la igualdad y la no discriminación.

El texto ofrece mucha información en distintos apartados que pudieran parecer repetitivos. Sin embargo, conforme avanza la lectura es posible identificar que este modelo permite a los lectores tener un panorama más claro del desarrollo de distintos aspectos del derecho del trabajo a la luz de cuatro importantes criterios. Con ello se vuelve más fácil y accesible identificar, por ejemplo, la doctrina o la normativa sobre la erradicación del trabajo infantil o de los criterios de igualdad y no discriminación por razones de género en el trabajo.

Comparto con el autor la premisa de que el conjunto de derechos de las personas trabajadoras son prerrogativas que buscan proteger a los trabajadores desde su incursión en el mundo laboral, durante su estancia en éste y cuando la concluye. El magistrado realiza un análisis de los temas que considera más

relevantes sobre el derecho al trabajo. Esto permite identificar que la protección de los derechos humanos laborales se origina en la lucha por una justicia social y en la protección de los derechos de un grupo de personas históricamente vulneradas, lo cual permite que el análisis que se expone en la obra brinde un contexto claro sobre cómo se van construyendo, pero, sobre todo, cómo van evolucionando los derechos en materia de trabajo.

Entonces, el problema en el que se centra el texto es el análisis de los derechos laborales a través de su historia, doctrina y de la jurisprudencia tanto de la Corte IDH como de la SCJN. Con ello, no sólo se pueden ver las nociones de la protección de estos derechos, sino que abarca un panorama más amplio que permite identificar los temas en los que se debe poner especial atención para fortalecer la protección de los derechos humanos laborales.

Una situación que, sin duda, tuvo importantes repercusiones en el mundo del trabajo, y en la vida en general, fue la pandemia por covid-19. Tal como señala el autor, la precariedad de las condiciones laborales se evidenció aún más debido a ésta. Las condiciones de trabajo engloban múltiples aspectos, como el monto del salario o la jornada laboral, sin embargo, con la pandemia el mundo del laboral tuvo que enfrentar de otra manera los derechos de los trabajadores, en lo individual y en lo colectivo.

Creo que para completar el estudio sobre la construcción y evolución de los derechos laborales desde una perspectiva de derechos humanos hubiera sido oportuno hablar de temas como la subcontratación o los derechos procesales de los trabajadores. La subcontratación es, desafortunadamente, una realidad social en el país; es una figura que, a la luz Ley Federal del Trabajo (LFT) de 2012, podía ser entendida como un proceso o mecanismo de restructuración de las relaciones de trabajo y sus características. La subcontratación supone una de las violaciones más graves a los derechos laborales, ya que limita los derechos colectivos, el acceso a mejores prestaciones, pago de salarios inferiores a los de otros trabajadores, entre otros aspectos.

Si bien la LFT fue reformada en mayo de 2019 y el 'espíritu' de esta reforma fue insertar la prohibición de la subcontratación, esta figura no fue eliminada de la legislación. La reforma modificó los supuestos de vinculación cuando se trate de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas; con ello, pienso, se buscó establecer reglas claras que permitieran dar mayor protección a los trabajadores que se encontraran en estos supuestos y hasta cierto punto podría decir que buscó darle mayor formalidad y certeza a esta modalidad de trabajo.

Entonces, aunque poco a poco se van estableciendo medidas para combatir este tipo de figuras, la subcontratación sigue estando presente en la vida de muchos trabajadores y trabajadoras. Por lo tanto, creo que en la construcción y evolución de los derechos laborales como derechos humanos se debe hablar de esas figuras, que marcan importantes pautas en la desprotección a los empleados. Este tema fundamental permitiría conocer los impactos de estas modalidades de contratación en la protección y garantía de los derechos de los trabajadores.

Los derechos procesales de los trabajadores también son un punto de análisis interesante, que complementa el entendimiento y el ejercicio de los derechos laborales. La adjudicación de los derechos laborales es un asunto complejo y que se rige por sus propios principios. En materia del trabajo, temas como la carga de la prueba sobre la relación laboral, la suplencia de la queja deficiente o el principio *in dubio pro operario* (si hay duda, se debe favorecer al trabajador), son mecanismos de protección procesal que les permiten a los trabajadores defender sus derechos. Hablar de los derechos procesales de los trabajadores es básico para entender la evolución y sentido de esas figuras que parece que atentan contra la igualdad procesal de las partes. Pero, en realidad, estos principios de interpretación probatoria buscan darle al trabajador herramientas para defender, de mejor manera, sus derechos humanos laborales.

"Los derechos laborales" complementa de manera exhaustiva el análisis que ofrece toda la obra del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de algunos derechos humanos en el sistema jurídico mexicano. El texto no sólo expone los elementos básicos de este derecho, sino que pone especial atención en la

importancia de estudiarlos a la luz de la nueva jurisdicción laboral en México, por lo que su inclusión en la obra "es un gran acierto, y se convierte en una herramienta de estudio de los derechos humanos en materia del trabajo.

Hablar de derechos sociales no es una tarea fácil; sin embargo, cuando se trata de analizar derechos como los laborales o los derechos de seguridad social, contar con herramientas jurídicas y doctrinales, como esta obra, que expliquen su desarrollo y evolución, se vuelve fundamental para el mundo jurídico. Los derechos sociales son parte del día a día y, por eso, están en constante cambio, por lo que incluir aspectos sobre teorías y enfoques jurídicos, o la jurisprudencia de tribunales constitucionales e internacionales, permite construir y reconstruir la forma en la que se han desarrollado aquellos que se revisan en la obra.

En su conjunto, los capítulos que integran el libro materializan el desarrollo de los derechos humanos en México y establecen un marco conceptual que se construye y fortalece con las líneas jurisprudenciales de la Corte mexicana y de la Corte Interamericana. Esto permite presentar de manera clara y precisa las características de aplicación y adjudicación de cada uno de los derechos.

El estudio de los derechos fundamentales es una cuestión dinámica, por eso, esta obra es una herramienta que facilita el acceso al conocimiento más importante en materia de derechos humanos. Tal como se resalta en esta reseña, resulta necesario cruzar los estudios teóricos de los derechos con los criterios jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales, para entender cómo se construyen, modifican y evolucionan los derechos humanos a lo largo de la historia.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 11, 13 y 24 puntos. Agosto de 2023.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

