

ISSN: 2448-6965

Año IV. Núm. 6

R

EVISTA del
Centro de Estudios
Constitucionales

Enero - junio, 2018



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

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

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Roberto Lara Chagoyán ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Año 4, número 6 enero-junio 2018. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018-. volumen ; 22 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. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Lara Chagoyán, Roberto II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año IV, Núm. 6, enero-junio 2018, 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. 4113-1000, www.scjn.gob.mx, rlarac@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Roberto Lara Chagoyán. 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.

Impresa por Impresores en Offset y Serigrafía, S.C. de R.L. de C.V., calle Pascual Orozco núm. 53, Colonia Barrio San Miguel, Alcaldía Iztacalco, C.P. 08650, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2018, con un tiraje de 3,000 ejemplares.

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 Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Año IV. Núm. 6

REVISTA del
Centro de Estudios
Constitucionales

Enero - junio, 2018



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

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

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Contenido

Nota editorial	IX
Presentación	XVII
Doctrina Constitucional	
<i>¿Existe un derecho constitucional a la posverdad?</i> Pau Luque	3
<i>La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional español. A propósito de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 15/2015</i> Sofía Reca Milanta	19
<i>La declaración de inconstitucionalidad de una ley por omisión de la cláusula de discriminación indirecta por razón de religión</i> Pilar Betrián Cerdán	59
<i>La Justicia Abierta y los tribunales constitucionales: estrategias para construir legitimidad</i> Reyes Rodríguez Mondragón Ana Cárdenas González de Cosío	89

<i>Límites del margen de apreciación desde una perspectiva de género y pobreza</i>	121
Laura Clérico Martín Aldao	
<i>¿Cómo usa el Tribunal Constitucional español la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Notas para la justicia constitucional latinoamericana</i>	157
Karlos A. Castilla Juárez	
La Constitución en acción	
<i>Un caso de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: el Caso López-Dóriga</i>	201
Javier Miguel Ortiz Flores	
<i>El reconocimiento del trabajo sexual. Análisis del Juicio de Amparo 112/2013, resuelto por el Juzgado Primero de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal, el 31 de enero de 2014</i>	249
Estefanía Vela Barba	
<i>Tensiones entre seguridad nacional y acceso a la información pública; un recuento del recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	295
Alfredo Delgado Ahumada Mariana Morante Aguirre	

<i>Jueces y leviatanes en el laberinto: diagnóstico del juicio de amparo contra desaparición forzada (habeas corpus) en México (2013-2018)</i>	341
Javier Yankelevich	

Notas

<i>El potencial de la transparencia en la impartición de justicia</i>	435
Mariana E. Niembro Martínez	
<i>La eficacia ilusoria del amparo en contra de omisiones: una breve crítica a la jurisprudencia 2a./J. 48/2016 (10a.)</i>	447
Jesús Manuel Orozco P. Sergio A. Villa Ramos	

Reseñas

Albert, Richard, "Constitutional Amendment and Dismemberment", Yale Journal International of Law, vol. 43, núm. 1, 2018, 84 pp.	457
Ana Elena Fierro	

Nota editorial

Hemos llegado al número seis de nuestra *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al periodo que va de enero a junio de 2018. El volumen que el lector tiene en sus manos ha sido construido a partir de los artículos que, producto de nuestras convocatorias públicas, han tenido a bien enviar diferentes autores y autoras. Así, una vez hecha la selección y la dictaminación correspondientes, integramos este nuevo volumen con temas tan novedosos como relevantes. Los autores crean y los editores presentan y conjugan las creaciones de aquéllos con un propósito claro: organizar los contenidos bajo un mínimo de coherencia, de conformidad con la estructura ya establecida en la *Revista*. De este modo, nuestras secciones clásicas *Doctrina constitucional*, *La Constitución en acción*, *Notas* y *Reseñas* han quedado constituidas con participaciones de gran calidad.

En esta ocasión, la sección *Doctrina Constitucional* está conformada por seis artículos que desde un enfoque teórico abordan distintos temas relacionados

con el diseño y funcionamiento de las instituciones encargadas del control de constitucionalidad. Iniciamos con un trabajo de Pau Luque en el que se pregunta si existe o no un derecho constitucional a la posverdad que pudiera ser demandado ante los tribunales constitucionales. El autor explora dos diferentes interpretaciones de la libertad de expresión, a saber: una que admite la publicación y difusión de "descripciones alternativas" de la realidad, y otra según la cual la libertad de expresión no ampara tales prácticas. El concepto de 'posverdad' está relacionado con la primera de las interpretaciones, y se refiere a lo que el autor llama "la expulsión de la verdad de la conversación política"; con ella, "se trata de ignorar cómo es el mundo de hecho a favor de aquellas descripciones del mismo que nos dicen lo que queremos oír". La moderna tecnología informática, mediante el uso de algoritmos en internet, posibilita y gobierna lo que para el usuario será "la versión de la verdad" que le acomoda. Si la posverdad es una opción política, y se conjuga con el principio de pluralismo político, entendido como la admisión de una pluralidad de opiniones políticas, entonces es posible concluir que la libertad de expresión ampara un derecho constitucional a la posverdad. De acuerdo con el otro cuerno del dilema, la libertad de expresión no puede amparar algo tan nebuloso como la posverdad, porque la verdad no depende de nuestras preferencias políticas, sino de datos empíricamente verificables. Esta segunda interpretación ve a la verdad fáctica como un presupuesto pre-político sin el cual no puede darse la conversación política. El autor, habiéndose decantado por la segunda de las interpretaciones, reflexiona y problematiza sobre qué podría hacer el Derecho constitucional para excluir el pretendido 'derecho a la posverdad': ¿debería prohibirse?, ¿sancionarse?, ¿obligar a las grandes corporaciones a modificar los algoritmos? O bien, ¿obligar a cribar las llamadas *fake news*?

La autora del segundo artículo, Sofía Reca Mata, se refiere a la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional español de cara al reciente conflicto surgido en Cataluña con motivo del movimiento independentista. La reforma sobre la cual se articula el trabajo es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 16

de octubre de 2015 (y declarada constitucional en la STC 185/2016, de 3 de noviembre de 2016); ideada, al parecer, para frenar el referido conflicto político en Cataluña. La autora reflexiona sobre la fuerza ejecutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional; la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa en materia de ejecución; y los supuestos de "ejecución" e "incumplimiento" de las sentencias del aludido tribunal.

El tercer trabajo, a cargo de Pilar Betrián Cerdán, escudriña la declaración de inconstitucionalidad de una ley por omisión de la cláusula de discriminación indirecta por razón de religión. Explora tanto el concepto de discriminación indirecta relacionado con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, como la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de alguna norma defectuosa por omisión, a partir de la doctrina que considera a la Constitución como una genuina norma jurídica, es decir, como una fuente de auténticas obligaciones para todos los poderes del Estado, incluyendo, desde luego, al Legislativo.

Enseguida presentamos un trabajo de Reyes Rodríguez Mondragón y Ana Cárdenas González de Cosío que aborda el concepto de justicia abierta. Para los autores, la justicia abierta es un vehículo para fomentar la legitimidad y la confianza pública de los tribunales constitucionales. El lector podrá adentrarse en este novedoso (y necesario) concepto y los principios que lo constituyen, tales como la transparencia de los procesos jurisdiccionales, la participación y la colaboración de la ciudadanía. Asimismo, los autores sugieren algunas estrategias y prácticas a cargo de los tribunales constitucionales para construir legitimidad, a partir de su relación con la ciudadanía.

En quinto lugar, Lura Clérico y Martín Aldao reflexionan sobre los límites del margen de apreciación desde las categorías de género y pobreza. Se trata de un artículo crítico que pone en entredicho la teoría del margen de apreciación que, de acuerdo con los autores, no ha logrado impactar positivamente en los derechos

de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. La idea central del artículo es analizar a través de algunos casos el margen de apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la finalidad de alertar a los defensores de esta doctrina sobre sus límites y alcances, de cara a su posible implementación en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para cerrar esta primera sección, Karlos Castilla reflexiona sobre cómo el Tribunal Constitucional español ha venido usando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El autor proyecta sus cavilaciones sobre la justicia constitucional latinoamericana –sin pretender hacer comparaciones o asimilaciones entre los contextos europeo y latinoamericano– con una pretensión clara: dar cuenta de cómo el Tribunal Constitucional de España ha sabido desarrollar diversas metodologías y técnicas para incorporar la jurisprudencia europea, pensando en que los tribunales constitucionales de nuestra región pudieran inspirarse en esas prácticas y mejorar, en definitiva, las suyas.

La Constitución en acción, nuestra segunda sección de la Revista, inicia con un texto de Javier Ortiz Flores, quien comenta la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mediante la que se resolvió un recurso de revisión (SUP-REP-55/2015, "Caso López-Dóriga") en el que estaban enfrentados entre sí dos bienes constitucionales: el derecho a honor y la libertad de expresión. El referido Tribunal, en un ejercicio de ponderación, se decantó por el derecho al honor. El autor dirige una aguda crítica a la argumentación de este fallo que fue –para él– una indebida valoración de un promocional de televisión.

El segundo trabajo de esta sección está a cargo de Estefanía Vela, en el que analiza un caso relacionado con el reconocimiento del trabajo sexual (juicio de amparo 112/2013). Brinda una descripción general de los principales argumentos de la sentencia y, aunque la autora esencialmente los comparte, no pierde la oportunidad para, por un lado, ampliarlos y, por otro, problematizar la diferencia entre "trata de personas" y "trabajo sexual", y por qué este último es un trabajo

como cualquier otro. Con gran elocuencia, Vela enfrenta –y derrota– uno a uno los argumentos que históricamente se han dirigido en contra de la idea de que el trabajo sexual es eso: un trabajo. Para ello, se auxilia de las ideas de la filósofa estadounidense Martha Nussbaum. Se trata, en fin, de un artículo sugerente y bien argumentado sobre un caso concreto del derecho al trabajo sexual que, sin embargo y para el bien del lector, se extiende a otros temas circundantes de la enorme problemática jurídica, económica y social en medio de la cual aquél se desenvuelve.

El tercer trabajo de esta segunda sección corre a cargo de Alfredo Delgado Ahumada y Mariana Morante Aguirre, y versa sobre las tensiones entre seguridad nacional y el acceso a la información pública surgidas luego de la implementación de la reforma constitucional de 2014, en materia de transparencia y acceso a la información. Los autores centran su atención en la única excepción al principio de definitividad de las resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI): el recurso de revisión en materia de seguridad nacional, cuya resolución corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El estudio no sólo da cuenta del proceso legislativo, de la estructura jurídica del referido recurso y de las tensiones teóricas entre seguridad nacional y el acceso a la información pública, sino que también incursiona, críticamente, en el entramado argumentativo que la Corte desplegó al resolver cuatro recursos de revisión interpuestos por el Organismo Garante Nacional.

Finalmente, presentamos el artículo elaborado por Javier Yankelevich sobre el llamado "amparo buscador", institución que se perfiló, con visos de mejora (ya que la regulación existía en la ley abrogada), en la Ley de Amparo de 2013, con la finalidad de que el legislador combata de mejor manera el terrible y ominoso problema de la desaparición forzada de personas en México. Se trata de un diagnóstico socio-jurídico a través del seguimiento de varios casos de desaparición forzada de personas tramitados en algunos Juzgados de distrito mexicanos.

El autor arroja sorprendentes resultados de su investigación y logra con ello alertar al lector sobre el estado del arte del amparo juzgador, que no es nada halagüeño: problemas en el diseño institucional, dificultades en el acceso, falta de auténticos precedentes, excesivo formalismo en su aplicación, inconsistencias entre los diferentes modos de resolver los amparos y, en general, una serie de fallas no sólo técnicas, sino incluso de formación y de cultura de derechos humanos. En suma, el estudio muestra datos, cifras, argumentos, narrativas y resultados como pepitas de oro que brillan entre la hojarasca: algunos pocos casos resueltos adecuadamente por valientes y valerosas funcionarias judiciales que han sabido interpretar, "bajo su mejor luz" –como diría Dworkin– las reglas adjetivas y sustantivas de este importantísimo instrumento de protección de derechos, mostrándolo como un auténtico *habeas corpus* mexicano.

Así, llegamos a la última sección *Notas y Reseñas*. La primera nota –de Mariana E. Niembro Martínez– sobre el potencial de la transparencia en la impartición de justicia. El trabajo tiene un tono crítico sobre el actual estado del derecho a la transparencia y sobre el papel de los tribunales de justicia, ya que –desde su punto de vista– el Poder Judicial de la Federación no ha sabido interpretar adecuadamente la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de 4 de mayo de 2015. Para la autora, el camino andado es valioso pero insuficiente, pues considera que, por ejemplo, la transparencia del propio Poder Judicial de la Federación no es plena por el hecho de que publiquen a "destajo" en sus portales los documentos que produce. Para la autora, el potencial que la auténtica transparencia ofrece a la administración de justicia es mayúsculo, porque mejoraría la comunicación entre los titulares de los órganos y la ciudadanía, y permitiría una mayor y mejor participación en la compleja tarea de impartir justicia; sumando a ello las ventajas de la tecnología que auxilien a un mejor acceso a la justicia.

La segunda nota la suscriben Jesús Manuel Orozco P. y Sergio A. Villa Ramos. Se trata de una crítica a la jurisprudencia 2a./J. 48/2016, de la Segunda Sala de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que prescribe la improcedencia del juicio de amparo contra la omisión de alguna autoridad jurisdiccional de acordar promociones o de proseguir en tiempo con el juicio, al tratarse de una violación intraprocesal que no afecta derechos sustantivos. Los autores arguyen, desde los derechos de petición y acceso a la justicia, que los argumentos vertidos en la tesis de jurisprudencia referida no son del todo correctos, desde el punto de vista técnico, ni consistentes con algunos precedentes de la propia Corte.

Cerramos este volumen con la reseña firmada por Ana Elena Fierro del artículo de Richard Albert titulado "Constitutional Amendment and Dismemberment", publicado en *Yale Journal International of Law*. La reseñista, más allá del resumen llano del texto, logra aterrizar las propuestas de Albert en el terreno de la realidad constitucional de nuestro país.

Siempre es grato terminar una nota editorial. Para mí, dirigir esta Revista ha sido un auténtico privilegio, por múltiples razones, de entre las que destaco una: el responsable de la edición es el primer lector del volumen como tal. Así, termino estas líneas con la satisfacción de quien ha terminado de leer un buen libro. Espero que el futuro lector o lectora sea partícipe de esta misma complacencia.

Roberto Lara Chagoyán
*Director del Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Presentación

Ha salido un número más de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con éste, suman ya seis números de esta publicación dedicada a la difusión de trabajos de investigación en torno al fenómeno constitucional. Como jurista, soy consciente de que el fenómeno jurídico no es estático sino dinámico, porque supone la gestión por excelencia del conflicto social que, como todos sabemos, está constantemente en cambio. De este modo, nuestra revista ha procurado recoger las preocupaciones de juristas teóricos y prácticos sobre una serie de conflictos que pueden ser considerados de actualidad.

Este volumen aborda algunos de esos conflictos: la profusa circulación de noticias falsas (*fake news*); los problemas relacionados con la necesidad cada vez más imperiosa de la transparencia y el acceso a la información, entendidos como derechos; la gestión e interpretación (no necesariamente pacífica) del control constitucional y convencional; la novedosa y provocadora idea de justicia abierta;

la doctrina del margen de apreciación y su posible implementación en los países de nuestra región; el control constitucional sobre las omisiones legislativas; los conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor; el reconocimiento del trabajo sexual, como auténtico derecho; así como la desaparición forzada de personas.

Como puede verse, este listado de problemas demanda soluciones inteligentes y creativas que vean a las fuentes del Derecho como puntos de partida, y a la interpretación de esas fuentes, como la clave para imaginar, perfilar, argumentar y elaborar la mejor de las respuestas posibles a los mismos. Esta tarea interpretativa, vista más como un proceso que como un producto ya dado, requiere de distintos enfoques, de diferentes perspectivas y de esfuerzos intelectuales que no por ser novedosos, dejen de ser jurídicos.

Pues bien, en este volumen se conjugan opiniones, algunas veces críticas hacia los tribunales, que ofrecen los autores y las autoras convocadas por el Centro de Estudios Constitucionales, sobre los tópicos antes mencionados. El lector encontrará aproximaciones, propuestas de solución, críticas, deliberaciones y apuestas sobre las posibles soluciones a aquellos conflictos.

Los Ministros y Ministras somos conscientes de la importancia de las opiniones de la academia sobre nuestro trabajo y, en general, sobre el fenómeno jurídico. Muchas veces alientan e inspiran nuestras reflexiones y, algunas otras, nos permiten refrendar nuestros propios conceptos porque, precisamente, el contraste con los suyos funciona como motor de reafirmación. Por otro lado, algunos de los integrantes de la Corte son también académicos y, por lo tanto, conocemos y entendemos las funciones del pensamiento crítico. La academia, pues, juega ese doble papel inspirador y de contraste, y ambos son bienvenidos en esta Suprema Corte.

El consumidor de estos trabajos de investigación será quien recoja los frutos de los esfuerzos de los autores y de los editores, lo cual produce –como no podría ser de otro modo– una enorme satisfacción, porque consideramos que la *Revista* puede ser un fragmento más de ese tejido reticular que es la creación y la difusión del conocimiento de lo jurídico.

Agradezco a los autores y autoras que contribuyeron a la conformación de este número. Es su prestigio y la calidad de su trabajo lo que continúa haciendo crecer la importancia y la seriedad de este medio de difusión.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Doctrina
Constitucional

¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL A LA POSVERDAD? *IS THERE A CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE POST-TRUTH?* Pau Luque*

Resumen

Este artículo aborda, desde la argumentación valorativa, el conflicto dado a partir de dos de las posibles interpretaciones del principio constitucional de la libertad de expresión, en el contexto de las democracias liberales y en un mundo hipercomunicado. El autor cuestiona si existe o no un derecho constitucional a la posverdad que pudiera ser demandado ante los tribunales constitucionales. A partir de ejemplos fácticos ilustra que: el problema de sostener un discurso de posverdad –es decir, la expulsión de la verdad de la conversación política– radica en que se elimina el pluralismo político. El texto concluye que si bien el derecho no ampara el discurso de posverdad, tampoco debería prohibirlo.

Palabras clave: Libertad de expresión, posverdad, derecho constitucional, argumentación, interpretación constitucional.

* Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM).

Abstract

This paper takes on the conflict between two possible interpretations of the constitutional principle of freedom of expression for liberal democracies and also for an over-communicated world, from a critical point of view. The author questions if there is a constitutional right to post-truth to be demanded before Constitutional Courts. From several actual cases, the article states that the main problem with post-truth discourses, that is, the discourses that do not care about the truth in political dialogue, lays on political pluralism suppression. This paper concludes that even though the Constitution does not protect the post-truth discourse, it should not be prohibited either.

Keywords: Freedom of expression, Post-truth, Constitutional Law, Argumentation, Constitutional interpretation.

I

Uno de los conflictos constitucionales más decisivos en nuestros días no es en realidad un conflicto entre distintos valores o principios constitucionales, sino entre diferentes interpretaciones de un mismo principio o valor constitucional, a saber, el de la libertad de expresión.

Digo que es uno de los más decisivos porque en nuestro mundo hipercomunicado parece que el contenido de lo que se expresa tiene cada vez más alcance e influencia en la conformación del juicio político y las acciones derivadas de él.

¿Pero en qué consisten estas dos interpretaciones de la libertad de expresión? No me refiero a las cuestiones que normalmente figuran en las discusiones académicas y públicas sobre la libertad de expresión sobre lenguaje sexista, derecho a la intimidad, etc. Me refiero a las dos siguientes interpretaciones: en la primera de ellas, la libertad de expresión permite que los medios de comunicación publiquen y difundan descripciones alternativas –por decirlo de algún modo– de la realidad en virtud de la naturaleza pluralista de las

democracias liberales; en la segunda, la libertad de expresión no ampara la publicación y difusión de esas descripciones alternativas del mundo.

Expresado así, resulta casi obvio que hay un conflicto. Pero para que quede más claro, intentaré reconstruir cada una de estas dos interpretaciones bajo su mejor luz.

II

Vayamos con la primera interpretación de la libertad de expresión. Para ello, es necesario ponernos un poco en contexto de descubrimiento. Y ese contexto es el de la llamada 'posverdad'. La idea de posverdad, que tan de moda se puso hace un tiempo, está relacionada con la expulsión de la verdad de la conversación política; se trata de ignorar cómo es el mundo de hecho a favor de aquellas descripciones del mismo que nos dicen lo que queremos oír.

Demos un par de ejemplos. En la toma de posesión de Trump había menos personas en el público en Washington que en la de Obama; así lo mostraban claramente las imágenes aéreas en vivo. Sean Spicer, por aquel entonces portavoz de Trump, dio una explicación acerca de por qué esa percepción era errónea (es una explicación tan inverosímil que se la voy a ahorrar al lector). Más tarde, una consejera de Trump, llamada Kellyanne Conway, al ser cuestionada por un periodista por esa extraña explicación, dijo que no hacía falta dramatizar, que el portavoz de Trump simplemente había presentado unos hechos alternativos. Otro ejemplo: durante años se sostuvo que Barack Obama no había nacido en territorio estadounidense, lo que significaba, de ser cierto, que estaba inhabilitado para ocupar la Presidencia de Estados Unidos. En 2009, y de nuevo en 2011, Obama publicó su certificado de nacimiento y el director de la oficina de salud de Hawái –donde de hecho Obama había nacido– confirmó que tenía ese certificado en los archivos. Tras todo ello, 33% de los ciudadanos estadounidenses

admitía dudas acerca del lugar de nacimiento de Obama; tras una campaña por desacreditar ese certificado, esa cifra subió hasta 41%.

Lo que ambos casos muestran es que hay un número significativo de personas en Estados Unidos –aunque no hay razón para pensar que el mismo fenómeno no se extiende a otros países– que piensa que se puede elegir libremente aquella descripción del mundo que sea más afín a nuestras visiones políticas. Qué es verdad, es una cuestión de preferencias políticas, de ahí que se pueda hablar de hechos alternativos; cualquier descripción de la realidad es en principio legítima.

Antes de abordar de qué modo se arma la interpretación de la libertad de expresión que ampararía a la posverdad, es necesario hacer tres observaciones.

En primer lugar, y aunque creo que está implícito en todo lo dicho hasta ahora, lo voy a explicitar para evitar cualquier posible confusión: la 'posverdad' se refiere a cuestiones fácticas, no a cuestiones valorativas o puramente políticas o morales. Los ejemplos que mencioné más arriba son cuestiones fácticas. Ambas interpretaciones de la libertad de expresión presuponen o afirman la pluralidad de juicios morales políticos, valorativos o morales. En lo que difieren es respecto de las cuestiones fácticas: para esta primera interpretación de la libertad de expresión, no hay una única realidad, hay tantas como sentimientos o afinidades políticas pueda tener una persona. Por lo tanto, la idea de posverdad no se aplica en principio a cuestiones en las que o bien no hay cuestiones fácticas involucradas o bien hay acuerdo acerca de las mismas. El problema, como se verá más tarde, es que en realidad, para esta interpretación de la libertad de expresión, las cuestiones fácticas se dirimen como las cuestiones políticas, es decir, eligiendo qué creer. Con lo cual, la distinción entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas se difumina.

En segundo lugar, el fenómeno de la posverdad no es en realidad exactamente nuevo (piénsese, por ejemplo, en que un número significativo de ingleses pensaba hace ya algunas décadas que Winston Churchill era un personaje ficticio y Sherlock Holmes uno verdadero; o cuando mucha gente en España quiso creer que realmente la Ministra de Cultura de finales de la década de los noventa, Esperanza Aguirre, afirmó que estaba muy contenta porque le habían dado el Premio Nobel de Literatura a una mujer: Sara Mago). Lo singular de nuestra época es la velocidad a la que circulan y la facilidad con la que se propagan esas creencias. En este sentido, las redes sociales viralizan las descripciones alternativas de la realidad porque el algoritmo que las gobierna muestra a cada usuario no lo que es verdad, sino aquello con lo que siente afinidad: en función del rastro digital que dejan los intereses del usuario, las redes sociales saben qué va a hacer *sentirle mejor*. Los usuarios están bombardeados por noticias con arreglo a sus preferencias, no con arreglo a informaciones contrastadas. El algoritmo de las redes sociales no criba lo que es verdadero de lo que no lo es; criba aquello que deseas ver (porque confirma tus prejuicios) de aquello que no quieres ver (porque desacredita tus prejuicios). Como consecuencia, es más fácil creer a ciencia cierta la descripción alternativa de la realidad si la información que la afirma es aquella que más intensamente veremos en la red si es que uno manifiesta esa preferencia *ex ante*.

En tercer lugar, ¿es la posverdad simplemente otra manera distinta de llamar a la mentira? No: la idea de mentira lleva aparejada una connotación negativa que, de hecho, nos da una razón para no aceptar la afirmación mentirosa de turno. La idea de posverdad es más sofisticada (aunque, como sostendré más adelante, igualmente tramposa): viene a sugerir que en la cultura política no tiene por qué figurar la verdad, porque la verdad es una suerte de concepto absolutista, elitista; en este sentido, elegir la verdad es una opción política elitista, por lo que existen otras alternativas políticas al elitismo que implican otras descripciones del mundo.

Hechas estas aclaraciones, ahora sí se puede abordar cómo sería la interpretación del principio constitucional de la libertad de expresión que ampara las descripciones alternativas del mundo y que, de ser plausible, establecería un derecho constitucional a la posverdad. El principio de la libertad de expresión debe ser interpretado mediante la técnica sistemática, es decir, debe interpretarse con arreglo al sistema constitucional de derechos en su conjunto. Y uno de los principios fundacionales de las democracias constitucionales liberales es el pluralismo político. De este modo, el principio de la libertad de expresión debe ser interpretado a la luz del principio del pluralismo político, que, dicho de manera bastante vaga, admite una pluralidad de opiniones políticas. Las democracias constitucionales liberales, como dijo el Tribunal Constitucional español hace unos años, no son militantes: no exigen la adhesión a ningún credo político.

En la medida en que existen diversas descripciones posibles de la realidad y que elegir cuál de ellas queremos creer es una cuestión política, la libertad de expresión ampara el discurso de la posverdad. Es justamente en nombre y en virtud del pluralismo político que cada uno puede optar por aquella descripción de la realidad que considere oportuna; el principio del pluralismo político es el que hace buena parte del trabajo normativo en esta interpretación de la libertad de expresión.

Quizás una buena manera de sintetizar el argumento valorativo subyacente a esta interpretación de la libertad de expresión es mediante una frase muy popular a día de hoy: "X es un país democrático y plural: tengo derecho a creer lo que quiera".

III

La otra interpretación de la libertad de expresión sostiene que el discurso de la posverdad, las descripciones de hechos alternativos, no está amparado por la libertad de expresión.

Esta interpretación requiere distinguir entre las cuestiones fácticas y las cuestiones políticas y, a diferencia de la interpretación anterior, niega que las primeras puedan ser reducidas a las segundas. La verdad –entendida como la descripción verdadera sobre cómo es una determinada porción del mundo– no depende de nuestras preferencias políticas, sino de los datos que nos aporte la investigación empírica de turno.

Esta interpretación de la libertad de expresión también está relacionada con el pluralismo político, pero de una forma diversa a como lo estaba la interpretación anterior. Para esta interpretación, la verdad fáctica es una precondition para el pluralismo político y no algo que se puede poner en tela de juicio justamente en virtud del pluralismo político. La discusión acerca de la verdad fáctica no es aquello en lo que consiste la conversación política –como pretende, al menos en parte, la interpretación de la que di cuenta en la sección anterior–, sino aquello que necesitamos para discrepar políticamente.

Si admitimos el discurso de la posverdad no es posible tener discrepancias políticas, es decir, no es posible, en sentido estricto, el pluralismo político, porque no se da esa pre-condición –el acuerdo acerca de cómo es el mundo– a partir del cual podemos empezar a tener desacuerdos políticos. Dicho de otra manera, necesitamos estar de acuerdo para poder estar en desacuerdo; necesitamos converger acerca de los hechos para poder discrepar acerca de cómo deseamos que sea políticamente el mundo.

Sin un marco común, constituido por una descripción verdadera acerca de los hechos, la conversación política simplemente no tiene sentido porque nos estaremos refiriendo a hechos, por decirlo de algún modo, distintos.

Pongamos un ejemplo. Tras los incidentes en Charlottesville en agosto de 2017, en que una marcha de nacionalistas blancos se encontró con una marcha anti-racista, y en que los nacionalistas blancos se comportaron de manera violenta

(llegando incluso a atropellar mortalmente a una persona), por las redes circulaba la fotografía de una persona agrediendo a un policía. Esa persona tenía un parche que decía "antifa" en el abrigo. Esa fotografía, que circuló rápidamente por las redes, fue usada para instar a los demócratas a que rechazaran la violencia en los dos lados y para emitir un juicio de asimetría política: los demócratas deberían ser igualmente sensibles cuando de violencia se trata, independientemente de quién sea el autor de la violencia; es decir, los demócratas son unos hipócritas.

Más tarde se supo que en realidad era una fotografía de 2009 y que el parche de "antifa" había sido colocado digitalmente en el abrigo de la persona que agredía al policía.

¿Tiene sentido discutir el juicio político –o valorativo– según el cual "los demócratas son hipócritas" si unos creen que los hechos fueron *X* y los otros *Y*? Sin el marco fáctico común, la conversación política se vuelve más bien delirante y el pluralismo político se torna en algo inalcanzable, pues no habrá discrepancia política o valorativa alguna acerca de los *mismos* hechos.

Mientras que la primera interpretación de la libertad de expresión ve la disputa acerca de la verdad fáctica como una disputa política, la segunda lo ve como una suerte de presupuesto pre-político, un elemento sin el cual no puede darse con sentido la conversación política y en que el pluralismo político es una entelequia porque la pluralidad de opiniones se da no respecto de la cuestión política, sino respecto de la cuestión fáctica.

Con esta interpretación de la libertad de expresión, no existe derecho constitucional a la posverdad. O, para decirlo como Silva-Herzog Márquez, "cada uno

tiene derecho a su opinión, no a sus datos"; "las opiniones serán legítimas siempre y cuando respeten la verdad factual".¹

IV

Espero que resulte clara la contraposición entre estas dos interpretaciones de la libertad de expresión y que están relacionadas con el pluralismo político de forma diferente. Ahora querría indagar en la que me parece que es la cuestión que hace que exista esta disputa: la noción de verdad.

Mientras que para la primera interpretación la verdad fáctica tiene naturaleza subjetiva o política, para la segunda interpretación la verdad fáctica parece ser una cuestión que puede dirimirse con arreglo a ciertos criterios de objetividad. No pretendo adentrarme en cuestiones filosóficas profundas acerca del estatus (o la posibilidad) del conocimiento empírico o acerca de la teoría de la verdad más plausible. Me parece que no hace falta lidiar con las cuestiones filosóficas más complejas para ver cuál de las dos maneras de entender la verdad es, en el nivel de discusión que nos interesa aquí, más aceptable.

La primera interpretación ve las cuestiones fácticas, como ya dije varias veces, como un campo abierto para opinar sobre ellas del mismo modo que se opina sobre si el aborto debería estar permitido, sobre si debería haber un Estado del bienestar robusto o sobre si las parejas gay pueden adoptar o no. Y del mismo modo que en un Estado constitucional liberal están admitidas diferentes visiones sobre estas últimas cuestiones, también deberían estarlo respecto de las cuestiones fácticas. Estamos dispuestos –así proseguiría el argumento– a decir que aquellos que no admiten una pluralidad de respuestas a las cuestiones sobre el aborto, el Estado del bienestar o la adopción de niños son elitistas o absolutistas;

¹ Jesús Silva-Herzog Márquez, "El caldo y la cazuela. Apuntes sobre la posverdad", *Revista de la Universidad de México*, Octubre 2017, p. 132.

lo mismo valdría para aquellos que afirman que existe una única respuesta verdadera para cada una de las preguntas fácticas.

La segunda interpretación afirma que existe una verdad para cada una de las cuestiones fácticas y que no depende de nuestras opiniones, preferencias políticas o prejuicios; depende de las pruebas que se tengan para sostener una determinada afirmación. Es en este sentido que la noción de verdad que se maneja es objetiva; qué descripciones son verdaderas depende de la evidencia que se tenga.

Es cierto que existe una posición escéptica en epistemología que se parece un poco a la noción de verdad reivindicada –o más bien impugnada– por la primera interpretación de la libertad de expresión. Pero me temo que ese parecido es sólo superficial. Tengo la impresión de que el escepticismo en epistemología nunca negaría que había más personas en la toma de posesión de Obama que en la de Trump; tampoco negaría que tenemos más razones para pensar que Obama nació en territorio estadounidense; y desde luego no negaría que una foto tomada en 2009 no puede representar una imagen de un evento que tuvo lugar en 2017. El escepticismo en epistemología pone en tela de juicio la objetividad en un sentido distinto en el que no creo que valga la pena entrar aquí. Por ello, aunque los partidarios de la primera interpretación de la libertad de expresión pretendieran apoyarse en algunas ideas escépticas en epistemología, me parece que no les funcionaría.

Así, no hace falta comprometerse con ninguna idea de objetividad demasiado robusta para que nos aparezca más aceptable la noción de verdad que asume la segunda interpretación de la libertad de expresión. Basta hacer un juicio de verdad o de falsedad respecto de una afirmación en función de la evidencia que se tenga para sostener aquélla.

Por supuesto, parte del problema descansa justamente en que al discurso de la posverdad no sólo no parece interesarle cuál sea la verdad, sino, también, la evidencia respecto de lo que se está discutiendo. Así, algunos sostienen que seguramente los antirracistas también fueron violentos en Charlottesville aunque las pruebas demuestren lo contrario; del mismo modo, algunos ignorarán la evidencia a favor de que Obama nació en Hawái y seguirán sosteniendo que en realidad nació en Kenia. Pero el hecho de que algunas personas ignoren patológicamente la evidencia empírica en relación con cuestiones fácticas no nos da ninguna razón –más bien al contrario– para abrazar la noción de verdad como cuestión política.

V

Así las cosas, lo que se ha dicho hasta aquí parece empujarnos a abrazar la segunda interpretación de la libertad de expresión. Si queremos que el pluralismo político sea una realidad, si queremos hacer posible la conversación política, entonces debemos proteger ese elemento pre-político que es el marco fáctico común, es decir, la verdad fáctica. El pluralismo político empieza cuando nos hemos puesto de acuerdo acerca de los hechos. No existe un derecho constitucional a la posverdad porque otorgarlo significaría contribuir a derrotar la propia democracia pluralista: esta última no podría amparar la conversación política y no permitiría el pluralismo político. Sería, alguien podría decir, como la versión constitucionalista del *homo homini lupus*: el sistema democrático pluralista devorado por el sistema democrático pluralista.

Sin embargo, ¿qué se puede hacer desde el punto de vista del derecho y singularmente del derecho constitucional? ¿De qué modo puede implementarse la interpretación que excluye que haya un derecho constitucional a la posverdad? Cabe hacerse dos preguntas más al respecto.

En primer lugar, ¿es de hecho posible implementar esa interpretación? Y, en segundo lugar, ¿cómo es deseable hacerlo?

Darse a la tarea de cribar *a priori* todas aquellas afirmaciones fácticas para las que no se tiene evidencia que se pretenden publicar en la red, o en los medios de comunicación convencionales, es impracticable. Ni el derecho ni los Estados ni las empresas privadas ni probablemente una combinación de todas estas instituciones podría controlar la veracidad de la cantidad descomunal de todas y cada una de las afirmaciones a las que muchas personas tienen acceso en un país más o menos desarrollado. Tampoco parece posible, dados los recursos de que constan los poderes judiciales, sancionar *a posteriori* a los autores de todas las noticias fácticas infundadas.

Pero imaginémonos que llegara el día en que los poderes judiciales sí tuvieran los recursos suficientes para llevar a cabo la implementación, *a posteriori*, de esa interpretación más restringida de la libertad de expresión. ¿Sería deseable que lo hicieran?

En realidad uno podría pensar que el problema más grande del discurso de la posverdad no tiene tanto que ver con el hecho de que se afirmen cosas sin tener evidencia, algo que no sólo ha ocurrido siempre, y que también desde siempre ha sido alentado por los políticos, sino el alcance que tienen esas afirmaciones en la época de las redes sociales gobernadas por un algoritmo que no criba las noticias verdaderas de las falsas. El problema, por lo tanto, no parece ser tanto que haya personas afirmando y publicando cosas falsas, sino la cantidad de gente cuya manera de informarse la conduce de modo casi exclusivo a esas noticias. La estabilidad del sistema democrático pluralista no parece verse muy afectada cuando el alcance de las noticias infundadas es menor. Así, las democracias constitucionales pluralistas parecen estar en condiciones de soportar un grado relativamente bajo de posverdad. Pero, intuitivamente, uno diría que llega un punto en que si la posverdad es ampliamente difundida entonces esa

precondición para la democracia pluralista que es el marco fáctico común simplemente desaparece. Alguien podría pensar que esto no es tan grave, pues al fin y al cabo habría algún marco fáctico común y con eso ya sería suficiente para poder hablar de esa precondición para el pluralismo político. Pero más allá de lo inquietante que resultaría que todos estuviéramos de acuerdo en esa fantasía, no hay ninguna razón para pensar que ese marco sería *común*: lo que hace común a un marco fáctico es que haya una evidencia que unifica las descripciones del mundo, pero en ese mundo de fantasía no habría evidencia, o ésta sería irrelevante, por lo que sería casi imposible unificar opiniones acerca de qué cuenta como marco fáctico. Sin marco fáctico común, debido a que el discurso de la posverdad se ha hecho dominante, la estabilidad del sistema democrático pluralista quedaría en entredicho.

Al respecto, quizás vale la pena hacer un apunte sobre la actualidad política. Son ya varias las voces que afirman las injerencias por parte de *hackers* rusos en las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos, en la campaña del Brexit o en el conflicto institucional catalán. Esas injerencias habrían consistido en difundir en las redes sociales diversas noticias falsas que, hipotéticamente, habrían influido decisivamente en el desarrollo de los acontecimientos políticos. Supongamos por hipótesis que tal es el caso. No hay duda de que, bajo tal hipótesis, y viendo de qué modo ha hecho temblar el discurso de la posverdad a algunos contextos políticos que se presumían estables, la expansión de ese discurso podría tener efectos demoledores sobre las democracias constitucionales pluralistas.

Por ello, es necesario explorar de qué manera se puede intentar evitar que ese discurso se convierta en dominante. Ya he dicho más arriba que los recursos no permiten llegar a todos los casos (ni siquiera, creo, a todos los casos relevantes). Una posible solución sería, simplemente, intentar prohibir o sancionar a los autores de difundir noticias falsas hasta donde se pueda llegar.

Pero me parece que aunque lo anterior fuera una posibilidad, hay razones normativas para no hacerlo.

Por un lado, una concepción sancionadora o prohibitiva de la libertad de expresión es, por lo menos para aquellos que consideran que las libertades negativas son la base de los derechos civiles y políticos en una democracia liberal (lo que en ningún modo significa excluir los derechos positivos o sociales), fuente de incomodidad. ¿Se imaginan a un Juez diciendo que la cadena FOX no puede retransmitir porque, subrepticamente o no, afirma que Obama no nació en Estados Unidos? ¿O que puede retransmitir pero sólo una vez el Juez haya autorizado las emisiones? Es una de esas ocasiones en que quizás el remedio es peor que la enfermedad.

Por otro lado, las concepciones restrictivas de la libertad de expresión, singularmente en referencia con las cuestiones fácticas, pueden, paradójicamente, ser un obstáculo para alcanzar verdades acerca del mundo. Este es uno de los argumentos de Timothy Garton Ash para una defensa a ultranza, casi libertaria, de la libertad de expresión.

Al respecto, quiero hacer dos observaciones. Mucho del discurso de la posverdad no se refiere a grandes cuestiones científicas, sino, más bien, a cuestiones fácticas (epistémicamente) triviales, como los ejemplos que he venido usando hasta ahora. Por lo demás, la búsqueda de la verdad científica siempre va acompañada, más tarde o más temprano, de evidencia, por lo que en realidad no habría nada de incompatible con la interpretación restringida de la libertad de expresión.

Así que en realidad la objeción normativa más importante es la que se basa en que no siempre parece una buena idea, por sus propias consecuencias y por una consideración intrínseca, implementar una concepción sancionatoria y prohibitiva de la libertad de expresión.

Si a lo anterior se le suma la falta de recursos de los poderes judiciales parece que nos quedamos en una posición muy precaria a la hora de intentar proteger ese elemento pre-político y necesario para la conversación política.

En lo que sigue exploraré, nada más que eso, una solución no sancionadora y no prohibitiva y a la vez más realista en relación con los recursos de los que se dispone.

Los poderes públicos, y singularmente el poder judicial, deberían instar a los responsables de las redes sociales para que éstas alteren el algoritmo de manera tal que no todas las noticias se difundan de manera igual; aquellos medios o usuarios que normalmente cumplan con determinados estándares de veracidad deberían verse favorecidos en el algoritmo y la difusión de sus piezas debería ser más amplia. ¿Y cuándo voy a decir nada demasiado nuevo?: ¿Y cuándo todas las noticias se difundan de manera igual; aquellos medios o usuarios que cuáles son esos estándares? Aquí no voy a decir nada demasiado nuevo: cumplir con estándares de veracidad es aportar evidencia para sostener el contenido de la noticia. Esto, que a muchos nos parecería obvio, es precisamente parte de lo que disputa el discurso de la posverdad.

Los grandes gigantes de las redes sociales no pueden, obviamente, controlar todo lo que se publica. Pero sí pueden hacer una criba generalizada acerca de aquellos medios o cuentas que normalmente publican noticias apoyándose en pruebas y aquellos que o bien las publican sin evidencia alguna o bien se niegan a retirarlas cuando hay evidencia en contra.

No sé exactamente qué incentivos –desprovistos de amenaza de sanción– se les puede ofrecer a estas grandes corporaciones para que modifiquen los algoritmos de manera tal que el discurso de la posverdad vaya perdiendo fuerza. Me parece que en última instancia es una cuestión de diseño institucional sobre la que no tengo nada que decir porque traspasa mi área de competencia.

Pero lo que sí intuyo es que nadie está en una mejor posición que esas grandes corporaciones para evitar que las noticias falsas se propaguen al ritmo y con el alcance creciente con el que actualmente lo hacen. El camino para contrarrestar el discurso de la posverdad y evitar que se convierta en un monstruo imparable pasa no por perseguir ni sancionar, sino por una estrategia indirecta y más sutil: persuadir a esas grandes corporaciones de la necesidad de cribar las noticias. En sus manos está que estemos más cerca de obtener ese marco fáctico común para, así, generar las condiciones adecuadas para hacer florecer la conversación política.²

VI

El lector puede llegar al final de este artículo algo confundido. He sostenido que el derecho constitucional no ampara el discurso de la posverdad. Pero al mismo tiempo he dicho que el discurso de la posverdad no debería ser prohibido (y no sólo por razones de escasez de recursos). ¿Es posible sostener ambas cosas a la vez? Me parece que sí. Que la estrategia para combatir el discurso de la posverdad no deba ser sancionadora o prohibitiva no quiere decir que entonces sí esté amparado; en general, los instrumentos del derecho pueden –y de hecho, como dice Frederick Schauer en *The Force of Law* (2015), lo hacen– combinar el palo y la zanahoria para tratar de eliminar un determinado fenómeno. En este contexto, me parece que conviene ceñirse a la zanahoria.

² De hecho, parece que esas grandes compañías empiezan a adoptar esta vía, véase "Google penalizará a 'Russia Today' y 'Sputnik' para frenar las noticias falsas", *El País*, 21 de noviembre de 2017, p. 7.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.
A PROPÓSITO DE LA LEY ORGÁNICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 15/2015
*THE ENFORCEMENT JUDGMENTS OF THE SPANISH
CONSTITUTIONAL COURT. WITH REGARD TO THE ORGANIC LAW
OF THE CONSTITUTIONAL COURT 15/2015*

Sofía Reca Milanta*

Resumen

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español operada por la Ley Orgánica (LO) 15/2015 dota de instrumentos de ejecución al Tribunal Constitucional para "garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones". Se analizan aquí el alcance y efectividad de los nuevos instrumentos de ejecución de sentencias que se atribuyen al Tribunal Constitucional, en el marco del delicado contexto político-institucional acaecido a raíz del conflicto independentista en Cataluña.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, reforma de la LOTC, Cataluña, ejecución de sentencias, incumplimiento.

* Magíster en Derecho Constitucional Universidad Internacional Menéndez Pelayo (España); Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral (Argentina); Becaria del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional Español, período 2012-2013. Contacto: sofireca@hotmail.com

Abstract

The reform of the Organic Law of the Spanish Constitutional Court operated by LO 15/2015 provides the Constitutional Court with enforcement instruments to "guarantee the effective compliance of its judgments". We analyze here the scope and the effectiveness of these measures in the political and institutional framework occurred with the independence conflict in Catalonia's.

Keywords: Constitutional Court, reform of the Organic Law of the Constitutional Court, Catalonia, enforcement judgments, non-compliance.

1. Introducción

Prendemos, a lo largo del presente trabajo, dar cuenta de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 15/2015 (LOCT), del 16 de octubre. Esta iniciativa modificó los artículos 80, 87, 92 y 95, del Título VII de la LOTC y su finalidad fue –tal como reza su exposición de motivos– dotar de instrumentos de ejecución al Tribunal Constitucional español (TC) para "garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones".

Nuestro cometido en este trabajo es ponderar el alcance y la efectividad de los nuevos instrumentos de ejecución de sentencias que se atribuyen al Tribunal Constitucional, en el marco del delicado y notorio contexto político-institucional que impulsó a la reforma.

Más allá de la responsabilidad que implica abordar un tema tan complejo que ofrece innumerables matices interpretativos, pues se inscribe en un marco político-institucional muy delicado, entendemos que la importancia del análisis de esta reforma radica en su actualidad y los nuevos desafíos que representa para la jurisdicción constitucional en el sistema español.

2. El estatus del Tribunal Constitucional en el sistema español

El Título IX arts. 159 a 165 de la Constitución española consagra al Tribunal Constitucional (TC) como componente cardinal del sistema constitucional en su función de intérprete supremo del Texto Fundamental (art. 161.1. CE) y como garante de las libertades y derechos fundamentales en él reconocidos (art. 123 CE). No se encuentra vinculado ni subordinado a ningún otro poder del Estado, reconociéndole unas competencias específicas y excluyentes –recurso y cuestión de inconstitucionalidad, amparo, conflictos de competencias e impugnaciones de actos sin fuerza de ley previsto en el Título V LOTC–, para asegurar su independencia como órgano supremo en su orden, sometido únicamente a la Constitución y a la Ley Orgánica reguladora de la institución (art.1.1 LOTC 2/1979), de acuerdo con el mandato del artículo 165 CE.

Si bien el TC está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica (LO), es dueño de la interpretación de ambas. En este sentido, el Tribunal ha sido categórico al afirmar que impedir el control de su propia Ley Orgánica "supondría rechazar la vigencia del principio de supremacía constitucional en la fase creativa del Derecho, es decir, frente al legislador y, con ello, que la legitimidad de éste deriva exclusivamente de la Constitución", pues "la estrecha relación que existe entre la Norma Suprema y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...) refuerza la necesidad de controlar que el legislador respete el modelo constitucional de nuestra jurisdicción" (SSTC 49/2008, FJ 3; 185/2016, FJ 3b).

Por su parte, el art. 164.1 CE regula los efectos de las sentencias del TC con carácter general al otorgarles valor de "cosa juzgada" y "efectos frente a todos". La LOTC desarrolla lo anterior y añade "todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelve" (art. 87). Sin duda, la intensidad de los efectos que tanto la CE como la LOTC otorgan a las sentencias constitu-

cionales, trae causa en la posición y la función que ejerce el TC como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC).

En esta línea, el profesor García de Enterría ha mantenido que el TC como defensor de la Constitución

Es su verdadera corporización, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo (...) un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos; es así el verdadero (...) defensor de la Constitución y, por tanto, su intérprete supremo.¹

Si bien la configuración del TC como *comisario del poder constituyente*² –en su condición de único órgano competente para la definición auténtica de las categorías y principios constitucionales– no es unánime en la doctrina,³ ha sido la posición adoptada por el propio Tribunal a lo largo de sus sentencias (*vgr.* STC 76/1983; 247/2007; 31/2010).

En cuanto a la naturaleza de la función que ejerce, el problema de su posición como órgano ubicado al margen de los poderes clásicos –al no integrar la estructura del Poder Judicial ni de las Cortes Generales–, responde a la moderna organización constitucional que no se articula ya desde la vieja concepción tri-

¹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 210.

² Villaverde Menéndez afirma que "cada sentencia del TC es un acto de creación de normas constitucionales. En ese acto el TC es *poder constituyente constituido*" (Ignacio Villaverde Menéndez, "El Tribunal Constitucional como Tribunal de conflictos. Cuando el Tribunal Constitucional es poder constituyente", en Pablo Pérez Tremps (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 946.

³ Véase Javier García Roca, "La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España", en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31-32; Göran Rollnert Liern, "La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto 2014, pp. 125-155.

partita de poderes y funciones. Habitualmente se aborda esta cuestión refiriéndose a su doble condición de "tribunal" y "órgano constitucional" al recibir *"ipso iure"* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición".⁴

Sin duda, el TC es un auténtico tribunal pues administra justicia de forma vinculante (art. 164 CE) a través de Jueces imparciales dotados de independencia (art. 159.2 y 5 CE), sobre la base de normas constitucionales y llevando a cabo sus funciones a través de procedimientos jurisdiccionales.⁵ Es por ello, que la LOTC prima sus aspectos típicamente "jurisdiccionales",⁶ realzando su autonomía organizadora y su independencia personal y material.

En definitiva, el TC es un órgano constitucional con autonomía funcional, cuya supremacía jurisdiccional en las competencias excluyentes conferidas en el texto constitucional (art. 161 CE) radica, principalmente, en garantizar la primacía de la Constitución y los derechos y libertades en ésta reconocidos.

3. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español 15/2015

La reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español 15/2015 ha puesto de manifiesto, una vez más, la necesidad de afianzar la función que ejerce la jurisdicción constitucional. Pero, a diferencia del escenario planteado con la reforma del año 2007 (LOTC 6/2007 de 24 de mayo) que se centró –entre otras cuestiones– en consolidar la supremacía jurisdiccional del TC respecto de los

⁴ Manuel García Pelayo, "El 'status' del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, España, enero-abril 1981, pp. 13-14.

⁵ Patricia Rodríguez Patrón, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 42.

⁶ Manuel García Pelayo, *op. cit.*, pp. 30-34.

Jueces ordinarios;⁷ en esta oportunidad el legislador orgánico pretende asegurar el "efectivo cumplimiento de las sentencias del Tribunal" pero no ya respecto de los Jueces, sino de todos los poderes públicos.

La LOTC 15/2015 se orienta a un fin específico que es regular mecanismos concretos de "ejecución" y "cumplimiento" a disposición del TC para hacer cumplir sus resoluciones, cuando ello no se hace voluntariamente. La razón, como se verá seguidamente, es encontrar una solución a un problema muy concreto: el conflicto independentista en Cataluña y que, claro está, podría extenderse al resto de las Comunidades Autónomas.

Sin duda, el episodio desencadenante del conflicto político-institucional en España fue la celebración del referéndum catalán del 9 de noviembre de 2014 y que concluyó con las elecciones autonómicas catalanas y la declaración independentista, aprobada por el *Parlament* el 9 de noviembre de 2015. Si bien estos episodios intentaron ser paralizados por el Gobierno de Rajoy, a través de la judicialización de estos conflictos; la intervención del TC (mediante las SSTC 42/2014, 138/2015, 31/2015, 32/2015, 259/2015 y 141/2016) no fue un obstáculo en la toma de decisiones de las autoridades catalanas.

⁷ La LOTC 6/2007 añade diversos apartados al artículo 4 LOTC que establecen, por un lado, que será el propio Tribunal quien "delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla" (art. 4.1.); sus resoluciones "agotan la vía jurisdiccional interna" sin que "ninguna otra jurisdicción del Estado puede enjuiciarlas a ningún efecto" (art. 4.2.) y que "el Tribunal anulará de oficio los actos que contravengan lo dispuesto en los dos apartados anteriores, previa audiencia del Fiscal General del Estado y del órgano autor del acto o resolución". En concordancia con estas previsiones, el artículo 10.1. h) atribuye al Pleno el conocimiento de las "anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal". Asimismo, se añade un segundo párrafo al art. 92 con la siguiente redacción: "Podrá el Tribunal también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas". Los preceptos aludidos se complementan con la modificación que, igualmente, se efectúa del artículo 40.2 LOTC, de tal manera que la vinculación judicial a la doctrina del TC no se limita, como en la redacción anterior, a la derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino a la derivada de las sentencias y autos que resuelvan (todos) "los procesos constitucionales".

Es así que tanto la Exposición de Motivos de la LOTC 15/2015 –que expresamente alude a "la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones"– como las declaraciones que han precedido a su proposición por el Partido Popular –que resaltan "la incapacidad del TC para paralizar el *pseudo*-referéndum catalán del 9-N, que finalmente se llevó a cabo, a pesar de que aquél había suspendido todas las actuaciones encaminadas a la celebración de dicha consulta"–⁸ dejan en evidencia cuál fue el único y concreto móvil que impulsó esta reforma.

En definitiva, los hechos brevemente reseñados dan cuenta de que la LOTC 15/2015 es una reforma *ad causum* cuyo único objetivo es intentar frenar al conflicto político e institucional en Cataluña. Esto determinó, como se verá a continuación, varias imprecisiones en su redacción, a la vez que plantea diversos interrogantes respecto a los mecanismos de ejecución y cumplimiento que confiere al TC. Cabe adelantar que el TC recientemente declaró la constitucionalidad de la reforma en la STC 185/2016, de 3 de noviembre de 2016, cuestión que se analizará en detalle más adelante.

4. El alcance de la reforma

Estructuraremos el análisis de la reforma en tres bloques cardinales: 1) la fuerza ejecutiva de las sentencias del TC; 2) la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativo en materia de ejecución y 3) los supuestos de "ejecución" e "incumplimiento" de las sentencias del TC. Todo ello nos

⁸ La presentación de la iniciativa legislativa expuesta por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, diputado Hernando Fraile, alude de manera expresa a la crisis institucional y política de España al sostener "Catalunya ha puesto y está poniendo de manifiesto una única actitud: el incumplimiento como respuesta, el desacato como conducta y la deslealtad institucional como bandera. Y todo ello para avalar una pretendida afirmación nacional basada en el victimismo inmorales del falso agravio" (diario de sesiones del Congreso de los Diputados del 16/9/2015, publicado en el *Boletín del Congreso*, p. 104. Disponible en: www.congreso.es, último acceso: 20 de junio de 2016).

conducirá a delimitar los presupuestos del régimen de "ejecución" e "incumplimiento" de las resoluciones judiciales, objeto de la reforma que tratamos, y el alcance con que penetran en la jurisdicción constitucional.

4.1. La fuerza ejecutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional español

4.1.1. *Delimitación conceptual*

La nueva redacción del art. 87 LOTC prevé que "las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos".⁹

La clave está, entonces, en definir qué se entiende por "título ejecutivo" y cuáles supuestos habilitarían la "la ejecución forzosa" de una sentencia. Ello nos dará una aproximación para intentar dilucidar si todas las resoluciones del TC, independientemente de su contenido y alcance, pueden tener fuerza ejecutiva, tal como lo prevé la norma.

La *ejecución* ha sido definida como la actividad que un "órgano jurisdiccional" (art. 117 CE) ha de desplegar en aquellos casos en que el incumplimiento afecta a un *pronunciamiento de condena*, esto es, una *prestación* (dar, hacer o no hacer).¹⁰ En este sentido, ha dicho el TC que "ejecutar" una Sentencia es aplicar o poner en práctica aquello que la Sentencia "manda u ordena" (ATC 232/1982-FJ 1). Se puede decir, por consiguiente, que el *proceso de ejecución* es el

⁹ Asimismo, el nuevo artículo 87.1 LOTC introduce la posibilidad de que el TC notifique "personalmente" sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que considere necesario. Claro está que el objetivo de la notificación personal es facilitar la condena penal en caso de que el destinatario de la resolución notificada no atienda a su contenido.

¹⁰ Ignacio Díez-Picazo Giménez, "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", en *La sentencia de amparo constitucional*, Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, p. 68.

Instrumento de pretensiones de transformación material de la realidad para intentar acomodarla a parámetros jurídicos preestablecidos. Esos parámetros (...) son sentencias o documentos en los que la ley entiende que consta suficientemente lo que cabe considerar jurídico respecto de ciertos sujetos jurídicos: son los denominados títulos ejecutivos.¹¹

Lo que caracteriza, entonces, el proceso de ejecución es la utilización por el órgano jurisdiccional de su potestad coactiva y coercitiva aplicada a la realidad material a fin de transformarla, venciendo resistencias y sustituyendo voluntades. Lo esencial es la idea de "transformación material" de la realidad. La coerción o coacción es instrumento de ese designio materialmente transformador.¹² Los *títulos ejecutivos* dada su función (si bien se ha discutido ampliamente en la doctrina la naturaleza de los mismos) se han definido como "determinados documentos que dan fundamento y clave del inicio del proceso de ejecución y de su desarrollo", es decir que constituyen "la constancia suficientemente clara de lo jurídico".¹³ De esta forma, se ha dicho que la *sentencia de condena* es uno de los *principales títulos ejecutivos* y si se quiere el título ejecutivo por antonomasia.¹⁴

Por otro lado, se debe diferenciar el término *ejecución* de *incumplimiento*. Mientras que la *ejecución* supone siempre una actividad "jurisdiccional" coercitiva, el *incumplimiento* es precisamente lo que caracteriza a las obligaciones vistas desde el lado del deudor "se produce en aquellos casos en que el sujeto u órgano infractor desoye cualquiera de los pronunciamientos contenidos en la sentencia y la lesión no ha quedado *reparada*".¹⁵ Los deudores no ejecutan, sino que cumplen, y son ejecutados si no lo hacen. La ejecución implica alteridad, some-

¹¹ Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Diez Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/200, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, 2a ed., Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pp. 17-18.

¹² Andrés De la Oliva Santos, Ignacio Diez Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, *op. cit.*, p. 18.

¹³ *Idem*, p. 35.

¹⁴ *Idem*, p. 18.

¹⁵ Ignacio Diez-Picazo Giménez, "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", en *La sentencia de amparo constitucional*, Actas de

timiento al poder de otro, apartamiento de la voluntad de quien no cumple, sustitución.

En esta línea, Arzoz Santisteban en oportunidad de analizar los poderes de ejecución del Tribunal Federal Alemán conferidos por el art. 35 de la Ley del TFA (uno de los antecedentes de la reforma que tratamos) apunta

El ámbito de aplicación del § 35 BVerfGG no reside en la ejecución en sentido clásico, sino en la regulación de las consecuencias [*Folgenbewältigung*]: la eliminación de las consecuencias que han tenido las medidas declaradas inconstitucionales y el mantenimiento, en su caso, de las situaciones de confianza legítima que deben respetarse. Se considera correcto que el TCF se haya separado del concepto dogmáticamente más estricto de ejecución propio de las leyes procesales ordinarias.¹⁶

En resumen, mientras que el cumplimiento de un deber u obligación se mueve en el terreno extrajudicial, la ejecución siempre implica un poder de coacción para el cumplimiento de una sentencia condenatoria (y susceptible de ser ejecutada) por el órgano jurisdiccional (art. 117 CE). Es decir que, en principio, no todo incumplimiento acarrea la ejecución pues se requiere que ese incumplimiento sea susceptible de ejecución forzosa.

Pero, la cuestión se complica aún más, ya que no todo lo juzgado es susceptible de ejecución, pues hay sentencias que por su contenido resultan "inidóneas" para la ejecución forzosa ya que se requiere, a la luz de lo expuesto, que en el proceso se decida sobre situaciones jurídicas subjetivas. Así es que sectores mayoritarios de la doctrina administrativista y de los tribunales en lo contencioso-

las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, pp. 67 y 68.

¹⁶ Xavier Arzoz Santisteban, "Los Poderes Ejecutivos del *Bundesverfassungsgericht*", ponencia en el seminario "Los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional", celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, el día 20 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/> (último acceso: 24 de junio de 2016).

administrativo vienen considerando que no son susceptibles de ejecución: a) las sentencias desestimatorias, dado que se limitan a declarar la conformidad de la actividad administrativa impugnada con el ordenamiento jurídico y, b) las sentencias que se limitan a declarar la nulidad de un acto o disposición general, dado que los efectos de dicte sentencia se agotan en tal declaración. Por tanto, son susceptibles de ejecución las sentencias estimatorias en las que junto a la nulidad del acto se solicita el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada".¹⁷

4.1.2. Su aplicación a los procesos constitucionales

Habiendo delimitado conceptualmente el término "ejecución" podemos adelantar que "no todas las sentencias del TC pueden ser objeto de ejecución en sentido estricto" (entendiendo por tal la ejecución forzosa) y, por consiguiente, tener "fuerza ejecutiva" tal como lo prevé el nuevo art. 87 LOTC. Ello en atención a que la ejecución requiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que lleve aparejada una actividad material coercitiva por el órgano jurisdiccional a fin de modificar la realidad.

En las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad, lo que se enjuicia es la validez de una norma con fuerza o rango de ley (con la excepción del supuesto previsto en el art. 76 LOTC) que integra el ordenamiento jurídico. Por tanto el enjuiciamiento, tanto en la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad, es "abstracto (...) sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del supuesto planteado en el proceso del que aquélla deriva" (STC 238/1992, FJ 1 b).

¹⁷ César Tolosa Tribiño, "El incidente de ejecución de sentencias: aspectos procesales", en Ana Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas*, IV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 175.

Si bien existen algunos supuestos en que la ley impugnada tiene una naturaleza "singular" por haber sido dictada en atención a un supuesto de hecho concreto (leyes autoaplicativas y leyes de destinatario único) y que, por tanto, contienen una actividad típicamente ejecutiva de aplicación de la norma al caso concreto (STC 203/2013, FJ 3) "el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Así pues, al tratarse de una ley singular hemos de comprobar si el supuesto de hecho que contempla la norma cuestionada tiene una justificación objetiva" (STC 203/2013, FJ 4).

Consecuentemente, las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad "no tienen ejecución por la justicia constitucional. Producen efectos generales y vinculan a todos los poderes públicos (...) pero no requieren una especial actividad de ejecución por parte del Tribunal (ATC 309/1987, FJ 2) pues "dado el carácter estrictamente objetivo de los procedimientos de inconstitucionalidad no es aceptable que, tanto en uno como en otro, puedan hacerse valer intereses distintos a la pura o simple impugnación o defensa de la Ley recurrida o cuestionada" (ATC 172/1986). En idéntico sentido, el ATC 120/2015 recuerda que el pronunciamiento de inconstitucionalidad tiene un carácter meramente declarativo, sin incidir en la situación concreta que conforma el sustrato de aquel proceso constitucional.

Sobre la ejecución de un conflicto positivo de competencia, el Tribunal se ha pronunciado en la STC 95/2016 –estando ya en vigor la reforma que tratamos– afirmando que por regla general

Las decisiones que ponen fin a los conflictos positivos de competencia no requieren medidas de ejecución (...). Una vez declarada la titularidad de la competencia que se trate, desaparece su carácter controvertido, por lo que el ejercicio de esa competencia quedará, tanto respecto a la disposición que dio lugar al conflicto, como en ulteriores ocasiones en que tal competencia pueda ejercerse, atribuido y reservado al titular que la Sentencia señale (STC 95/2016, FJ 8 a).

No obstante, el Tribunal sí ha reconocido su potestad para proclamar el deber de fidelidad a la Constitución por parte de los poderes públicos en caso de demora e incumplimiento, pero sin que ello implique necesariamente el ejercicio de la vía ejecutiva (STC 95/2016).

En relación a los recursos de amparo, Ignacio Díez Picazo al estudiar los efectos de las sentencias en este tipo de procesos ya señalaba, en la década de los noventa, que

Las controversias sobre la *ejecución* de las sentencias constitucionales (...) son sólo concebibles (...) a resultas de aquellos procesos que deciden sobre situaciones jurídicas subjetivas (amparo y conflictos de competencia), no a raíz de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (...) por más que también en éstos, como se dirá, pueden plantearse problemas de ejecución (de cumplimiento, mejor) del fallo.¹⁸

Asimismo, refería el citado autor que la fuerza ejecutoria de las sentencias estimatorias dictadas en procesos de amparo (art. 55 LOTC) no parecerían, en principio, plantear dudas "porque el grado de cumplimiento de las sentencias del Tribunal es prácticamente total. Una sola explicación cabe dar a este fenómeno: la autoridad del Tribunal induce al cumplimiento".¹⁹

Tal como se desprende de las apreciaciones del prestigioso jurista, en ese entonces no planteaba duda la *auctoritas* del Tribunal y, consecuentemente, de las sentencias que dictaba, pues lo que en otros órdenes jurisdiccionales constituía en la práctica un problema capital (*vgr.* la inejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa) no parecía extrapolarse a la jurisdicción constitucional.

¹⁸ Ignacio Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹ *Ibidem*, p. 66

Sin embargo, dos décadas más tarde, el notorio "incumplimiento de las sentencias del TC", por parte de las autoridades públicas en Cataluña, da lugar a nuevas reflexiones sobre el papel de la jurisdicción constitucional. González Hernández, al analizar la reforma 15/2015, apunta

Las sentencias del Tribunal Constitucional que se limitan tan sólo a la declaración de inconstitucionalidad de una norma (...) *a priori* no requieren actividad ejecutoria alguna posterior, salvo que un funcionario o autoridad, por desconocimiento o por mala fe, pretendan continuar aplicando una norma anulada tras su publicación en el BOE.²⁰

Nos permitimos disentir con la autora pues entendemos que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma resultan "inidóneas para su ejecución", es decir que su incumplimiento puede acarrear otro tipo de consecuencias pero nunca implicará una actividad *materialmente ejecutiva* por parte de los entes jurisdiccionales. De forma que, si ante la declaración de inconstitucionalidad de una norma por el TC, las autoridades públicas deciden obviar el pronunciamiento incumpliendo con ello su obligación constitucional de acatamiento, cabría incoar la vía penal contra los responsables de desobediencia prevista en el art. 410.1 del CP y, para el supuesto que fuese una Comunidad Autónoma la que incumpliese, también podría aplicarse, llegado el caso, la coerción estatal que prevé específicamente el artículo 155 de la CE, cuestiones sobre las que profundizaremos más adelante.

De todo lo expuesto, podemos concluir que no todas las sentencias del TC pueden tener fuerza ejecutiva, en razón de que la ejecución en sentido estricto es sólo concebible en aquellos procesos que resuelvan situaciones subjetivas de derecho.

²⁰ Esther González Hernández, "El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, España, 2016, p. 531.

Seguidamente, analizaremos el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente a la ejecución de sentencias (art. 24.1.CE) configurado por la doctrina constitucional. La importancia de su examen radica en delimitar el alcance de la protección constitucional y su ámbito de protección.

4.1.3. La configuración del derecho fundamental en la ejecución de sentencias en la doctrina constitucional

El art. 24.1. CE reconoce que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

En cuanto al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, ha entendido el TC que

Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones (STC 32/82, FJ 2).

Es decir que la ejecución de la sentencia se configura como un derecho fundamental a la luz de lo previsto en el art. 24.1. CE, estrechamente conectado con la cláusula de efectividad.

El desarrollo de la doctrina constitucional,²¹ ha llevado a afirmar una doble vertiente en el derecho fundamental a la ejecución de sentencias: de una parte, el

²¹ Véase Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, "Ejecución de sentencias contencioso-administrativas y Tribunal Constitucional", en Sánchez Lamelas, Ana (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativa*, IV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 13-31.

derecho a la "ejecución de las sentencias en sus propios términos" (dimensión subjetiva del derecho) y, de otra, el derecho a la "intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad" de las resoluciones judiciales firmes (dimensión objetiva del derecho).

Haremos un repaso de la doctrina constitucional en materia de ejecución desglosando, por cuestiones metodológicas, cada uno de los aspectos del derecho fundamental que acabamos de apuntar. Es necesario aclarar que el TC no ha sido tan categórico en su configuración, pese a haber afirmado que "el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo" (STC 73/2000, FJ 10).

Es doctrina reiterada del TC que la ejecución de las sentencias se configura como un "derecho fundamental de carácter subjetivo" (STC 67/1984, FJ 2) que comprende la *ejecución* de las Sentencias "en sus propios términos", a los mandatos que la Sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la *imposición forzosa* a la parte vencida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada (STC 205/1987, FJ 3). Podemos decir, entonces, que la dimensión subjetiva del derecho protege la ejecución de las sentencias "en sentido estricto" implicando la *actividad forzosa* por el órgano que corresponda y que se configura como un derecho, claro está, para quien obtenga un pronunciamiento de condena (título ejecutivo). Esta dimensión del derecho dejaría "a salvo naturalmente el caso de las meramente declarativas" (SSTC 32/1982, FJ 1, 109/1984 FJ 2 a) pues, como ya apuntamos, agotan sus efectos en la declaración y no requieren una especial actividad de ejecución (ATC 309/1987, FJ 2).

A la dimensión reseñada, se suma un aspecto "objetivo" que refiere al "cumplimiento de lo establecido y previsto en el fallo, sin alteración" (STC 219/1994, FJ 3). Esta dimensión protege la "intangibilidad" de las sentencias (y no es excluyente, claro está, de la dimensión previamente analizada). En concreto, ha entendido

el TC que lo que ha de examinarse al cotejar el contenido sus sentencias con la resolución jurisdiccional dictada en su ejecución no es tanto la estricta correspondencia "literal" de los términos entre ambas, sino sobre todo que la resolución judicial posterior no incurra en alguna de estas dos situaciones: "pronunciamiento contrario a la decisión del TC o intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que ha resuelto y mandado" (SSTC 159/1987, FJ 3; 227/2001, FJ 6, 302/2005, FJ 6, ATC 151/2001, FJ 6, entre otras). Lo que protege, en definitiva, es el efectivo "cumplimiento", independientemente de si la sentencia es o no susceptible de ejecución forzosa. En tales términos, ha afirmado el TC que

El derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, se aviene mejor a la naturaleza declarativa de las sentencias y que, aún siendo presupuesto del de ejecución, no se agota en su relación con éste, ya que aquél, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia constitucional, garantiza, en general, que las decisiones judiciales no queden sin efecto, proscribiendo que, una vez adoptadas, no puedan ser revisadas o modificadas fuera de los supuestos previstos legalmente ni reabierto el debate sobre lo ya resuelto (92/1999, FJ 4).

4.1.4. Aproximaciones sobre la fuerza ejecutiva de las sentencias del TC

De lo expuesto en el presente apartado podemos extraer las siguientes aproximaciones: a) no todas las sentencias del TC son susceptibles de ejecución (en sentido estricto) y, por consiguiente, tener naturaleza de "título ejecutivo" como establece el art. 87 LOTC; b) mientras que la ejecución es concebible solamente en los procesos que deciden sobre situaciones jurídicas subjetivas y que implica la imposición forzosa de la sentencia a quien resulte condenado; el incumplimiento se mueve en un terreno extrajudicial y puede no acarrear consecuencias; c) la *ejecución* del fallo dependerá de las características del proceso, el alcance y contenido de la sentencia, el *cumplimiento* de lo resuelto por el TC se extiende a todos los procesos constitucionales y afecta a todos los poderes públicos con independencia de si la sentencia es o no susceptible de ser ejecutada

y; d) el derecho fundamental a la ejecución de sentencias, en su doble dimensión, se extiende no solo a la ejecución "en sus propios términos", sino también a la intangibilidad de las decisiones judiciales. Es decir, que la configuración del derecho fundamental a la ejecución de sentencias del art. 24.1 CE se extiende a "todos los procesos constitucionales", pero su alcance y límites dependerán de la naturaleza del proceso y de la sentencia.

4.2. La aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo en materia de ejecución

Por otro lado, la reforma introduce en el último apartado del art. 80 que "en materia de ejecución de resoluciones se aplicará con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa" (LJCA).

Adelantamos que la reforma en este aspecto tampoco resulta, a nuestro entender, razonable. En primer término, porque la regulación del proceso de ejecución en la LJCA ha llevado, en ciertos aspectos, a resultados insatisfactorios. Sumado a ello, entendemos que las propias especificidades de ese fuero, orientadas exclusivamente a la actividad o inactividad de órganos de la administración, no pueden extrapolarse a la jurisdicción constitucional, con la excepción de aquellos supuestos que ya se encuentran regulados en la LOTC (*vgr.* imposición de multa). A su vez, la nueva regulación desplaza la aplicación de normas que contienen una regulación más minuciosa en materia de ejecución, como la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La LJCA prevé en su capítulo IV una serie de medios concretos que pueden considerarse como específicos del proceso de ejecución contencioso-administrativo y que, por lo general, se orientan a una prestación (de dar hacer o no hacer) de la administración pública (arts. 106, 108 y 110 LJCA). Sin embargo, la LJCA no contiene una regulación sobre el proceso de ejecución, al margen de

las anteriores posibilidades de actuación con que cuenta el Juez o Tribunal para obligar a la administración a realizar una determinada actividad o dictar un determinado acto. Lo que contempla y establece la LJCA es un procedimiento a través del cual han de plantearse y resolverse todas las cuestiones que se susciten en el desarrollo de la ejecución de las sentencias, en un marco incidental. Así, el art. 109 LJCA establece "mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución". La regulación ha sido muy criticada por los administrativistas por "su amplitud, en el tiempo y su objeto" y por no resolver problemas como la legitimación o el plazo.²² Esto ha llevado a cierto sector a afirmar la ineficacia del sistema de ejecución de sentencias contenciosas por estar concebido para beneficiar a la administración, y a abandonar la ejecución como "mero incidente y considerarla un auténtico proceso ejecutivo" pues "mantener el actual estado de conlleva que las administraciones dilaten el llevar a efecto lo contenido en el fallo de una sentencia condenatoria porque, al fin y al cabo, ningún perjuicio les causa la inactividad".²³

Más allá de la escasa regulación prevista en materia de ejecución de sentencias en el fuero contencioso-administrativo, otro dato hipotético a tener en consideración es la consecuencia que puede acarrear su aplicabilidad a los procesos de amparo. Repárese que la tradicional preponderancia de los recursos de

²² Alfredo Galán Galán, "Los poderes del juez en la ejecución de sentencias: reacción frente a los actos de la Administración o del legislador que tengan como finalidad eludir su cumplimiento", en Sánchez Lamelas, Ana (coord.), *La ejecución de Sentencias...*, *op. cit.*, p. 151.

²³ Jorge Pérez Alonso, "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de inejecución de sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015, p. 32.

Tolosa Tribiño señala en este aspecto que "no son pocos los casos en lo que este incidente se utiliza exclusivamente con una voluntad dilatoria y obstruccionista, voluntad que se concreta en el tiempo que puede tardar en tramitarse el propio incidente cuando en la posibilidad de abrir la vía al acceso a los recursos, apelación o casación, con las consecuencias dilatorias conocidas (César Tolosa Tribiño, *op. cit.*, p. 189).

amparo en la jurisdicción constitucional continúa manteniéndose.²⁴ Si bien gran parte de los recursos de amparo que se presentan ante el TC son inadmitidos, los datos estadísticos demuestran que en los dos últimos años más del 50% de las sentencias de estimación (total o parcial) del Tribunal fueron dictadas en este tipo de procesos.²⁵ Con respecto a la naturaleza de los conflictos en amparo, persiste el predominio habitual en relación con resoluciones del orden jurisdiccional "penal".

Los datos apuntados nos permiten efectuar una primera reflexión: podría aplicarse supletoriamente la LJCA en materia de ejecución a todas las sentencias estimatorias de amparo constitucionales, independientemente de su contenido y naturaleza?

Como destacábamos al comienzo, hasta el momento la LOTC no regulaba el proceso de ejecución ante el TC. Es decir que, la ejecución forzosa de los pronunciamientos de condena contenidos en las sentencias de amparo del TC estaba sometida a las reglas comunes, entendiendo por tales las que regulan los procesos de ejecución de sentencias en cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

En función del sujeto condenado y de la naturaleza y contenido de la obligación, el Tribunal Constitucional o el órgano que le auxilie deberán acudir según los casos a la normas de la ley de enjuiciamiento civil, de la jurisdicción contencioso administrativo

²⁴ Conforme se desprende de los datos estadísticos que proporciona el TC en sus Memorias anuales, más del 90% de las causas ingresadas ante el Tribunal en los últimos seis años fueron recursos de amparo: en el año 2010, de las 9041 causas ingresadas ante el TC 8948 fueron recursos de amparo; en el periodo 2011 de las 7192 causas, 7098 fueron amparo; durante el año 2012 de los 7294 asuntos ingresados, 7205 fueron amparos; en el 2013 de los 7573 juicios, 7376 fueron amparos; en 2014, de las 7 878 causas, 7 663 fueron procesos de amparo y para el año 2015 de los 7369 asuntos 7203 fueron recursos de amparo (Memoria del Tribunal Constitucional Español año 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015).

²⁵ En el período 2015 de las 108 sentencias de estimación, 60 se dictaron en recursos de amparo. En el año 2014 de las 102 sentencias estimatorias, 54 se dictaron en recursos de amparo. Durante el período 2013, de las 138 sentencias estimatorias, 61 se dictaron en procesos de amparo.

o de la ley de procedimiento laboral y actuar con el mismo procedimiento, potestades y limitaciones que un tribunal civil, contencioso administrativo o laboral.²⁶

En definitiva, la nueva remisión contenida en el art. 80 LOTC lejos de esclarecer lo relativo a la ejecución de sentencias genera muchas sombras al respecto, pues obligaría a los Jueces constitucionales a aplicar, a falta de regulación en la LOTC, las normas de la LJCA para la ejecución de sentencias en procesos de amparo de naturaleza penal, laboral o civil (que, inclusive, regula con mayor detalle el proceso de ejecución que la LJCA). Más aún, teniendo en cuenta que cada proceso de ejecución tiene sus peculiaridades y remite con carácter expreso a la aplicación supletoria de la norma que se entiende aplicable (*vgr.* los art. 984 y 989 de la Ley de Enjuiciamiento Penal prevén que "para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil").

Una cuestión interesante es el supuesto paradigmático de la pretensión indemnizatoria en los recursos de amparo cuyo objeto se haya agotado o cesado en el momento de dictarse la sentencia del TC. En efecto, como regla, el enjuiciamiento del Tribunal va a devenir referido al tiempo en que se formuló la demanda de amparo, de modo que son las circunstancias concurrentes en ese momento las que deben tenerse en cuenta a los efectos de determinar si se produjo o no la vulneración del derecho fundamental invocado. En este sentido, el TC ha rechazado reiteradamente que sea competente para conocer de reclamaciones indemnizatorias en virtud de lo previsto en el art. 58 LOTC, que defiere a la jurisdicción ordinaria su declaración.

La ATC 1/2009 constituyó un pronunciamiento decisivo en esta materia ya que ha motivado la condena a España por el TEDH en la sentencia *García Mateos c.*

²⁶ Ignacio Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 69.

España por no haberse ejecutado adecuadamente una Sentencia del TC. Allí, el TEDH resolvió condenar al Estado español por considerar que

El Estado tiene la obligación de poner a disposición de los demandantes, un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas. Tiene como tarea, examinar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales –en el presente caso una autoridad judicial– a los efectos de la ejecución de las decisiones en cuestión, han sido adecuadas y suficientes, ya que, cuando dichas autoridades tienen la obligación de actuar para ejecutar una decisión judicial y omiten hacerlo –o lo hacen incorrectamente– comprometen la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho a un proceso equitativo.²⁷

Los datos estadísticos del Tribunal y la Sentencia del TEDH dan cuenta de que el principal problema en materia de ejecución se presenta en los procesos de amparo (además, su naturaleza determina que sean las sentencias "ejecutables" por antonomasia). Ya en el año 2007 se resaltaba en las Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional que uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta la jurisdicción constitucional es el recurso de amparo y "más específicamente aún, el amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1. CE que, en más del 75% de los casos es el derecho alegado y que es lo que ha provocado grandes dificultades".²⁸

Entendemos que existían sobrados motivos para orientar la LOTC 15/2015 a la efectividad de la ejecución de las sentencias en los procesos de amparo. Sin embargo, nos encontramos ante una reforma que no ha optimizado los problemas que realmente presenta la jurisdicción constitucional en las sentencias idóneas para ser ejecutadas. Por el contrario, la norma intenta buscar solución a un conflicto que, entendemos, resulta ajeno al ámbito jurisdiccional, otorgando al TC un elenco de medidas ante el incumplimiento de sus resoluciones que no

²⁷ STEDH, de 19 de febrero de 2013, caso *García Mateos c. España*, párr. 44.

²⁸ *El futuro de la justicia constitucional*, Acta de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 39.

aportan solución a inconvenientes que, efectivamente, presenta la jurisdicción constitucional en esta materia.

4.3. Los mecanismos de ejecución y cumplimiento del art. 92

El nuevo art. 92 regula los mecanismos para que el TC pueda velar por el "cumplimiento efectivo de sus resoluciones" (art. 92.1). Los instrumentos concretos de cumplimiento y ejecución de sentencias que introduce la reforma en el apartado 4 son cuatro: 1) imposición de multa (ya prevista en la antigua redacción de la LOTC); 2) suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos; 3) ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales, en la que el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de su sentencias (sin especificar cuáles), y 4) deducir el testimonio oportuno de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

Es necesario aclarar que no es cometido de este trabajo agotar los supuestos que regula la nueva redacción del art. 92, pues desborda ampliamente nuestro objetivo. Lo que se pretende es, a la luz de las consideraciones previamente vertidas, abordar la titularidad de la potestad de ejecución del TC y el modo en que el Tribunal podría articular los mecanismos que prevé la nueva redacción. En concreto, se analizará si las medidas con las que el nuevo art. 92.4 LOTC pretende garantizar la ejecución de las resoluciones del TC son respetuosas del orden constitucional.

4.3.1. La potestad de ejecución del TC previo a la reforma

La doctrina constitucional viene manteniendo que el derecho a la ejecución de las Sentencias firmes en sus propios términos y el respeto a esa firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas se predica, "no

sólo de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, sino también de las propias Sentencias de este Tribunal Constitucional. Dicha garantía deriva en este ámbito tanto de la virtualidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del que no puede obviamente quedar excluida nuestra propia jurisdicción, como de lo dispuesto al efecto en el art. 87.1 LOTC" (SSTC 159/1987, FJ 2; y 153/2004, FFJJ 1 y 3; AATC 151/2001, FJ 7; 459/2007, FJ 2; y 90/2008, FJ 2).

El art. 117.3. CE atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales. En el mismo sentido, el art. 118 CE precisa que "es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo". Sin duda, la redacción del art. 117 CE confiere la exclusividad al "órgano jurisdiccional" para ejecutar lo juzgado, es decir que "ningún otro sujeto (y menos aún el ejecutado) puede ostentar potestades –jurisdiccionales o que choquen con las jurisdiccionales– que incidan sobre la ejecución de lo juzgado".²⁹

Si bien la Constitución no contiene previsión alguna en materia de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional "esa falta de previsión no puede interpretarse, en el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente (...) como un desapoderamiento al Tribunal Constitucional de la potestad de ejecutar y velar por el cumplimiento de sus resoluciones" (STC 185/2016, FJ 9).

La redacción originaria de la LOTC dedicaba un único y escueto precepto, el art. 92, a la ejecución de las sentencias del TC que establecía: "El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución".

²⁹ Miguel Beltrán de Felipe, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 190.

La LOTC no se había enfocado, hasta el momento, en regular mecanismos de ejecución de las sentencias constitucionales (más allá de la imposición de multa y la declaración de nulidad) ya que no se discutía la autoridad del TC en la función constitucional y jurisdiccional que ejercita.

Apunta Bocanegra Sierra que el significado general del artículo 92 LOTC (en su redacción original) es atribuir al Tribunal Constitucional, como "señor de la ejecución de sus decisiones", la competencia general para exigir a todos los órganos del Estado y a todos los ciudadanos el cumplimiento de sus obligaciones en el caso concreto, pero "sin que esa genérica atribución de competencia lleve consigo a todas los casos la puesta en sus manos de un procedimiento de ejecución forzosa de sus sentencias que, equivalente al existente en los procesos ordinarios, pueda ser directamente dirigido contra los altos órganos (o las Comunidades Autónomas)", porque ello excedería la esencia de la Constitución.³⁰

En esta línea el Tribunal ha señalado que su ámbito de conocimiento en materia de ejecución es *limitado*, pues "se circunscribe exclusivamente a determinar si la Sentencia (...) ha sido correctamente ejecutada, sin que, en modo alguno, pueda extenderse a cualesquiera otras pretensiones mantenidas por la parte recurrente ante la jurisdicción ordinaria" (AATC 52/2004, FJ 2; 323/2008, FJ 2 y ATC 1/2009, FJ 3). El TC ha entendido que lo que ha de examinarse al cotejar el contenido de su Sentencia con la resolución jurisdiccional dictada en su ejecución es que no incurra en alguna de estas dos situaciones proscritas: pronunciamiento contrario a la decisión del TC o intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que se ha resuelto y mandado (ATC 1/2009, FJ 2).

Como apuntamos, previo a la LOTC 15/2015 el TC no había actuado como *Juez ejecutor*³¹ de sus sentencias, sino que conocía en incidente de ejecución, limi-

³⁰ Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 247 y 248.

³¹ Véase Ignacio Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 68 y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, *op. cit.*, pp. 13-31.

tándose a verificar si el Juez ordinario había adoptado las medidas adecuadas para la ejecución su sentencia.

4.3.2. *Los poderes de ejecución del TC en la LOTC 15/2015*

La nueva redacción del art. 92 de la LOTC 15/2015 viene a conferir un *amplio* alcance a la potestad de ejecución del TC. En concreto, los mecanismos que, a nuestro entender, otorgarían este nuevo alcance son dos: 1) la suspensión en funciones de las autoridades o empleados públicos y, 2) la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. Para su análisis se hará hincapié en la STC 185/2016, de 3 de noviembre de 2016,³² que enjuicia las medidas de ejecución referidas.

El Pleno del Tribunal descarta que la nueva redacción del art. 92 de la LOTC 15/2015 desnaturalice el modelo de jurisdicción constitucional sobre la base de cuatro líneas argumentales: 1) el carácter "abierto" del modelo de jurisdicción constitucional en el sistema español; 2) el alcance "limitado" del control de constitucionalidad que puede efectuar el Tribunal sobre su propia Ley Orgánica; 3) la naturaleza no sancionatoria de la suspensión de funciones prevista en el art. 92.4. b) y; 4) el carácter diferencial de los principios que legitiman, por un lado, el sistema de controles del Estado sobre las Comunidades Autónoma del art. 155 CE y, por el otro, la ejecución sustitutoria del art. 92.4 de la LOTC.

En cuanto al primer aspecto reseñado, los FFJJ 8, 9, 10 de la Sentencia fundamentan la *amplia* capacidad del legislador para regular el funcionamiento del Tribunal Constitucional mediante ley orgánica.

³² La Sentencia contiene tres votos particulares discrepantes formulados por la Vicepresidenta del Tribunal, Adela Asua, y los Magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol que resaltan la "insuficiencia argumental" de la Sentencia con "una nota amarga por no haberse logrado dictar una sentencia susceptible de ser suscrita por todos los Magistrados, al priorizarse, por encima de otras consideraciones, la celeridad en la aprobación de una Sentencia desestimatoria". La Magistrada Adela Asua Batarrita ha sido categórica en su voto al afirmar que "estamos ante una lamentable 'abdicación' en el ejercicio de la jurisdicción constitucional".

En la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, cuya amplitud y vocación de completitud impide una interpretación restrictiva de su ámbito material, encuentran cobertura, con carácter general, la regulación de la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional y, en particular, de las medidas previstas para garantizar su cumplimiento y efectividad. Las concretas medidas contempladas en el art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC constituyen, al igual que el resto, instrumentos o potestades puestos a disposición del Tribunal por el legislador para garantizar el debido y efectivo cumplimiento de sus sentencias y demás resoluciones, al que están obligados todos los poderes públicos, incluidas las Cámaras legislativas (STC 185/2016, FJ 10 a).

Ya adentrándose en el examen de los mecanismos que prevé la LOTC 15/2015, los FFJJ 12-15 analizan la naturaleza de la suspensión de funciones prevista en el art. 92.4. b). La Sentencia no aprecia vulneración alguna del principio de legalidad penal al considerar que la suspensión de funciones

No responde a una finalidad propiamente represiva, retributiva o de castigo, características de las medidas punitivas, sino a la finalidad de garantizar la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional, al que todos los poderes públicos y ciudadanos están obligados (STC 185/2016, FJ 15).

El carácter penal o administrativo sancionador de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente (STC 185/2016, FJ 13).

El Tribunal considera que si bien la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos es una consecuencia jurídica gravosa para la autoridad o empleado público al que se le aplique, ello no la convierte sin más en un medida punitiva, pues en otro caso habría que conceder "que toda consecuencia jurídica desfavorable [...] encerraría un componente sancionador" (STC 48/2003, FJ 9).

Finalmente, el TC a fin de "suavizar" los criterios (a nuestro entender muy objetables) que utiliza en la Sentencia, establece como presupuestos de aplicación

de la suspensión de funciones los siguientes: 1) que esté en la esfera de actuación de la autoridad o empleado público concernidos el cumplimiento de la resolución de que se trate; 2) acreditación de la voluntad deliberada y persistente de no atender al mismo; 3) durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal, y 4) que se ajuste a las funciones que guarden relación directa con la ejecución de la sentencia (FJ 14).

Por último, el Pleno del Tribunal descarta que la ejecución sustitutoria, prevista en el art. 92.4 c) LOTC, implique una alteración del sistema de controles del Estado sobre las Comunidades Autónoma al ser coincidente, según el demandante, con el mecanismo de control previsto en el art. 155 CE. Con un argumento, una vez más laxo, el Tribunal afirma que se trata de instrumentos diferentes, pues diferentes son, también, los principios que "legitiman" su uso.

El art. 155 CE regula una vía específica de coerción directa para el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales y para la protección del interés general de España, que se diferencia nítidamente de la regulación de las medidas de ejecución de que pueda disponer el Tribunal Constitucional en orden a la efectividad de sus resoluciones, que encuentra cobertura en la reserva de ley orgánica del art. 165 (FJ 17 a).

Por el contrario, entiende el TC que el título legitimador de la ejecución sustitutoria del art. 92 no es, un "supuesto título competencial del Estado", sino, "la garantía de la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional" que sólo puede adoptarse "una vez constatada la voluntad deliberada y persistente de incumplir la resolución por quien está obligado a su cumplimiento" (FJ 17 b). Es decir, el Gobierno no podrá intervenir discrecionalmente en la ejecución sustitutoria ni es "quien decide qué medidas concretas implica la ejecución". Por lo tanto, no puede afirmarse que la reforma altere en este punto el sistema de controles del Estado sobre las Comunidades Autónomas.

Un análisis pormenorizado y con un fundamento teórico, a nuestro entender, mucho más sólido contienen los tres votos particulares discrepantes de la Sentencia formulados por la Vicepresidenta del Tribunal, Adela Asua, y los Magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol.

El principal fundamento por el que se apartan los Magistrados del voto mayoritario se centra en los límites constitucionales del legislador orgánico para configurar el modelo de jurisdicción constitucional y, consecuentemente, el "amplio" alcance del control de constitucionalidad que debe efectuar el Tribunal sobre su propia Ley Orgánica.³³

La potestad legislativa, como el resto de los poderes constituidos, deriva su existencia, su configuración y sus funciones de la norma constitucional y solo es legítima cuando se ejerce en los términos fijados por la misma (...) la libertad del legislador orgánico no es absoluta, sino que tiene límites materiales y formales que tienen su origen no sólo en dichas reservas y en los restantes preceptos que integran el título IX de la Constitución, sino en una interpretación sistemática de todo el texto constitucional. [...] En consecuencia, se impone la necesidad de controlar que el legislador respete el modelo constitucional de nuestra jurisdicción, puesto que de ello depende en buena medida la efectividad del orden constitucional en todos los ámbitos (voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, FJ 1b, al que adhieren los votos particulares de los Magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol).

A su vez, al entrar a analizar los mecanismos de ejecución que implementa la reforma en el art. 92, se efectúa un matiz conceptual –que omite la Sentencia– y que, como venimos sosteniendo a lo largo de nuestro trabajo, resulta imprescindible para encuadrar el alcance de la potestad de ejecución del TC: la diferencia entre "ejecución" y "cumplimiento". Ello en atención a que mientras la ejecución

³³ En este aspecto se siguen los parámetros del voto particular en la STC 49/2008 que afirma que "el control de constitucionalidad de la LOTC ha de ser particularmente incisivo y profundo" (STC 49/2008 voto particular del Magistrado don Javier Delgado Barrio, FJ 1) y no limitarse a contrastar de manera abstracta el precepto recurrido y las normas y principios constitucionales que se estiman infringidos (FJ 7).

es atribución exclusiva del órgano *jurisdiccional* (art. 117 CE), el cumplimiento de la sentencia se mueve en un terreno *extra jurisdiccional* y no siempre conlleva una actividad por el órgano jurisdiccional.

En esta línea, coincidimos en que la suspensión de funciones prevista en la letra b) del art. 92.4 LOTC debió ser declarada inconstitucional y nula al no responder a la lógica de los medios de ejecución y sí a la de las medidas sancionadoras excediendo, por tanto, la habilitación conferida al legislador orgánico por el art. 165 CE.

La insistencia en el aspecto subjetivo y reiterado de la voluntad incumplidora encaja mejor en la descripción típica de una infracción –por ejemplo, el del delito de desobediencia– que en el presupuesto para la adopción de una medida de ejecución (...) no va encaminada de forma inmediata y directa a hacer efectivo el contenido del fallo de una sentencia. Se trata, más bien, en términos estrictos, de una reacción correctora de carácter individualizado ante un supuesto de incumplimiento de una resolución jurisdiccional, que dadas sus características persigue una finalidad distinta a la propia de la ejecución (voto particular, Magistrada Adela Asua Batarrita, FFJJ 2 y 3 c).

En la misma línea argumental, Font, en la década del ochenta, al analizar la posibilidad de que los Jueces en lo contencioso-administrativo adopten medidas para exigir la responsabilidad personal, criminal de las autoridades y funcionarios, afirmaba que

Una medida de este carácter no va propiamente encaminada de forma inmediata y directa a hacer efectivo el contenido del fallo de una sentencia. Se trata, en términos estrictos, de una reacción sancionadora ante un supuesto de incumplimiento que persigue, por tanto una finalidad punitiva sustancialmente distinta a la específica ejecución de las sentencias.³⁴

³⁴ Tomás Font i Llovet, *La ejecución de las sentencias contenciosos-administrativas. Aspectos constitucionales*, Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 96.

Por último, en relación a la ejecución sustitutoria, y a la luz de los hechos que precedieron la reforma, entendemos que el art. 92.4 también altera el orden competencial constitucional.

En este sentido, coincidimos plenamente con las apreciaciones que efectúa el voto del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, en cuanto a que el altísimo grado de coincidencia o solapamiento entre el núcleo real de la medida de ejecución sustitutoria del art. 92.4.c) LOTC y el poder de coerción estatal que recogió el Constituyente en el art. 155 CE "produce la irrupción del Tribunal en un ámbito reservado por la Constitución a otros órganos constitucionales".

El verdadero núcleo de aplicación del art. 94.2 c) LOTC, enunciado esta vez en positivo, revelaría sin ambages su nudo propósito: tiene como finalidad sustituir a las instituciones o autoridades de los poderes ejecutivos de las Comunidades Autónomas (i) que incumplan una obligación de hacer contenida en el fallo de una resolución del tribunal Constitucional recaída en un conflicto de competencia o en una impugnación del Título V LOTC. (ii) que excede de los límites habituales de las controversias dirimidas ante el Tribunal (...) y (iii) que, en los términos utilizados por la sentencia de la que me aparto, o de lugar a la alteración de la posición institucional del estado y de las Comunidades Autónomas (voto particular del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, FJ 3).

Como destacábamos al comienzo del presente trabajo, la potestad ejecutiva que tiende a hacer efectivo el derecho de quien ostenta el "título ejecutivo" (sentencia de condena) se confiere exclusivamente por la CE a los órganos jurisdiccionales (art. 117) y no tendría que alterar, por tanto, el orden constitucional. Ahora bien, si lo que se intenta regular son mecanismos de ejecución "encubiertos" de sentencias que no tienen esa naturaleza y que buscan, en definitiva, "responsabilizar" a quien incumple, independiente del alcance de la sentencia se ejecuta o no, esta última circunstancia, claro está, alteraría el orden competencial constitucional.

La elección de la persona que haya de ejecutar la decisión, así como la clase y el modo de llevarlas a cabo, no puede prescindir del orden de competencias

establecido en la Constitución y las Leyes en tanto quebranta el carácter propio del Tribunal Constitucional como órgano de naturaleza jurisdiccional cuyas competencias se extienden al control de normas, a la resolución de conflictos y a la garantía de los derechos fundamentales.

En definitiva, consideramos que los mecanismos que introduce el nuevo art. 92.4 no están orientados a efectivizar la "ejecución" de las sentencias del TC (potestad jurisdiccional), sino que introduce consecuencias ante "cualquier" incumplimiento sea o no ejecutable la sentencia. En concreto, entendemos que lo que buscó la reforma es regular mecanismos de naturaleza sancionatoria (suspensión de funciones) y otros que, en principio, está llamado por la CE a efectuar el Gobierno (ejecución sustitutoria) a fin de responsabilizar a las autoridades públicas "autonómicas" que incumplan las sentencias de inconstitucionalidad del TC. Ello altera, sin duda, la naturaleza y el orden competencial conferido constitucionalmente a la jurisdicción constitucional.

5. Consideraciones finales

Como lo hemos señalado al iniciar el trabajo, reseñar el alcance de la reforma LOTC 15/2015 no es tarea sencilla. La complejidad de su análisis radica en que los actores de la obra que plantea esta reforma ya no interactúan en un escenario jurisdiccional sino "político".

Sin duda el *status* del Tribunal Constitucional, como componente cardinal del sistema constitucional, debe ser protegido en sus funciones como órgano "jurisdiccional" y, fundamentalmente, como órgano "constitucional" al recibir *ipso iure* de la norma constitucional sus atribuciones. En definitiva, las competencias "exclusivas" y "excluyentes" que el art. 161 CE atribuye a la jurisdicción constitucional radican, principalmente, en garantizar la primacía de la Constitución y los derechos y libertades en ella reconocidos.

Claro está que la jurisdicción constitucional no es inmutable no está cerrada ni es invariable, y debe evolucionar y adaptarse a las necesidades de cada tiempo.

La sanción de la LOTC 15/2015 en un mapa institucional tan marcadamente significativo y vinculado con Catalunya, centró su estrategia en el "incumplimiento" notorio y reiterado de las sentencias del TC por parte de la *Generalitat*.

A través del mapa que trazamos en nuestro trabajo, seguramente obviando muchas cuestiones que escapan a nuestra posibilidad de extensión, nuestro cometido fue analizar el alcance con que la reforma penetra en los procesos constitucionales y, claro está, en la función jurisdiccional que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional. Desde esta perspectiva jurídico-constitucional estudiamos en diversos apartados, por razones metodológicas, cada uno de los preceptos que la LOTC 15/2015 modifica.

Al estudiar la fuerza ejecutiva de las sentencias del Tribunal, previo a reseñar sus efectos, llegamos a la conclusión de que "no todos los procesos constitucionales son susceptibles de ejecución forzosa" y que, por tanto, la redacción del art. 87 es imprecisa al conferir la naturaleza de "título ejecutivo" a "todas" las sentencias, sin reparar en el diverso alcance de cada proceso constitucional y, por consiguiente, de las resoluciones en éstos dictadas.

En relación a este primer aspecto de nuestra investigación, destacamos que solo son susceptibles de ejecución *forzosa* las sentencias "estimatorias" en las que se solicita el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y que, por tanto, el art. 87 se circunscribiría a los procesos constitucionales de amparo y conflictos competenciales. En esta línea argumental, apuntamos que hay sentencias del TC que son "inidóneas para su ejecución", entre las que se encontrarían las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

En cuanto al alcance del derecho fundamental a la ejecución de sentencias (art. 24.1 CE), señalamos que la doctrina constitucional lo ha configurado en una doble dimensión y su protección se extiende no sólo a la "ejecución en sus propios términos" (dimensión subjetiva del derecho) sino, también, a la "intangibilidad" de la resolución judicial (dimensión objetiva). Consecuentemente, quedarían protegidos "todos los procesos constitucionales", independientemente del alcance de la sentencia.

Seguidamente, examinamos la remisión supletoria del art. 80 a la LJCA. En este aspecto, también entendemos que la reforma resulta reprochable por dos motivos: de un lado, por las peculiaridades que presenta el régimen de ejecución de sentencias en el fuero contencioso-administrativo y, de otro, por un dato estadístico que no debe obviarse y que afectaría, principalmente, al proceso de amparo. Para arribar a esta aproximación, observamos que los datos estadísticos relevados en las Memorias anuales del Tribunal Constitucional confirman la tendencia del recurso de amparo en materia "penal" en la jurisdicción constitucional. A su vez, destacamos que durante el 2014 y 2015 más del 50% de las sentencias de estimación, total o parcial, del Tribunal se dictaron en recursos de amparo. En este sentido, señalamos que debe tenerse en consideración que la diversa naturaleza de los recursos de amparo (civil, penal, laboral, etc.), no resulta adecuado metodológicamente remitir a la aplicación supletoria de una única ley, pues por las especialidades propias de cada orden jurisdiccional, el proceso de ejecución se regula con distinto alcance. Más aún cuando hay leyes que plasman más acabadamente la ejecución de sentencias (*vgr.* Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por otro lado, pusimos de relieve los problemas que se han evidenciado en la jurisdicción constitucional con relación a la "inejecución de las sentencias del TC" en los procesos de amparo y que dio lugar, poco antes de la reforma, a la condena al Estado español por el TEDH. Creemos que estas deficiencias podrían haber sido optimizadas por el legislador orgánico para configurar un régimen

de ejecución de sentencias que se acomode a la naturaleza de los procesos constitucionales.

Finalmente, analizamos los mecanismos de "ejecución" e "incumplimiento" que introduce el art. 92 en sus diversos apartados, haciendo hincapié en las líneas argumentales que utilizó el TC en la STC 185/2016. Entendemos que estos mecanismos no están orientados a la ejecución forzosa de las sentencias sino, sobre todo, a regular reacciones ante "cualquier" incumplimiento de las resoluciones del Tribunal. En este precepto identificamos el cambio radical que opera sobre la jurisdicción constitucional al confiar al Tribunal mecanismos que, entendemos, tienen naturaleza claramente sancionatoria, en concreto: la suspensión de autoridades públicas y la ejecución sustitutoria, en la que podrá intervenir el "Gobierno de la Nación" a fin de que se adopten las medidas necesarias para asegurar el efectivo cumplimiento de las resoluciones del TC.

En definitiva, consideramos que el delicado mapa político-institucional configurado en España que impulsó la reforma a la LOTC ha tentado a utilizar al Tribunal Constitucional para compensar un sistema político desequilibrado, que lejos de afianzar su posición, pone en crisis la jurisdicción constitucional. No solo al plasmar en el texto legal supuestos de desobediencia de las resoluciones del Tribunal sino, también, por trazar una delgada línea entre lo constitucional y lo político. "La juridificación de un problema político-constitucional exige la maduración de unas condiciones políticas, en ausencia de las cuales resulta imposible tal operación (...) el problema no es el de *si* la Justicia Constitucional incide o no en la política, sino el de **cómo** incide en la vida política".³⁵

En conclusión, la LOTC 15/2015, en términos generales y desde una perspectiva ineludiblemente teórica, no resulta satisfactoria. Esto se debe al contexto político

³⁵ Javier Pérez Royo, "Tribunal Constitucional y división de poderes", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, núm. 3/4, España, 1998, pp. 84 y 89.

e institucional que motivó su sanción, sin que se contemple acabadamente las especiales particularidades de la jurisdicción constitucional; olvidando, además, los verdaderos problemas de ejecución en sentido estricto que se producen, sobre todo, en materia de amparo.

Es en los tiempos de cambios cuando debe protegerse con mayor rigurosidad que el Tribunal Constitucional conserve su eficiencia y prestigio en la función que ejerce.

Fuentes

Bibliografía

AJA, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho S.A, Barcelona, 1998.

BASSOLS COMA, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, Civitas, Madrid, 1995.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS, *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales, conforme a*

la Ley 1/200, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, 2a. ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Andavira, Santiago de Compostela, 2009.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, ed. La Ley, Madrid, 2010.

FONT I LLOVET, Tomás, *La ejecución de las sentencias contenciosos-administrativas. Aspectos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1985.

SÁNCHEZ LAMELAS, Ana (coord.), *La ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas*, IV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Aranzadi, Navarra, 2006.

PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Acta del V Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

REQUEJO, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, BOE, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Memoria del Tribunal Constitucional Español 2013*, Tribunal Constitucional, BOE, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Memoria del Tribunal Constitucional Español 2014*, Tribunal Constitucional, BOE, 2015.

V.V.A.A., *El futuro de la justicia constitucional. Acta de las XII jornadas de las asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2007.

Hemerografía

AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles, "Las sentencias del Tribunal Constitucional. Los votos particulares", Base de conocimiento jurídico, Derecho constitucional I, *Iustel*, última consulta junio de 2016.

ARAGÓN REYES, Manuel, "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 11-43.

_____, "Estado jurisdiccional Autonómico", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 16, 1986, pp. 7-12.

AGUADO RENEDO, César, "Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2006, pp. 1-40.

CANOSA USERA, Raúl, "Supremo intérprete de la Constitución y dinámica democrática en Constitución y democracia: ayer y hoy", en libro homenaje a Antonio Torres del Moral, vol. 1, 2012, pp. 349-374.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4, 1981, pp. 53-63.

GARCÍA PELAYO, Manuel, "El 'status' del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Esther, "El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 529-557.

ROLLNERT LIERN, Göran, "La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto 2014, pp. 125-155.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1981, pp. 35-67.

_____, "El guardián de la Constitución", *Claves de Razón Práctica*, núm. 142, 2004, pp. 18-19.

PEREZ ALONSO, Jorge, "La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de 'inejecución' de sentencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, 2015, pp. 1-32.

PÉREZ ROYO, Javier, "Tribunal Constitucional y división de poderes", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, núm. 3 /4, 1988, pp. 69-124.

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY POR OMISIÓN DE LA CLÁUSULA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE RELIGIÓN

*THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF A LAW
BECAUSE OF THE OMISSION OF THE CLAUSE
OF INDIRECT RELIGIOUS DISCRIMINATION*

Pilar Betrián Cerdán*

Resumen

El principio de igualdad y no discriminación se presenta como un elemento clásico y recurrente en nuestro marco jurídico que, en ocasiones, se diluye en contextos tan diversos como los derechos civiles o tan abstractos como la dignidad humana, pero a fin de cuentas blindado tanto por el derecho internacional como nacional y en tanto en cuanto les es impuesta a los Estados la obligación de su protección. Sin embargo, las nuevas demandas sociales nos exigen revisar este concepto y explorar nuevas formas de manifestación, concretamente la denominada por la doctrina como discriminación indirecta. Además de analizar en qué consiste esta discriminación –poniendo el acento en los casos de discriminación religiosa– trataremos de exponer una posible

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá. Investigadora colaboradora en IELAT (Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos Universidad de Alcalá). Contacto: pilarbetrian@gmail.com

vía para corregir sus efectos, nos referimos a la posibilidad de declarar inconstitucional una norma que omita su protección.

Palabras clave: libertad religiosa, discriminación indirecta, inconstitucionalidad, omisión.

Abstract

The principle of equality and non-discrimination is presented as a classic and recurrent element in our legal framework that, at times, is diluted by being present in contexts as diverse as civil rights or as abstract as human dignity, but in the end armored both by international and national law and insofar as it is imposed on States the obligation of their protection. However, the new social demands require us to review this concept and explore new forms of manifestation, specifically that denominated by the doctrine as indirect discrimination. Besides analyzing what this discrimination consists of—putting the accent in cases of religious discrimination—we will try to expose a possible way to correct its effects, we refer to the possibility of declaring unconstitutional a law that omits its protection.

Keywords: religious freedom, indirect discrimination, unconstitutionality, omission.

1. Introducción

La cimentación de las sociedades occidentales se encuentra en una construcción doctrinal que cree en los valores democráticos que permiten que se pueda tildar a éstas de dinámicas y libres. Y el correcto desarrollo de las facultades que se deriva del ejercicio de los derechos fundamentales es el mejor de los barómetros de la existencia de esa sociedad.

Así, el pluralismo y la tolerancia se presentan como los elementos recurrentes y necesarios de estas sociedades democráticas sobre los que se tratan de armonizar los distintos modelos de protección de derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional.

Y en esa línea, nuestra sociedad actual nos sitúa ante importantes desafíos: la necesidad de un tratamiento equitativo de los individuos que permita no sólo una convivencia pacífica, sino un reconocimiento de uno de los elementos más inherentes a la dignidad humana. En definitiva, un desarrollo pleno del ejercicio de sus derechos con un reconocimiento de la igualdad y las diferencias que respete y tenga en consideración las necesidades de todos los colectivos.

Y el principio de igualdad y no discriminación se presenta como un elemento clásico y recurrente en nuestro marco jurídico que, en ocasiones, se diluye al estar presente en contextos tan diversos como los derechos civiles, políticos, económicos sociales o culturales, o tan abstractos como la dignidad humana, pero a fin de cuentas blindado tanto por el derecho internacional como nacional y en tanto en cuanto la obligación de su protección les es impuesta a los Estados.

Y pese a ello, el terreno del principio de igualdad y no discriminación sigue estando sujeto a perpetuas discusiones. Definirlo, probarlo y ajustarlo en definitiva a las necesidades sociales sigue siendo el gran desafío: las múltiples manifestaciones e interpretaciones así como su aplicación a una gran variedad de prácticas y realidades nos impiden afianzar un concepto claro y unívoco, por lo que nos exige analizar, pormenorizadamente, su versatilidad.

En el presente artículo fijaremos nuestra atención en un tipo concreto de discriminación que nos sitúa en la necesidad del logro de la igualdad real: la discriminación indirecta. Y a fin de poner de relieve aquellos casos cuya identificación es más compleja, situaremos los ejemplos que ilustran esta discriminación en su relación con la libertad religiosa.

La discriminación indirecta ya fue identificada y desarrollada por tradiciones jurídicas, tales como la estadounidense o la canadiense, en la década de los setenta del siglo pasado. De esta noción se harían eco los sistemas europeos e

incluso la Unión Europea, a través de sus Directivas 43 y 78 del año 2000 que marcarían un gran precedente al incluir su definición en el plano legislativo, obligando a los Estados parte a adaptar sus ordenamientos para acogerla. Sin embargo, sigue siendo una gran desconocida.

Son, así, escasas las decisiones judiciales que la mencionan expresamente y que abordan su análisis a partir de un *iter* claro y conciso en conjunción con la libertad religiosa; tampoco se advierte una gran implicación por parte del legislador más allá de la transcripción de su concepto. Pero toda esta complejidad es hoy una realidad en nuestra sociedad, de modo que es preciso que podamos conocer en qué consiste y qué soluciones pueden ser aportadas desde un punto de vista no sólo dogmático sino especialmente práctico.

Sin embargo, en el presente artículo no sólo nos queremos limitar a dar una visión general de esta realidad, sino aportar posibles herramientas para su corrección. Dejando de lado a los mecanismos clásicos anudados a este principio, nos abrimos a la posibilidad de analizar la declaración de inconstitucionalidad de una ley por omisión de la cláusula de discriminación indirecta, en nuestro caso concreto, por razón de religión como herramienta en la lucha contra este tipo de discriminación.

2. Conceptualización de la discriminación indirecta

La discriminación indirecta surge como necesidad de darle un nuevo enfoque al concepto de discriminación, como consecuencia de las nuevas demandas sociales.

Está claro que una vez que están sensibilizados tanto los poderes públicos como la sociedad en poner freno y corregir las discriminaciones formales evidentes –lo entendemos por discriminación directa– se presentan nuevos desafíos, de

modo que tras una apariencia neutral, las discriminaciones siguen latentes en la práctica. Está claro que nos resultará difícil encontrar una norma que prohíba de manera taxativa una manifestación religiosa, lo que no significa que no exista discriminación.

Definitivamente, nos resultará difícil encontrar una disposición que prohíba celebrar una festividad religiosa en sábado, pero sí encontraremos obstáculos al preverse el descanso semanal en el día tradicionalmente seguido por la confesión mayoritaria; seguramente no encontraremos una norma que haga referencia a una prenda islámica y que prohíba su uso, pero sí a aquellas que manifiesten de forma ostentosa una pertenencia religiosa. Pero en definitiva, todos estos ejemplos representan nuevas limitaciones que han de ser corregidos con una revisión y adaptación de las fórmulas tradicionalmente desarrolladas.

2.1. La discriminación indirecta: qué es y qué la compone

La discriminación indirecta, dependiendo de las tradiciones jurídicas, así como el momento en el que se planteó como objeto de análisis, la naturaleza jurídica de los instrumentos que la han regulado o las particularidades que la casuística ha planteado, ha sido objeto de distintas definiciones.

Se trata de un concepto que cobra protagonismo especialmente en aquellas tradiciones jurídicas donde el principio de no discriminación se encorseta a una lista exhaustiva de motivos –puesto que abre la puerta a proteger aquellas zonas grises que se pudieran escapar de tal blindaje–, frente a aquellos otros modelos donde la no discriminación se refleja a partir de fórmulas más abiertas y por tanto más flexibles a la interpretación.¹ Pero es un concepto que, igualmente, juega un papel protagonista al ofrecer distintos niveles de protección a los

¹ Véase Janneke H. Gerards, "Judicial Review in Equal Treatment Cases", *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, vol. 83, 2005, 2005, p. 13.

derechos fundamentales, gracias a las soluciones que nos aporta en la corrección de los efectos limitantes de los modelos de implementación y la defensa de los derechos humanos.

Aunque con distintos matices, el punto central en todas las definiciones es siempre el mismo, por lo que partiremos de esa primera referencia: la neutralidad bajo la que se esconde una discriminación.

Reforzando y completando este hecho, diremos que se trata de una discriminación consecuencia de unas normas, medidas o circunstancias fruto de la regulación neutral, pero que producen una desventaja a un individuo o grupo, en nuestro campo de estudio concretamente, en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa;² un impacto desproporcionado que no es justificable de un modo objetivo con una finalidad legítima o cuyos medios empleados para la consecución de tal fin no han sido ni adecuados ni necesarios.³

La discriminación indirecta, por tanto, se convierte en una herramienta indispensable, que ha puesto en evidencia la propia eficacia del principio de no discriminación, entendido éste desde su concepción tradicional, y que ofrece así un avance y evolución en su desarrollo, haciéndose prevalecer "el fondo sobre la forma".⁴ De este modo, se consigue además avanzar en la ya referida discriminación estructural presente en nuestra realidad jurídica, logrando una suerte de armonización entre la regulación legal y las demandas sociales, a fin de poder alcanzar la igualdad formal, esencia de todo instrumento de protección de derechos humanos.

² Véase Francis Messner, Pierre-Henry Prétot, Jean-Marie Woehrling (dirs.), *Droit français des religions*, 2a. ed., LexisNexis, París, 2013, p. 84.

³ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, artículo 2.2.

⁴ Christa Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law*, Intersentina, Oxford, 2005, p. 114.

2.1.1. Elementos de la discriminación indirecta

2.1.1.1. Elementos objetivos de la discriminación indirecta

Pese a la diversidad de regulaciones antes mencionada, dos son los elementos clásicos que han de estar presentes para que la discriminación sea calificada como indirecta:

1) Una norma aparentemente neutral, pero con un impacto desproporcionado (y no deseado), conllevando así la discriminación. De este modo, se exige un esfuerzo suplementario a la hora de identificar la discriminación.

No podremos pues, como ocurre en la discriminación directa, reducir el análisis a la superficialidad de una norma o medida sin los efectos, los cuales generalmente se deslizan a hechos que pueden a simple vista pasar inadvertidos dada la cotidianeidad. Será por tanto el impacto desproporcionado de ésta el objeto verdadero, susceptible de análisis.

Así, en el caso de una discriminación religiosa, difícilmente atisbaremos un ataque frontal a la libertad religiosa, pero en la práctica se materializará en obstáculos que impiden su ejercicio: impedir el uso de determinada indumentaria, no facilitar menús adaptados a determinadas creencias o la imposibilidad de disponer de un día festivo acorde a éstas, bajo la mera justificación de la estandarización cultural.

2) Ausencia de justificación objetiva de la medida neutral que encubre la discriminación.

Podemos afirmar que la necesidad de justificar objetivamente la finalidad perseguida por la medida, para que ésta no sea tildada de discriminatoria, es un elemento característico de la discriminación indirecta. Y por tanto, nos sirve

además para distinguirla claramente de la directa, dado que en ésta, salvo excepciones expresamente previstas por la ley,⁵ la justificación no es una exigencia necesaria para su análisis.

En el caso de la discriminación indirecta, por su propia naturaleza, el tratar de discernir si la justificación de la medida se torna o no, si cabe, más complicado que en la discriminación directa o positiva. Y, sin embargo, es esta justificación la piedra angular del análisis de tal discriminación, dado que será precisamente este hecho el que nos llevará a determinar o no su existencia.

Dado que todo gira en torno a una medida de carácter neutral, implica necesariamente probar la necesidad objetiva de ésta, así como que todos los medios que han sido empleados eran proporcionados y necesarios para tal fin; fin que, de otro lado, necesariamente tiene que ser legítimo (lo que nos conduce a otra cuestión, que abordaremos posteriormente, como es el valor de la prueba y la pertinencia de ésta en los casos de discriminación indirecta).

Al hablar de justificación en materia de discriminación indirecta es imprescindible indicar una matización previa: al tratarse de una norma neutral la que origina la discriminación, su análisis generalmente traerá aparejada una razón lo suficientemente fuerte que justifique su práctica, y por ende, el impacto. Es por ello que su análisis habrá de ser llevado a cabo siempre desde las consecuencias que ha traído su aplicación; de modo que, en efecto, se demuestre que es razonable y proporcional.

⁵ El caso comunitario más evidente, al disponer de una lista tasada de motivos de discriminación y la exigencia de justificación para una discriminación directa, lo encontramos en casos de discriminación con base en la edad (artículo 6o. de la Directiva 2000/78/CE) o exigencias profesionales (Artículo 4o. de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE).

Esta justificación objetiva no podremos presumirla nunca ni tampoco meramente afirmarla, sino argumentarla pertinentemente. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): "a la vista de todos los elementos pertinentes y teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar por otros medios el objetivo de política social de que se trate, debe comprobarse si éste es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y si la norma controvertida, como medio destinado a lograr este objetivo, puede contribuir a su consecución".⁶ Dicho de otra manera, el debate sobre la justificación de la medida tiene por objeto que el valor de la decisión o acción sea considerado justo, oportuno y respetuoso con el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

2.1.1.2. Elemento subjetivo de la discriminación indirecta

Uno de los últimos elementos que nos falta por analizar es discernir si la discriminación indirecta comporta necesariamente determinados elementos objetivos o subjetivos.

En relación a los elementos subjetivos, *a priori*, parece lógico referirnos como principal al daño producido por las consecuencias de la medida neutral; al suponer una distinción entre personas, la propia distinción tiene un valor en sí misma: las desventajas directas o la necesaria contrapartida de tales cargas (podemos decir aunadas a las desventajas, ventajas como resultado de tales medidas, aunque esto se apreciaría más en otras modalidades de discriminación tales como la directa o la positiva; en la medida en que la indirecta deriva de una medida neutral, en principio ésta no persigue como objetivo directo el preponderar los intereses de un grupo o situarle en una posición ventajosa, por lo que serán más evidentes las cargas sobre las personas a las que la ejecución de

⁶ C-167/97, STUE de 9 de febrero de 1999 (Rec. I-00623), *Nicole Seymour-Smith v. Laura Pérez*, § 72.

tales medidas supone una limitación o vulneración del desarrollo de sus derechos fundamentales).

El problema de identificar como elemento objetivo la carga (o ventaja) producida no es otro que el cómo precizarla. Así, podría decirse que más que de una desventaja, estaríamos hablando de un daño directo sobre los intereses y derechos del individuo, llegando a poder interpretarse como la consecuencia que revela verdaderamente la existencia de tal discriminación. Además, la noción de ventaja o desventaja se alinea con la necesidad de fijar un contenido a la propia prohibición de discriminación, pero no del daño en sí.

Esto nos llevaría al elemento subjetivo, y sobre lo que ya hemos tenido ocasión de referirnos: el carácter intencional de la discriminación. Como ya hemos dejado apuntado, para el caso de la discriminación indirecta es irrelevante la intencionalidad discriminatoria de la medida.

Sin embargo, este elemento subjetivo tiene un protagonismo mayor, que va más allá de la intencionalidad, dado que las causas que llevaron a discriminar tienen un papel relevante a la hora de justificar la medida y evaluar la proporcionalidad de ésta con el daño causado, lo que además se relaciona –para el caso de discriminaciones indirectas generadas como consecuencia de una norma jurídica o política pública– con el margen de discrecionalidad de los Estados.⁷

⁷ Es por ello que, en el caso de la discriminación indirecta, se nos hace imprescindible poner el acento en el elemento subjetivo, dado que éste puede llegar a funcionar como justificante del propio elemento objetivo en el momento de realizar el test de proporcionalidad. Especialmente anudado a la discriminación por motivos religiosos –el binomio "discriminación indirecta" y "ejercicio de la libertad religiosa"– la intencionalidad –en especial para el caso de medidas legislativas y políticas públicas– se llega a enmascarar tras el propio margen de discrecionalidad de los Estados o, en una de sus modalidades, como justificativo de la preservación del orden público. Así, si bien es cierto que la intencionalidad no trae en sí misma causa de discriminación y su ausencia no la exime del examen de ésta, puede sin embargo ser la base de la justificación de la misma.

En la medida en que la discriminación indirecta es una figura controvertida y no siempre enfrentada directamente por los aplicadores del derecho, dada la propia controversia y ambigüedad que ofrece una norma de carácter neutral, la duda que me asalta es si en este tema no juega un papel relevante nuestro sentido moral, el empoderamiento de la tradición y la costumbre. Incluso, no sólo esto, sino también la concepción excesivamente literal del sometimiento obligatorio de la ley que, en estos casos de normas neutrales, no resulta del todo conveniente: una herramienta concebida en la Ilustración para protegernos del abuso de los poderes públicos, se torna contraproducente en nuestro caso de estudio. Y esto es así en la medida en que condenamos aquello que choca con la generalidad, o en este caso, obstaculizamos su desarrollo enmascarándolo a través de una pantalla de neutralidad. Al fin y al cabo, lo que nos parece inmoral lo universalizamos, de tal manera que enjuiciamos nuestras preferencias al entender que de lo contrario se está infringiendo la norma o el orden establecido.

Así, comprender hasta qué punto son legítimas y defendibles las bases de nuestras creencias morales y sus consiguientes juicios, resulta fundamental. Y es que, el principio de universalidad en el que se basa cualquier sistema moral, y que es tan simple como el "si es bueno o malo para mí, también es bueno o malo para ti", se rompe en la medida en que respetamos y tratamos bien a quienes consideramos nuestros iguales, pero basta con negar a los demás su derecho a ser considerados iguales para que nuestro precepto ya no sea aplicable, simplemente porque diferimos en nuestra forma de priorizar y gestionar las manifestaciones de los derechos fundamentales de acuerdo a nuestro contexto social, histórico, cultural y religioso.

Por supuesto soy consciente de que en todo caso existen límites al ejercicio de la libertad religiosa, también soy consciente de que uno de ellos es precisamente la moral pública, pero ésta no puede convertirse en una pantalla infranqueable. Si de entrada partimos de su indeterminación, el panorama multicultural y multirreligioso que caracteriza nuestra sociedad nos obliga a dar un paso más en nuestro análisis, cuestionando aquel límite moral justificable y que realmente

opera como catalizador de los conflictos sociales y regulador de la convivencia y aquel meramente subjetivo y parcial, basado en la comodidad de no analizar otras realidades cuya manifestación no tiene por qué suponer un riesgo en tal convivencia social.

La discriminación es un principio transversal que garantiza el ejercicio de los demás derechos fundamentales recogidos en nuestros instrumentos. Viene caracterizada por su complejidad –dada sus múltiples dimensiones: igualdad formal, igualdad material, discriminaciones puntuales y estructurales– y carácter multidisciplinar.

Así pues, y sentada la base de que la discriminación permite establecer diferencias, siempre que éstas estén adecuadamente fundamentadas y razonadas, de modo que quede claro el objetivo que tal distinción persigue y que éste sea a su vez legítimo, se hace necesario por tanto –al hilo de lo comentado en la presente exposición– que también las resoluciones de tales conflictos aporten claridad y seguridad en el método empleado para su análisis, un método proporcionado y adecuado que permita realmente alcanzar tal objetivo.

De este modo, se deberían establecer unas guías necesarias a partir de lo que podemos denominar un *test de igualdad* que, efectivamente, esclarezca si las autoridades han incurrido en una violación de este principio; en nuestro caso, anudado además a otro derecho fundamental como es el de la libertad religiosa, a través de un análisis conjunto que aborde de modo complejo la propia fórmula de la discriminación indirecta anudada a esta libertad.

3. Posible inconstitucionalidad de una ley por omisión de la cláusula de discriminación indirecta

Habiendo llegado a este punto de nuestro estudio, uno de los principales temores que se suscitan a la hora de la efectiva protección de los colectivos susceptibles

de ser objeto de una discriminación indirecta es, precisamente, que los mecanismos correctivos más efectivos no se pongan en práctica en vía judicial bien por un desconocimiento, bien por una falta de observancia de éstos.

El principal protagonismo en la actividad dinamizadora del ordenamiento es ostentado por el Juez –y en mayor medida, el Juez constitucional– desde el punto de vista que su labor como modulador entre el texto constitucional y la realidad social, entre la norma y los problemas no previstos o resueltos por ésta, consolida su posición de máximo intérprete y reduce la brecha que se haya podido generar por una rigidez legislativa; juega por tanto como un elemento integrador de protección de minorías.

Sin embargo, y hoy más que nunca, "los problemas que afectan a la (...) coherencia de la justicia constitucional con el resto del sistema político democrático, distan mucho de haber logrado una solución definitiva",⁸ por lo que se entiende necesaria una mayor implicación de todos los órganos que configuran la estructura estatal. En este sentido, "las sentencias de control constitucional pueden establecerse como parámetro de integración, adición o sustitución del contenido normativo de los actos de otros poderes públicos".⁹

Pero no sólo ha de ser el Juez constitucional el encargado de llevar a cabo tales correcciones: tal y como ya dejamos apuntado en el primero de los capítulos, como consecuencia de la configuración del Estado como un Estado social, son exigidos unos mandatos a los poderes públicos que requieren actuaciones concretas.¹⁰

⁸ Pedro de Vega, "Prólogo", en Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 5.

⁹ Edgar H. Fuentes Contreras, "Dinámica y Constitución: Ejecución del control constitucional más allá del legislador negativo" en José Marco Tayah, Paulo Aragão y Leticia D. Romano (coords.), *Reflexiones sobre Derecho latinoamericano*, Livre Expressão Editorial, São Paulo, 2013, pp. 277-290.

¹⁰ En palabras de Villaverde, precisamente, dada la posición privilegiada del Estado constitucional y democrático liberal, los parlamentos ostentan una responsabilidad de no incumplir los mandatos propios de la

Por ello, parece lógico pensar que –a fin de que, en efecto, todos los poderes públicos, tal y como enuncia el artículo 9.2 CE, se vean obligados por ésta– la iniciativa debería partir del propio Poder Legislativo, previendo una solución que anticipe y evite una corrección posterior en vía judicial; en palabras del propio Tribunal Constitucional:

la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos (...) están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la CE).¹¹

Somos conscientes de que la concepción de la Constitución como una norma imperativa y vinculante, pese a la heterogeneidad del ordenamiento jurídico, se concibe como un todo; así, como dejaba claro la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1992, de 27 de noviembre:¹²

la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles.

(...) el sistema constitucional es ajeno a cualquier concepción jerarquizada, de forma más o menos latente, entre sus contenidos "dogmático" y "orgánico". Derechos fundamentales y estructura democrática son ambas expresiones y soporte del mismo y único modelo de comunidad política que, desde sus orígenes, la Constitución representa.

Carta Magna, "obligando[les] a no permanecer en silencio ante el *statu quo*" en Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 1.

¹¹ STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1o. (BOE de 18 de mayo de 1982).

¹² STC 206/1992, de 27 de noviembre, (BOE, de 23 de diciembre de 1992), FJ 3.

Obviamente, la argumentación expuesta hasta el momento incardina la complejidad del sistema, tanto en lo referente a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación en sí misma, lo que hace infructuoso cualquier intento racionalista consistente en tratar de prever todos los conflictos sociales posibles para, a continuación, tratar de conferirles una alternativa normativa adecuada.

Más aún, debemos entender que en el sistema jurídico propio del Estado social de derecho, toma mayor relevancia el problema de acomodar, preparar, adaptar la aplicación de la norma por medio de la intervención del Juez. Pero este mecanismo de intervención no se manifiesta como el único mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino que somos conscientes de que se presenta, sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.

Por tanto, si bien es cierto que los principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución no requieren una norma de desarrollo que justifique su aplicación, a estas alturas tampoco es descabellado afirmar que la previsión de determinados mecanismos facilita y dota de mayor seguridad jurídica a estos derechos fundamentales, potenciando su desarrollo (siempre partiendo de que toda institución o procedimiento ha de ser previsto o interpretado bajo el paraguas de su respeto y protección, de tal modo que se logre la eficacia de los mismos).

Y precisamente, en ese camino vemos cómo instituciones como la discriminación indirecta encuentran su mayor amparo y respeto al otorgarle de manera prioritaria al Juez la estrategia de alcanzar su real y efectiva eficacia, no siendo ésta la única vía de respuesta; los mecanismos constitucionales han de abarcar el reconocimiento de herramientas que permitan una mayor interacción y dinamismo, que logren alcanzar un equilibrio entre la salvaguardia de la norma constitucional (concebida ésta como un núcleo sólido y estable en el ordenamiento jurídico),

con las necesidades y realidades que en la sociedad se presentan y que, por definición, son de naturaleza variable y compleja.

Y es que, pese a la concepción integradora de esta argumentación, se pueden dar vacíos normativos que conlleven situaciones incompatibles con el mandato de la Constitución, consecuencia de la inobservancia de los poderes públicos, concretamente del legislador¹³ para el caso que vamos a analizar, siendo la ausencia de previsión de correcciones legislativas una materialización de la referida imprevisión.

Volviendo a la idea ya planteada, la doctrina apunta que no es posible hacer un diseño de todas las normas "teniendo en cuenta todas las sensibilidades religiosas existentes".¹⁴ Y si bien es cierto, no cabe duda que hacer una previsión en abstracto de todos los casos en los que se puede producir una discriminación indirecta y por tanto incluir una corrección legislativa es, por la propia naturaleza de la figura jurídica, algo inabarcable; no lo sería sin embargo en aquellos casos en los que la casuística ya nos ha ofrecido tales resultados; tampoco nos imposibilitaría el incluir, en aquella legislación que por su ámbito de aplicación pueda resultar especialmente conflictiva, no ya una cláusula general de prohibición de discriminación indirecta como instar a las partes implicadas el llevar a cabo el juicio de proporcionalidad o acomodación razonable que, de un modo más prolijo, han sido desarrollados en los capítulos anteriores.

Precisamente, tal idea nos llevaría a plantear un debate íntimamente relacionado: el hecho de que pueda llegar a entender que tal omisión por una norma jurídica debiera conllevar el estudio de su inconstitucionalidad; dicho de otro modo,

¹³ Juan Luis Requejo Pagés, "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", en *XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos*, Vilna, 2008, p. 12.

¹⁴ María Elósegui Itxaso, *El concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 403.

cabría plantearse si una norma puede llegar a ser inconstitucional en los casos en los que omitiera tal cláusula de protección de la igualdad y no discriminación y su consiguiente mecanismo de corrección. En primer lugar, puesto que han de ser todos los poderes públicos, y no sólo el judicial, "los que *promuevan* las condiciones para que éstas sean *reales y efectivas*" y, consecuentemente, porque la propia falta de previsión es en sí misma un obstáculo para que éstas se desarrollen en plenitud.

Es preciso adelantar que lo que aquí tratamos de plantear no es un ataque a la libertad del legislador dentro de su marco competencial, en el sentido de que en efecto éste puede llevar a cabo la regulación de una materia –dentro del respeto al texto constitucional– en la línea en que estime conveniente; ni tampoco una fractura de la división de poderes.¹⁵ El eje del presente planteamiento parte de la idea de que si el legislador se encuentra vinculado por los dictados de la Ley Fundamental que le son dirigidos, la plena discrecionalidad de éste se ha de ver cuestionada en la medida en que, *a sensu contrario*, se llegara a entender como una obligatoriedad de legislar de acuerdo a dichos mandatos, y por tanto su omisión pudiera ser susceptible de control en sede constitucional,¹⁶ pudiendo ser esta omisión intencional o simplemente circunstancial.

Yendo incluso un poco más allá, y dado que el Tribunal Constitucional se erige como máximo intérprete no sólo de la Constitución sino del propio derecho ordinario –en la media en que es él quien fija el parámetro constitucional que el

¹⁵ Es lógico, por tanto, llevar a cabo un nuevo enfoque de la visión del escenario constitucional. Las fórmulas de Estado constitucional y de Estado de Derecho plantean un perfeccionamiento del mismo, basado en el sometimiento del poder al derecho, y más concretamente del legislador a la Constitución. No se trata por tanto de hacer tambalear la posición de legislador, sino una reinterpretación que recomponga la posible fractura del ordenamiento jurídico en *pro* de una interpretación integradora del mismo. *Cfr.* Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta-UNAM-IJ, Madrid, 2003, p. 157; Sastre Ariza, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 239. Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.

¹⁶ Véase Francisco Fernández Sesgado, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas", *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 7, núm. 2, 2009, p. 17.

resto del ordenamiento jurídico ha de seguir (tratando de trazar una línea equilibrada entre un férreo positivismo y la creación de substitutos de la Carta Magna, en aras de una efectiva protección jurídica de los derechos y garantías constitucionales, debería recurrir a *posiciones jurídicas novedosas*.¹⁷

Siguiendo esta línea, se advertiría que el legislador incurre en omisión no sólo en los casos en los que omite un requisito o condición imprescindible para su correcta interpretación y armonización con la Constitución, sino incluso cuando esta regulación de un mandato constitucional la realice de manera insuficiente o incompleta.

Sin ánimo de entrar en un exhaustivo debate acerca del planteamiento de la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sí vamos a ofrecer las principales ideas que la doctrina nos ofrece a este respecto. No es un concepto unívoco en ésta, pero partiremos de la definición más genérica aportada por Mortati, que entiende que se trata de *todo tipo de abstención de actuar frente a lo previsto en la Constitución*.¹⁸

Concretando algo más esta idea, desde el gran desarrollo que llevó a cabo Gomes Canotilho, se entiende que se trataría de un "incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos".¹⁹ Y no habla en este sentido, la doctrina portuguesa, de una inaplicabilidad del sistema constitucional en bloque, sino que es referida de "una norma cuya no viabilidad frustra el cumplimiento de la Constitución".²⁰

¹⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, "Derecho, derechos; Tribunal, Tribunales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Era)*, núm. 60-61, Abril-Septiembre 1988, p. 827.

¹⁸ Costantino Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritta*, Tomo III, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 923 y ss.

¹⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6a ed., Coimbra, Almedina, 1993, p.1089.

²⁰ Del original "uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição", en Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Almedina, 1993, pp. 519-520.

Así pues, la idea que subyace y que sirve de engranaje argumentativo no es otra que el hecho de que la posición superior de la Constitución –tanto desde un punto de vista formal como material– trae como consecuencia la vinculación de todos los poderes públicos y por ello obliga a legislar con el objetivo de concretar su programa constitucional, de tal modo que su omisión supone un atentado a esa supremacía y una contradicción con su articulado;²¹ su reconocimiento, por tanto, presume una efectiva realización del proyecto ideado por el constituyente adaptándolo a las necesidades exigidas del propio desarrollo del Estado social y evitando el fraude constitucional que su negación implicaría.²² Dicho en pocas palabras: llegar a la conclusión de que la vulneración de los derechos fundamentales trae causa, precisamente, en el *no hacer* del legislador.²³

Y está claro que no estamos, por ejemplo, en el mismo terreno que el papel que juega el silencio en relación a la actividad administrativa, que está convenientemente regulado, ni se trata de la exigencia impuesta a los órganos judiciales de resolución de los temas planteados, pues a diferencia de lo que ocurre con estos órganos, el Poder Legislativo sigue siendo no responsable de su falta de actividad. Pero hemos de tener en cuenta que el Poder Judicial no puede quedar ajeno a las necesidades de la sociedad, y por tanto que el debate no debe quedar zanjado una vez alcanzada una resolución, sino que en aras del interés público, y asegurando el principio constitucional, se vea trasladado a una actualización legislativa, permitiendo así un avance propio de una sociedad democrática.

²¹ En palabras de Sagüés: "Si la Constitución se define como suprema, esta supremacía declinaría en su vigor y genuino sentido si quedara al arbitrio absoluto de un órgano del poder constituido, quien al omitir su deber constitucional *bloquearía* a la cláusula constitucional respectiva". Néstor Pedro Sagüés, *Recurso Extraordinario. Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. 4a ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 438.

²² Véase José Julio Fernández Rodríguez, "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 110, Julio-Septiembre 1998, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 338.

²³ Frans Wessel, "Die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde" *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl), 1952, p. 164.

Sin embargo, tenemos que preguntarnos si la importancia de tal omisión radica en la involuntariedad de la misma por parte del legislador o si, por el contrario, se trata del incumplimiento de una obligación, resultado de un acto de voluntad que lesiona, por su falta de una previsión bien voluntaria, bien involuntaria, de derechos fundamentales al desconectar de los problemas que pueden entrañar su aplicación e interpretación a los casos concretos,²⁴ dificultando aún más la corrección del resultado lesivo, y por tanto no subsanable por otras técnicas jurídicas.

Es una institución, por tanto, que nos obliga a hacer un análisis minucioso de si, de un lado, la omisión responde a una falta de acción por parte del legislador en algo que estaba constitucionalmente obligado (y no una mera omisión o laguna legislativa) y de si tal mandato constitucional exige una acción legislativa concreta,²⁵ bien porque esa exigencia viene referida de un modo directo, bien porque la propia complejidad del mismo requiere de un desarrollo detallado.

Empero, no solo nos podemos quedar en que existiría una omisión inconstitucional en casos tan evidentes como los citados, sino que también debemos considerar tal posibilidad en los casos en los que la ausencia o insuficiencia legislativa deviene insuficiente o incluso inútil para salvaguardar los derechos en ella contenidos, de tal manera que aunque en momentos puntuales pudiera ser corregido por una interpretación y aplicación extensiva del texto constitucional (y el resto del ordenamiento jurídico), el legislador seguiría sin verse exento de su obligación de legislar al respecto.

²⁴ Véase Angela Figueruelo Burrieza, "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, Julio-Septiembre 1993, pp. 47-72.

²⁵ Véase Javier Tajadura Tejada, "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales" en Javier Corcuera Atienza, *La protección de los derechos sociales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 229 y ss.

Por lo ya advertido, antes de seguir avanzando en el desarrollo del análisis de la omisión como causa de inconstitucionalidad, debemos hacer un breve inciso, para distinguir el hecho al que nos venimos reseñando de lo que la doctrina ha venido refiriéndose como *laguna* jurídica.²⁶

La diferencia que hace por su parte Mortati²⁷ entre omisión y laguna legislativa abarca dos consideraciones importantes: de un lado, que la omisión es fruto, ante todo, de una obligación de hacer, a diferencia de la laguna que surge en los casos de ausencia de norma en aquellas situaciones en las que no existe tal obligación; de otro lado, añade que las omisiones son siempre consecuencia de un *atto di volontà* (acto de voluntad), a diferencia de la laguna, que puede ser fruto de la falta de ésta.

Sería cuestionable esta interpretación de laguna y omisión, en la medida en que vincula a la segunda necesariamente la intencionalidad del legislador: omisión como consecuencia de un acto voluntario y premeditado. Y aunque hay jurisdicciones constitucionales que han incluido este condicionante para identificar las omisiones legislativas, como es el caso de Brasil,²⁸ se hace complejo el reducir a esta intencionalidad la identificación y subsanación de omisiones, pues dejamos en manos del juzgador la tarea de además valorar e identificar, como apunta Ahumada, la intencionalidad del *mens legislatoris*, lo que implica ir más allá del mero análisis aséptico de la norma.²⁹

Laguna, por tanto, que podría considerarse en los casos en los que la ausencia de una previsión no imposibilitaría su puesta en marcha, a través, por ejemplo de

²⁶ Véase Constantino Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali...", art. cit., p. 927.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ Véase Anna Cândida Da Cunha Ferraz, "Protecção jurisdiccional da omissão inconstitucional dos poderes locais", *Revista Mestrado em Direito*, año 5, núm. 5, São Paulo, Osasco, 2005, p. 160.

²⁹ María Ángeles Ahumada Ruíz, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, Enero/Abril, Madrid, 1991, p. 174.

una técnica convencional. Sin embargo, cuando hablamos de omisión legislativa –de la que estudiar su posible inconstitucionalidad– nos encontramos en los casos en lo que la falta de regulación deriva en un callejón sin salida desde el punto de vista de que no hay una técnica alternativa, la imposibilidad, en definitiva, de que el ordenamiento jurídico ofrezca una solución conforme a la Constitución. Es por ello que en estos casos se aprecia una vulneración de ésta, independientemente que el Juez ordinario pueda llevar a cabo una reinterpretación extensiva y forzada de otras fuentes del ordenamiento para la resolución del conflicto, pues precisamente es el silencio legislativo el que produce la lesión de los derechos fundamentales del sujeto garantizados por la Carta Magna.

Teniendo claro el concepto de omisión, la doctrina alemana ha entendido que se puede incurrir en dos tipos de omisión legislativa inconstitucional; Wessel,³⁰ siendo el primero que introdujera esta figura en la dogmática, y entendiendo igualmente que la omisión de un deber del legislador podría dar lugar a la lesión de determinados derechos individuales, señala que existe la denominada 'omisión absoluta', cuando se presenta una ausencia total de cualquier actividad legislativa requerida por la Constitución para dar una efectividad a su mandato;³¹ y la omisión relativa, en los casos en los que aun existiendo un desarrollo legislativo, éste es insuficiente o defectuoso³² (o lo que es lo mismo, que se hubiera omitido por el legislador una condición o requisito que, de acuerdo con la Carta Magna, sería exigencia básica para ajustarse a su mandato).

Y es en este último tipo en el que fijaremos nuestra atención, en la medida en que mientras en el primer caso el intérprete constitucional tendría más impedido

³⁰ Cfr. Frans Wessel, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde" en *Deutsches Verwaltungsblatt*, *op. cit.* Hf. 6, p. 161 y ss.

³¹ Tal y como apunta Villaverde, hablamos de un deber de no contrariar al texto constitucional, siendo la justicia constitucional la encargada de velar por tal cumplimiento. Véase Ignacio Villaverde Menéndez *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 42.

³² *Willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss* o "arbitraria exclusión del beneficio": término empleado por la doctrina alemana para este tipo de omisión legislativa. Véase José Julio Fernández, "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", *art. cit.*, pp. 335 y ss.

un control represivo, en el segundo se le aprecian márgenes de actuación al tratarse de una norma incompleta que en nuestro caso incrementa el riesgo de lesión de libertad religiosa y que, a diferencia de otros casos, reduce la referida desconexión entre interpretación y aplicación al restringirse la abstracción de la institución jurídica referida. Dicho de otro modo, el caso de las omisiones parciales conecta directamente con una posible vulneración del principio de igualdad, en la medida en que se regulan unas situaciones y otras no.

El problema que presenta tal omisión para parte de la doctrina comienza a encontrar soluciones desde tres ámbitos interconectados: la propia academia que reivindica la posibilidad de la realización de tal control; la jurisprudencia, desde el momento en que empieza a implementar el control de constitucionalidad de las omisiones llevadas a cabo por el legislador; y el ámbito legislativo cuando las normas constitucionales impone el deber impuesto por la Constitución de desarrollar a través de normas su contenido.³³

Así, y volviendo al tema que nos ocupa, varios han de ser los requisitos que se han de cumplir para entender que un caso de los comentados incurriría en inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa:

- i) que exista una norma sobre la cual se predica;
- ii) que en esta norma se advierta una omisión que excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; por tanto, la ausencia de legislación opera como causa;

³³ Véase entre otros, Marcos Gómez Puente, *La inactividad del legislador una realidad susceptible de control*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; J.J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1997; Gerardo Eto Cruz, "Acción de inconstitucionalidad por omisión", *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 172 y ss.

- iii) que dicha exclusión no responda una razón objetiva y suficiente, y por tanto conlleve una desigualdad injustificada entre los casos que están y no están subsumidos a las consecuencias en ella previstas, implicando por tanto el incumplimiento de un deber constitucional por parte legislador.

Aplicándolo a nuestro ámbito de estudio, y a modo de recapitulación, encontraríamos que, efectivamente, disponemos de normas específicas que bien por la casuística existente consecuencia de su aplicación, bien por tratarse de normas de carácter general (el claro ejemplo es la ley 62/2003 por la que se lleva a cabo la transposición de las Directivas europeas), se advierte en ellas la ausencia de legislación que opera como causa. Este requisito se hace especialmente palmario en la ley de carácter general donde ni siquiera se prevé un mecanismo de corrección específico que oriente a normas particulares a la hora de que se presente una vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, sin una justificación razonable de tal omisión de los mecanismos de corrección.

Observando normas de carácter más específico, podríamos aludir a un ejemplo claro de omisión y un intento de corrección del mismo (por vía normativa) algo cuestionable, y que nos ilustra perfectamente la existencia de tales inobservancias en materia de discriminación por cuestiones religiosas. Nos referimos a la "reinterpretación" que en 2006, el Ministerio del Interior llevó a cabo del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, de Expedición del Documento Nacional de Identidad y certificado de firma electrónica.³⁴

En su artículo 5.1.b., relativo a los requisitos para la expedición del citado documento identificativo, el mencionado Real Decreto exigía una fotografía "tomada de frente *con la cabeza totalmente descubierta* y sin gafas de cristales oscuros o

³⁴ Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, de Expedición del Documento Nacional de Identidad y certificado de firma electrónica. BOE 24 diciembre 2005, núm. 307, pág. 42090.

cualquier otra prenda que pueda impedir o dificultar la identificación de la persona". A fin de poder acomodar prácticas religiosas, se dictó una circular en la que se aclara que podrán admitirse aquellas fotografías en las que "el solicitante lleve la cabeza cubierta con pañuelo, toca o prenda que imponga un culto religioso determinado, siempre y cuando el óvalo del rostro aparezca totalmente descubierto desde el nacimiento del pelo hasta el mentón, de forma que no impida o dificulte la identificación de la persona".³⁵

Así pues, contamos con una norma cuya pretensión es salvaguardar la seguridad pública—recordemos, límite de la libertad religiosa—fundamentándose en la necesidad de identificación de las personas; algo que se asegura con la mera exhibición del rostro. Tras la polémica suscitada, el propio legislador lleva a cabo una aplicación de un mecanismo de corrección—que podemos entender como una acomodación de prácticas religiosas que requieren la utilización de prendas que cubren el cabello— a través de la emisión de una circular.

Con certeza, la circular emitida por el Ministerio de Interior estaba pensando en el uso del velo islámico (y con tales titulares se recogió por toda la prensa del momento). Y si bien es cierto, no hace discriminación con el resto de manifestaciones religiosas, ya que su intento de acomodación está formulado de modo general, nos lleva a plantearnos si es el mejor medio para garantizar la salvaguarda de la libertad religiosa en este caso o si por el contrario, el legislador sigue omitiendo su obligación de remoción de los obstáculos para su aplicabilidad. Sin embargo, no deja de ser una mera circular que en modo alguno ha derogado el contenido del Real Decreto aún en vigor, superior jerárquicamente según la escala normativa y que está en clara colisión con la nueva interpretación.³⁶

³⁵ Instrucción 11 de abril de 2006, Comisaría General de Extranjería y Documentación - Aclaración de instrucciones sobre la expedición del Documento Nacional de Identidad.

³⁶ No es ésta una cuestión pacífica en otros países europeos. Sirva como ejemplo el caso francés, cuyo decreto núm. 99-973 de 25 de noviembre 1999 (modifiant le décret no 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la

No es el único caso que nos ilustra la existencia de tales omisiones legislativas, subsanadas posteriormente por este mismo, en este caso ante el temor de una resolución adversa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nos referimos al caso de la pensión de viudedad de una mujer casada por el rito gitano. Y esta propia sentencia nos destaca no sólo la importancia de una interpretación que se ajuste a una suerte de acomodación, sino también a la necesidad de que exista una previsión normativa.³⁷

El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes.

El Tribunal ha tenido ocasión en la Sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (*Sentencia Buckley contra Reino Unido*, de 25 septiembre 1996, § 76, 80, 84. Repertorio de Sentencias y Decisiones 1996-IV, Chapman contra Reino Unido [GC], antedicha, § 96, y *Connors contra Reino Unido*, núm. 66746/01, ap. 84, de 27 mayo 2004).

Fuentes

Bibliografía

AHUMADA Ruíz, María Ángeles, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero/abril, Madrid, 1991, pp. 169-194.

carte nationale d'identité) establece en su artículo 5 que la fotografía ha de ser tomada con la cabeza descubierta.

³⁷ TEDH, caso *Muñoz v. España*, Sentencia de 8 diciembre de 2009, § 61.

DA CUNHA Ferraz, Anna Cândida, "Protecção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais", *Revista Mestrado em Direito*, año 5, núm. 5, São Paulo, Osasco, 2005.

DE VEGA, Pedro, "Prólogo", en SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1998.

ELÓSEGUI Itxaso, María, *El concepto Jurisprudencial de Acomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ETO CRUZ, Gerardo, "Acción de inconstitucionalidad por omisión", *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.

FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio, "La inconstitucionalidad por omisión en Portugal", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 110, Julio-Septiembre 1998, pp. 335-359.

FERNÁNDEZ Sesgado, Francisco, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas", *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 7, núm 2, 2009, pp. 13-69.

FIGUERUELO Burrieza, Ángela, "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, Julio-Septiembre 1993, pp. 47-72.

FUENTES Contreras, Édgar, "Dinámica y Constitución: Ejecución del control constitucional más allá del legislador negativo", en TAYAH, José Marco, ARAGÃO,

Paulo y Leticia D. ROMANO (coords.), *Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano*, Livre Expressão Editorial, São Paulo, 2013, pp. 277-290.

GERARDS, Janneke H., "Judicial Review in Equal Treatment Cases", *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, vol. 83, 2005.

GOMES Canotilho, José Joaquim, "Derecho, derechos; tribunal, tribunales", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Era)*, núm. 60-61, abril-septiembre, 1988, pp. 819-830.

_____, *Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Almedina, 1993.

GÓMEZ Puente, Marcos, *La inactividad del legislador una realidad susceptible de control*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

MESSNER, Francis, PRÉLOT, Pierre-Henry y WOEHRLING, Jean-Marie (dirs.), *Droit français des religions*, 2a. ed., LexisNexis, París, 2013.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Almedina, 1993.

MORTATI, Costantino, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritta*, Tomo III, Giuffré, Milán, 1972.

PRIETO Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta-UNAM-IIJ, Madrid, 2003.

_____, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

REQUEJO Pagés, Juan Luis, "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", en *XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos*, Vilna, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario. Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. 4a. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013.

TAJADURA Tejada, Javier, "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales" en CORCUERA ATIENZA, Javier, *La protección de los derechos sociales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 443-465.

TOBLER, Christa, *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law*, Intersentina, Oxford, 2005.

VILLAVERDE Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGrawHill, Madrid, 1997.

WESSEL, Frans, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde" en *Deutsches Verwaltungsblatt*, (DVBl), 1952.

_____, "Die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde" en *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl), 1952.

LA JUSTICIA ABIERTA Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ESTRATEGIAS PARA CONSTRUIR LEGITIMIDAD

OPEN JUSTICE AND CONSTITUTIONAL COURTS: STRATEGIES TO BUILD LEGITIMACY

Reyes Rodríguez Mondragón*
Ana Cárdenas González de Cosío**

Resumen

El presente artículo estudia los puntos de convergencia entre la justicia abierta y la construcción de legitimidad por parte de los tribunales constitucionales, pues la primera es un vehículo para fomentar la segunda. Por lo tanto, los puntos de convergencia se discuten en el marco del papel que desempeñan los tribunales y las cortes constitucionales respecto de un contexto más general que incluye a distintos actores, y se refieren a las distintas estrategias que algunos tribunales han implementado para difundir y visibilizar sus funciones, y decisiones, para finalmente discutir algunos

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Estudió la licenciatura en Derecho en el ITAM, la maestría en Administración y Políticas Públicas en el CIDE y el máster en Derecho y Sociedad en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica; Contacto: reyes.rodriguez@te.gob.mx

** Asesora del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón. Estudió la licenciatura en Derecho en el CIDE, la maestría en la London School of Economics y el doctorado en King's College London. Contacto: ana.cardenas@te.gob.mx

mecanismos que ha aplicado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en su implementación del modelo de justicia abierta con miras a fortalecer su legitimidad y la confianza pública en sus decisiones.

Palabras clave: Tribunales constitucionales, justicia abierta, transparencia, participación, colaboración, legitimidad, confianza pública, modelos de comunicación.

Abstract

This article analyzes the points of convergence between open justice and the strategies that constitutional courts use to build legitimacy, since the former is a vehicle to further the latter. This discussion occurs against a more general backdrop that involves several brokers and the different strategies put in practice by different courts to communicate and make judicial functions and decisions visible. Finally, the article discusses some of the mechanisms that the Electoral Tribunal has exerted to implement the model of open justice to strengthen both its own legitimacy and the trust of the public on its decisions.

Keywords: Constitutional courts, open justice, transparency, engagement, collaboration, legitimacy, public trust, communication models.

1. Introducción

La justicia abierta es un modelo que busca entablar una nueva relación entre los tribunales y la ciudadanía en la que las decisiones y el quehacer de los tribunales sea transparente, accesible para la ciudadanía y visible respecto de otras instituciones públicas. Este modelo se ha ido construyendo con la finalidad de generar una nueva concepción del servicio público de justicia que ubique al ciudadano en el centro.

El propósito de la justicia abierta es fomentar la legitimidad y la confianza pública en los tribunales –incluyendo a los electorales–, por lo que este modelo se convierte en una herramienta para fomentar la cultura legal. Las expectativas sociales

dirigidas hacia el sistema judicial actúan como un incentivo para mejorar su desempeño y, a su vez, obligan a las instituciones judiciales a que imaginen y construyan nuevos espacios de apertura que incentiven la participación ciudadana y la colaboración con otras instituciones públicas y privadas, así como con distintos sectores de la sociedad civil.

Las tareas esenciales de un Tribunal Constitucional se sustentan en gran medida en la credibilidad y legitimidad de sus decisiones.¹ Por su parte, la confianza ciudadana en esas decisiones, así como en la interpretación constitucional que realiza un Tribunal de este tipo, no es automática: debe ganarse y mantenerse. Cuando un Tribunal Constitucional proporciona en sus sentencias argumentos jurídicamente defendibles en un formato accesible al público, cumple con su responsabilidad de rendir cuentas.²

Por lo tanto, los puntos de coincidencia entre la justicia abierta y el papel que desempeña el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en su carácter de Tribunal Constitucional en materia electoral, para fomentar la legitimidad y la confianza pública, serán el tema principal a tratar en este trabajo.

2. ¿Qué es la justicia abierta?

La justicia abierta es un modelo de gobernanza que parte de la ideología del gobierno abierto, un modelo que busca replantear la relación entre gobierno y

¹ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Constitutional Politics in Europe, Oxford University Press, 2010, pp. 141-149.

² Stephen Breyer, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 132-145.

ciudadanía para favorecer la transparencia en los servicios, los procesos y la información gubernamental, la participación ciudadana y la colaboración entre las instituciones públicas y la sociedad civil para atender nuevas demandas, necesidades e ideas.³ Al mismo tiempo, la noción de justicia abierta proviene del concepto de 'juicio abierto' desarrollado en los sistemas del *common law*, el cual se compone por el derecho de la comunidad a saber a quién se le acusa y de qué y el derecho al escrutinio de las instituciones públicas. La justicia abierta se enfoca en abrir procedimientos, documentos y datos públicos, tanto para el conocimiento y escrutinio público, como para el involucramiento de la sociedad civil.

La esencia de la justicia abierta es que la ciudadanía sea el eje del servicio público de la impartición de justicia y que se atiendan las necesidades ciudadanas con propuestas creativas, accesibles, que fomenten la transparencia en el quehacer institucional y, de ser el caso, con una visión colaborativa con otras instituciones. Una de las implicaciones de asumir que el sistema de justicia debe funcionar en torno a las necesidades de los ciudadanos es que las funciones institucionales –ya sean administrativas o jurisdiccionales– se orienten de modo tal que se privilegie la comprensión de éstas por parte de la ciudadanía, con el fin de que ésta se sienta más cercana al quehacer cotidiano institucional.

2.1. Principios

Este modelo se sustenta en tres principios: transparencia, participación ciudadana y colaboración.

³ Oscar Oslak, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, BID, OEA, Red GEALC, s. l., 2013, p. 4.

2.1.1. *Transparentar procesos y decisiones jurisdiccionales*

En términos generales, la transparencia se refiere a la existencia de información –o falta de la misma– sobre lo que son, hacen, utilizan y producen las distintas dependencias e instituciones públicas. Este principio responde a la exigencia y al derecho de la ciudadanía a saber, a conocer y a comprender el orden jurídico y el actuar de las instituciones públicas.

En materia jurisdiccional, adoptar el principio de transparencia opera en dos vertientes. La primera implica la apertura de procesos, procedimientos y datos útiles para cualquier ciudadano. Por ejemplo, en cuanto a las funciones administrativas de las instituciones judiciales, deben estar disponibles los datos relativos a la asignación de recursos, la operación de los comités internos y la contratación de personal; en lo relativo a las funciones jurisdiccionales, la apertura involucra los procesos de deliberación interna y todo documento o información que se genere en torno a ese proceso deliberativo.

La segunda vertiente tiene que ver con la facilidad para comprender la información. A este respecto, el utilizar un lenguaje claro es condición de apertura pues de ello dependerá en gran medida que la ciudadanía entienda cada una de las decisiones judiciales. Las sentencias son el principal acto de comunicación con la ciudadanía y la claridad en ellas elimina la falta de inteligibilidad o las interpretaciones incorrectas y acota la necesidad de intermediarios.⁴ Por lo tanto, el compromiso de emitir sentencias en un lenguaje que entienda la ciudadanía –en lo que se denomina lenguaje ciudadano– implica abandonar los excesos discursivos, los latinismos e incluso la elegancia literaria cuando ésta comprometa la claridad del texto.

⁴ José María Fernández Seijo, "Para quién escriben los jueces. Una breve reflexión sobre el lenguaje de la justicia", *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, serie "El Arte de Sentenciar", Depósito Legal M-40444-2016, pp. 22-24.

El principio de transparencia confluye con la afirmación de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo respecto a la "doctrina de las apariencias": "No sólo se debe hacer justicia, sino que se debe de poder observar cómo se hace justicia".⁵ Esta doctrina, al reconocer la importancia de la confianza pública en la imparcialidad de los tribunales, ha ocasionado un cambio profundo en la forma en la que los distintos tribunales comunican sus decisiones y se interrelacionan con la sociedad, incluyendo los medios de comunicación.

En consecuencia, el ser una institución "pública" ya no significa simplemente abrir las puertas del Tribunal al público, sino también contar con un modelo de mayor transparencia y accesibilidad efectiva que prescindiera de peticiones de información, o del análisis de datos presentados de manera aislada y poco asequible.

2.1.2. Participación: tribunales accesibles para la ciudadanía

La participación consiste, por un lado, en una política de atención y recepción de demandas y necesidades de los ciudadanos por parte de las instituciones, y por otro, en el derecho de la ciudadanía a involucrarse de forma activa en el debate público y en la formulación de políticas públicas. Fortalecer la participación en el ámbito judicial implica facilitar el acceso a la justicia en favor de la ciudadanía, así como generar soluciones que tomen en cuenta a las partes.

La participación incrementa el nivel de confianza en los tribunales –y en sus decisiones– y permite entender el papel de estos en la vida de cada persona.⁶ Además, la participación permite que las personas interesadas en el funcionamiento de la judicatura conozcan y, con el tiempo, respalden la labor del Tribunal

⁵ ECHR, *Case of Delcourt vs. Belgium*, 1970, p. 14 <https://www.legal-tools.org/doc/5e02c9/pdf/>; Judicial Communication and Professional Ethics, Themis competition Semi Final D-Team France 4. 2015 p. 2 http://www.ejtn.eu/Documents/THemis%202015/Written_Paper_France4.pdf

⁶ Cfr. Patricia A. García, *Community Involvement: The Key to Successful Justice Reform*, American Bar Association, Office of Justice Initiatives, Chicago, 1998.

con su intervención. Así, los Jueces encuentran una fuente de legitimidad en la sociedad que les confiere una mayor autoridad para tomar decisiones que puedan tener un alto impacto institucional o bien, actuar en contra de las preferencias de grupos de intereses.⁷

La participación de la ciudadanía se divide en dos vertientes, una que atañe a la ciudadanía en general y otra que concierne directamente a los usuarios del servicio de justicia.

Fomentar la participación y el involucramiento de la ciudadanía con los tribunales significa, en primer término, socializar las tareas y las decisiones. Un mecanismo común de participación consiste en la discusión de sentencias a través de observatorios judiciales y seminarios académicos de análisis de sentencias con la finalidad de abrir la discusión con miembros de la academia, los integrantes de algunas autoridades y otros tribunales electorales, incluyendo a los propios ponentes de las sentencias. Este mecanismo propicia la discusión y, a la vez, la reflexión sobre los efectos, contextos y otros aspectos de las decisiones.

La segunda vertiente de participación implica orientar las tareas y los procesos judiciales a las necesidades de los usuarios a fin de mejorar el acceso al servicio de justicia. Además de la transparencia, un valor que es esencial para el modelo de justicia abierta –dada su naturaleza– es el acceso a la justicia. Para que la ciudadanía pueda acudir a los sistemas e instancias encargados de la impartición de justicia es necesario que cuenten con la información y los mecanismos que permitan su pleno acceso. Por lo tanto, algunos de los mecanismos que pueden implementar los tribunales deben enfocarse en:

⁷ Asociación por los Derechos Civiles, "Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial", *Guía de Buenas Prácticas en América Latina*. ADC, Buenos Aires, Argentina, 2010.

- i.* Facilitar al usuario la formulación de escritos, así como la tramitación de asuntos a través de mejores sistemas de notificación y de seguimiento sin la necesidad de acudir ante el Tribunal.
- ii.* Buscar el involucramiento del usuario en forma directa a través de audiencias y otros medios para que accedan de manera directa a su expediente y al Juez.
- iii.* Dar a conocer a los usuarios las normas que rigen los procedimientos a fin de fomentar entre ellos una mayor confianza en el proceso y en el trato del Juez que los atiende y resuelve los casos.

Facilitar estos servicios abarata los costos de transacción –principalmente tiempo y dinero– que derivan de acudir ante los tribunales para resolver controversias, lo cual mejora el acceso a la justicia. Al mismo tiempo, estos servicios proporcionan herramientas para que quienes acuden ante los tribunales estén en mejores posibilidades de ejercer o de representar sus intereses y derechos.

2.1.3. Colaboración: visibilizar a los tribunales ante otras instituciones y conjuntamente con ellas

La colaboración significa generar soluciones a problemas colectivos y públicos, a partir de esfuerzos conjuntos entre distintas entidades gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, la academia y la ciudadanía en general.

En un ámbito judicial, la colaboración busca que los tribunales actúen horizontalmente con las instituciones y la ciudadanía. Estas interacciones contribuyen

a reducir la brecha que los separa de la sociedad.⁸ A su vez, la colaboración es un medio para que la ciudadanía pueda monitorear a los tribunales y esté más en contacto con su labor, pues se comparten esfuerzos conjuntos.⁹

Este nuevo enfoque reconoce las capacidades de la propia sociedad y los beneficios que puede aportar a los tribunales, dejando atrás el enfoque de una ciudadanía receptora y pasiva de acciones institucionales.

2.2. Justicia abierta y justicia procedimental

La importancia de la justicia abierta consiste en que es un modelo que fomenta un mayor sentido de justicia. Desde la noción de justicia procedimental, las partes de un litigio tienden a aceptar el resultado y a percibir el proceso como justo, siempre y cuando: a) las partes hayan tenido la posibilidad de participar en el proceso al expresar su postura; b) se hayan aplicado reglas y principios de manera imparcial que desembocaron en una decisión transparente; c) las partes hayan sido tratadas con respeto y dignidad, y d) las partes confíen en que el proceso busca resolver el problema y atender las necesidades planteadas frente al Juez.¹⁰

Lo anterior implica que, aun cuando alguna de las partes reciba un fallo en contra, si se sintió escuchada y tratada de manera equilibrada respecto de su contraparte, tenderá a aceptar y acatar el resultado. Aunque la aceptación de un resultado favorable es mucho mayor que la de uno no favorable, la percepción

⁸ David B. Rottman, Hillery S. Efke y Pamela Casey, *A Guide to Court and Community Collaboration*, National Center for State Courts, s. l., 1998.

⁹ Gary S. Brown, "Court Monitoring: A Say for Citizens in their Justice System", *Judicature*, 1997, pp. 219-221.

¹⁰ Steven Leben, "Considering Procedural-Fairness Concepts in the Courts of Utah", Conferencia presentada frente a los tribunales de Utah, septiembre 14, 2011. Disponible en: <http://www.proceduralfairness.org/~media/Microsites/Files/procedural-fairness/Utah%20Courts%20and%20Procedural%20Fairness%2009-2011.ashx>

del proceso incide en el grado de incumplimiento o rechazo de la sentencia del lado la parte derrotada.

Esto presupone que la percepción de un resultado justo dependerá de que las partes hayan recibido un trato equitativo y que confíen en el proceso, tanto en las reglas como en el árbitro que velará por que éstas se apliquen. El conocimiento de las reglas, del proceso y de las razones detrás de la determinación del árbitro propician confianza y son objetivos propios de la justicia abierta.

Ahora bien, ¿qué fomenta que la sociedad en su conjunto confíe de manera continua en las decisiones de un Tribunal Constitucional?

3. Tribunales constitucionales y la construcción de legitimidad

Un Tribunal Constitucional, como lo es el TEPJF, examina la legalidad de las decisiones impugnadas ante su instancia, y evalúa si determinados actos y resoluciones son acordes a los principios constitucionales. Además, interpreta el sentido de las distintas normas constitucionales, ya sea para armonizar los contenidos ante posibles contradicciones, para fijar los límites de los derechos y las libertades o para hacer ajustes al diseño orgánico del sistema jurídico y político.¹¹ Al hacer esto, desempeña cuatro funciones: actúa como contrapeso de las mayorías; sirve como canal para pacificar controversias entre entes políticos; legitima políticas públicas, y protege derechos fundamentales.¹² Como resultado de estas actividades, los tribunales constitucionales generan criterios de cons-

¹¹ Peter. W. Hogg y Allison A. Bushell, "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)", en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp.17-20.

¹² A. Stone Sweet, *Governing with Judges...*, *op. cit.*

titucionalidad y fijan las pautas para la actuación conforme a la Constitución, que atañen al Legislativo y al Ejecutivo.¹³

Las decisiones de los tribunales constitucionales necesariamente afectan tanto al sistema jurídico como al político. Fix-Fierro define a estos como "un nodo operativo y organizado entre el sistema político y el jurídico",¹⁴ pues, por un lado, una decisión judicial de un tribunal de este tipo no sólo establece reglas jurídicas específicas que afectan a las partes en el juicio, sino que también interactúan con otras porciones del tejido de la ley, y es precisamente el tejido resultante el que puede tener un impacto enorme.¹⁵ Además, el Tribunal Constitucional actúa como impulsor y vigilante de la integridad de la propia Constitución, participa activamente en los debates acerca del alcance de los valores y derechos protegidos por la Carta Magna, así como en los relativos a la forma más adecuada para protegerlos.

Por otro lado, un Tribunal Constitucional actúa como poder legitimador. Al hablar en nombre de la Constitución, tiene la misión de exponer los principios constitucionales que permitan solucionar y pacificar los conflictos que generan los procesos de redistribución de poder.¹⁶ La adjudicación de casos, a su vez, ayuda a la construcción de consensos en torno al contenido y alcance de otros principios constitucionales.¹⁷

La amplia acción correctiva de todo el sistema a cargo de los tribunales constitucionales, dice el exministro Aharon Barack, se debe enfocar en dos problemas

¹³ Marian Ahumada Ruiz, "La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia* SCJN, México, 2008, pp. 65-104.

¹⁴ Héctor Fix-Fierro, "Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia* México, SCJN, México, 2008, p. 50.

¹⁵ Stephen Breyer, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶ Marian Ahumada Ruiz, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷ Brünneck, citado en Alec Stone Sweet, *op. cit.*, pp. 137-138.

principales: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia.¹⁸ Esto último empata con la tarea principal de los tribunales constitucionales, según el Ministro Stephen Breyer, la cual es alcanzar el objetivo primario de la Constitución: contribuir a un gobierno democrático factible y operativo.¹⁹

Al realizar estas tareas, todo Tribunal y Corte constitucionales se enfrentan al dilema de su carácter contramayoritario. El término 'dilema contramayoritario' fue acuñado por Alexander Bickel para reflejar el "problema" de permitir que Jueces que no fueron electos popularmente puedan revocar la legislación promulgada por representantes electos mayoritariamente por ciudadanos.²⁰ Este tema ha sido estudiado a profundidad y desde distintos enfoques;²¹ para efectos de este trabajo, vale sintetizarlo como el problema del déficit democrático que caracteriza al Tribunal Constitucional para que determine si una disposición o ley debe ser expulsada del sistema jurídico, aun cuando fue aprobada por el Congreso y publicada por el Presidente, quienes cuentan con esa legitimidad democrática al haber sido electos.

El distanciamiento entre la judicatura constitucional y el electorado se considera sano en tanto las decisiones judiciales no dependen de la popularidad electoral de los tribunales ni están limitadas o definidas por las mayorías.²² Sin embargo, esto no significa que sus decisiones no afecten la vida de la ciudadanía, por el contrario, el alcance y la relevancia de la justicia constitucional es la formación y la consolidación de una cultura constitucional que influye en los más variados

¹⁸ Aharon Barak, "Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia" en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia* SCJN, México, 2008, p. 633.

¹⁹ Stephen Breyer, *op. cit.*, p. 142.

²⁰ Cfr. Alexander M., Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Oxford, 1978.

²¹ Véase por ejemplo a Roberto Gargarella, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6 (abril 1997), pp. 55-70; y a Stephen Breyer, *op. cit.*

²² Jeffrey K. Staton, *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

ámbitos de la vida y que necesariamente forja y corrige comportamientos de los actores y poderes públicos.²³

Bajo la postura de Gargarella, la ciudadanía también debe tener incidencia en el diálogo que ocurre entre la judicatura constitucional y las otras instituciones gubernamentales.²⁴ Esto, si se considera que el control judicial de constitucionalidad es una práctica dialógica que incluye una conversación entre la judicatura y otras ramas de gobierno, y donde la discusión constitucional no finaliza en los tribunales, sino que continúa a través de la deliberación pública. De acuerdo con este autor, las prácticas dialógicas son favorables en tanto que responden a las objeciones tradicionales asociadas al déficit democrático de la revisión judicial de constitucionalidad.²⁵

El alcance de las decisiones de los tribunales que inciden tanto en el sistema jurídico como en el político, junto con el dilema contramayoritario, destacan la exigencia a cargo del tribunal constitucional de contar con legitimidad y confianza pública. Su autoridad depende, en última instancia, de un proceso de persuasión que se realiza mediante la argumentación, pues debe convencer a los distintos auditorios o audiencias de que sus decisiones y el arbitrio judicial que ejerce están limitados por razonamientos normativos y, por lo tanto, no se trata de determinaciones arbitrarias.²⁶

3.1. Legitimidad y tribunales constitucionales

La construcción de la legitimidad de los tribunales constitucionales ha sido objeto de análisis desde distintas perspectivas. Bajo una perspectiva empírica,

²³ Marian Ahumada Ruiz, *op. cit.*

²⁴ Roberto Gargarella, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos" en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp. 119-126.

²⁵ *Cfr.* Roberto Gargarella, *op. cit.*

²⁶ *Cfr.* Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*; Alec Stone Sweet, *op. cit.*

se ha planteado la pregunta en distintas investigaciones sobre qué es lo que fomenta la legitimidad de los tribunales constitucionales, en relación con el papel cada vez más relevante que desarrollan en la arena política.

Gibson, Caldeira y Baird analizaron empíricamente qué incide en la construcción de legitimidad de los tribunales constitucionales y Cortes supremas. Para ello midieron la aceptación de estas instituciones entre la población de 18 países—de países como Estados Unidos, Rusia y principalmente países europeos—, a partir de un análisis del nivel de conocimiento, satisfacción o aprobación y de apoyo a la institución.²⁷

Entre los hallazgos encontraron que el conocimiento y la visibilidad de la institución y de las decisiones que afectan directamente a las personas son condiciones necesarias para construir legitimidad. Igualmente, las bases institucionales que propician la independencia de la judicatura respecto de las otras ramas del poder público son una condición necesaria para construir legitimidad y confianza pública.²⁸

Además, descubrieron que las instituciones que han llevado más tiempo en el espectro público tienden a contar con una base de aprobación que se gesta lentamente a lo largo del tiempo.²⁹ Sin embargo, es la acumulación de la satisfacción en la ciudadanía, y no la duración, lo que propicia mayor legitimidad. En la medida en la que un Tribunal Constitucional resuelva controversias que tienen un impacto directo en la sociedad, acumula satisfacción a lo largo del

²⁷ Las fuentes de información que utilizaron fueron diversas: respecto de países de la Unión Europea, encuestas sobre actitudes de la población sobre la Corte Europea de Justicia, el Eurobarómetro, entrevistas telefónicas; respecto de otros países hicieron entrevistas personales tomados de muestras representativas, encuestas aplicadas en seis países europeos y Estados Unidos sobre conciencia legal, democratización y derecho. James L. Gibson, Gregory A. Caldeira y Vanessa A. Baird, "On the Legitimacy of National High Courts", *American Political Science Review*, vol. 92-2, 1998, pp. 343-358.

²⁸ Gibson, *et al. op. cit.* p. 344.

²⁹ *Ibidem.*

tiempo. De forma que ser visible, como institución, es una condición necesaria pero no suficiente para fomentar la legitimidad de un Tribunal Constitucional.

Staton retomó el estudio de Gibson, Caldera y Baird para analizar el apoyo difuso de los tribunales constitucionales de 17 países europeos más Estados Unidos. Concluyó que, en la medida en la que un Tribunal Constitucional es conocido, tiende a gozar de más legitimidad. Una de las implicaciones de este hallazgo es que una persona que disfruta de satisfacción a corto plazo con el trabajo de su Tribunal Constitucional tiene más posibilidades de prestar atención a las decisiones que emite y de ofrecerle su apoyo específico.

Otra forma de analizar la construcción de legitimidad es la sugerida por Stone que, con base en el análisis de sistemas jurídicos europeos, sostiene que la legitimidad de la justicia constitucional se construye a lo largo del tiempo a partir de la interacción de tres tipos de actores: litigantes de controversias constitucionales, académicos que construyen la doctrina de derecho constitucional y los propios juzgadores (las estrategias de estos últimos serán objeto de discusión más adelante).

De acuerdo con Stone, es a partir del litigio constitucional que la relevancia y validez de la propia justicia constitucional se conserva y se legitima pues, por un lado, los litigantes delegan la solución de una controversia ya sea social, económica, política o jurídica al Tribunal cuando ésta podría ser resuelta por otra vía no jurisdiccional; por otro, los litigantes ayudan a la creación de derecho constitucional a partir de las decisiones y precedentes vinculantes que emiten los tribunales constitucionales al resolver controversias.

Stone sostiene además que la academia fortalece la justicia constitucional a través de la discusión sobre el contenido y significado de las disposiciones constitucionales, así como al definir el vínculo de determinada disposición con el ordenamiento constitucional en general. La función legitimadora opera a través

de estrategias como la construcción y la divulgación del derecho constitucional aislándolo de consideraciones contextuales, como la coyuntura política o las partes involucradas en determinada controversia, y enfocándose en la clarificación de conceptos jurídicos y disposiciones constitucionales. En la medida en la que el derecho constitucional se concibe como una rama del derecho puramente normativa, se fortalece la noción que la justicia constitucional es igualmente normativa.

Los integrantes de los tribunales constitucionales buscan tanto preservar la superioridad de la Constitución, como asegurar que sea precisamente ésta el referente para resolver controversias. Las estrategias que utilizan serán objeto de una amplia discusión en la siguiente sección.

Frente al reto de generar y conservar la legitimidad, vale discutir una serie de estrategias tendentes a fortalecerla, unas vinculadas con la forma de conceptualizar las tareas de un Tribunal Constitucional, y la otra, con la forma de comunicar el desempeño de esas tareas.

3.2. Estrategias vinculadas con las tareas de un Tribunal Constitucional

De acuerdo con Gibson y otros autores, las resoluciones de los tribunales constitucionales que más generan visibilidad son aquellas que coinciden con el punto de vista de las mayorías, y no las decisiones controversiales. Esta afirmación coincide con la visión del Juez Breyer quien sostiene que, para que una corte constitucional pueda fomentar y conservar la confianza pública debe interpretar la Constitución de manera que funcione para la sociedad actual. En consonancia con Breyer, Michel Troper sostiene que la verdadera motivación que persigue la argumentación de una decisión es precisamente su efectividad,

pues esa decisión resolverá un caso concreto afectando a las partes, pero también producirá efectos en otras instituciones, como el Congreso o el Ejecutivo.³⁰

Para ello, los tribunales constitucionales recurren a distintas estrategias, por ejemplo, evitan invalidar leyes, más bien buscan la forma de interpretarlas de manera que se puedan integrar al sistema constitucional o bien eliminan sólo las disposiciones que puedan no ser constitucionales; a su vez, tienden a resolver de manera consistente con la jurisprudencia. Además, buscan garantizar las condiciones básicas de justicia procedimental con la finalidad de fomentar la percepción de equidad en el proceso.³¹

Finalmente, otra estrategia planteada por Stone es la formulación de las decisiones que no sólo cumplan con la obligación de estar debidamente fundadas y motivadas, sino que sean efectivas pues afectan no sólo a las partes involucradas en el caso concreto, sino también a instituciones públicas como el Congreso u otros entes administrativos.³²

Por su parte, Breyer propone un enfoque de interpretación para lograr esa efectividad, el cual consiste en dos referentes: a) considerar que la Constitución contiene valores inmutables que deben aplicarse con flexibilidad a las circunstancias cambiantes y b) considerar las funciones de otras instituciones gubernamentales y las relaciones entre ellas.³³

En relación con el primer referente, Breyer explica que cuando los Jueces enfrentan un lenguaje no concluyente o cuestiones interpretativamente complicadas, pueden recurrir a una perspectiva pragmática que se enfoque en dos

³⁰ Alec Stone Sweet, *op. cit.*, pp. 139-140.

³¹ *Ibidem*, pp. 140-141.

³² *Ibidem*, pp. 146-149.

³³ Stephen Breyer, *op. cit.* 141-150.

cuestiones principales: la primera se centra en el objeto de la norma y las consecuencias que se relacionan con ese objeto, y la segunda consiste en considerar la distribución de facultades y pericia de las otras instituciones de gobierno.

En relación con la primera, para resolver el problema jurídico que se les plantea, los Jueces deben identificar el problema que el Congreso pretendió resolver mediante esa norma. En caso de no haber referencia alguna, por ejemplo, en los registros de debates o en la dictaminación de la ley, el propio Tribunal debe describir lo que pretendería resolver un hipotético legislador razonable y proyectar los propósitos o valores que inspiraron esas soluciones. Si la Corte Constitucional recurre al objeto de la norma al resolver un caso, el electorado se beneficia en tanto que tendrá claridad de cuál era el objeto perseguido por determinada ley y podrá evaluar si el legislador reflejó su interés en la norma. Este enfoque ayuda a que las leyes específicas funcionen a favor de aquellos a quienes el Congreso pretendía beneficiar.

En coincidencia con Breyer, al discutir la Constitución de Canadá, Hogg y Bushell sostienen que al determinar los límites razonables sobre los derechos garantizados por la Constitución, el Tribunal Constitucional debe analizar el objeto de la norma y, en particular, responder: si la ley persigue un objetivo importante; si la ley está racionalmente conectada con el objetivo que persigue; si la ley afecta el objetivo no más de lo necesario para alcanzarlo, y si la ley tiene un efecto proporcionado (o desproporcionado) en las personas a las que le aplica.³⁴ Este análisis posiciona al objeto de la norma en el centro de la decisión judicial y, a su vez, posibilita el diálogo entre tribunales constitucionales y órganos legislativos.

³⁴ Peter W. Hogg y Alison A. Bushell, *op. cit.*, pp. 17-23.

Esto último se vincula con el segundo referente planteado por Breyer el cual toma en cuenta a las otras instituciones gubernamentales. Al respecto sostiene que los Jueces deben considerar que la Constitución establece instituciones políticas diseñadas para asegurar la factibilidad de un gobierno democrático, que proteja las libertades individuales fundamentales—incluyendo el trato igualitario de la ley—y la división de poderes para evitar el acaparamiento de facultades y poder. Cuando un Juez interpreta la Constitución, tomando en consideración el papel de otras instancias públicas, y su relación con ellas, la Corte Constitucional colabora con la preservación y factibilidad democráticas de esos objetivos constitucionales. Este referente cumple dos propósitos: la posibilidad de que, en la práctica, la efectividad de las decisiones se incremente, y propicia que las instituciones gubernamentales acaten las restricciones que la propia Constitución impone.

La aplicación de estos referentes para interpretar la Constitución, dice Breyer, no implica descartar otras formas de interpretar tal ordenamiento—por ejemplo, el enfoque originalista o histórico, el literal y el de los precedentes—sino solamente incluir un enfoque que se centre en fomentar los fines constitucionales democráticos. A su vez, sostiene que el Juez constitucional debe siempre optar primero por integrar la norma que pudiera ser, o por lo menos parecer, ser contraria a la Constitución.

Tomar en consideración las distintas consecuencias de una decisión es un criterio compartido por otros autores como MacCormick, quien considera que, frente al problema interpretativo, deben observarse tres criterios: universalidad, entendido como una premisa o un principio que justifique determinada decisión; coherencia con las normas válidas existentes al interior del sistema, y, en último lugar, la consecuencia de tomar determinada decisión.³⁵ MacCormick y Breyer coinciden

³⁵ Citado en Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona, "Interpretación judicial. Módulo de autoformación", *Consejo Superior de la Judicatura*, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia, 2008, p. 100.

en que debe privilegiarse la interpretación de la norma que la conserve dentro del sistema normativo, aun cuando ello implique dejar el objeto de la ley en segundo término.

3.3. Estrategias para comunicar el desempeño de los tribunales

La orientación sugerida por Breyer para abordar los problemas de interpretación constitucional puede ser una estrategia que propicie mayor conocimiento y aprobación ciudadana del tribunal constitucional, en tanto tome como referente las necesidades de las personas y la forma como determinada norma busca responderles. Bajo esta forma de interpretar la Constitución, el Tribunal Constitucional vincula las leyes con las necesidades humanas y, al mismo tiempo, colabora con el Congreso en el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales. Estos dos componentes propician que las mayorías acepten más fácilmente una sentencia.³⁶

Los tribunales constitucionales están obligados a fundar y motivar sus decisiones por escrito pero la forma como lo hacen responde a la necesidad constante de propiciar y fomentar su legitimidad y validación.³⁷ Por ejemplo, en algunos países europeos como Alemania o España, las decisiones son exhaustivas respecto de los argumentos de las partes, incluyendo los que serán descartados para llegar a determinada conclusión, e incorporan referencias a académicos y de derecho comparado. En contraste, en Francia e Italia las decisiones son concisas y dirigidas a establecer cuáles son las premisas normativas y los precedentes utilizados para resolver una controversia. En estos países inclusive está prohibido divulgar los disensos o votos minoritarios bajo el argumento de que las decisiones no unánimes le restan legitimidad al Tribunal Constitucional.

³⁶ Stephen Breyer, *op. cit.*, p. 168.

³⁷ Alec Stone Sweet, *op. cit.*, p. 144.

Para Breyer, resolver una controversia constitucional tomando en cuenta su factibilidad democrática y la utilidad para la ciudadanía sólo tiene sentido si los argumentos jurídicamente defendibles son presentados y socializados en un formato accesible al público. Una decisión fundada en principios y razones es buena en la medida en que es transparente e informativa.³⁸ Incluso un tribunal que tiene importantes limitantes en su poder puede obtener credibilidad al exponer su trabajo ante la ciudadanía.³⁹ Con esto, se trata de maximizar la información pública sobre el quehacer jurisdiccional e impulsar simultáneamente las condiciones de transparencia y legitimidad.

La comunicación externa a la que ya se incluye en las resoluciones ha adquirido un papel central en la construcción de la imagen de la justicia, ya que puede incidir en la construcción de legitimidad y también en la percepción sobre el cumplimiento de principios como el de imparcialidad. Una buena imagen de la justicia promueve la apariencia de eficiencia e imparcialidad, pues el servicio de justicia no sólo debe ser justo, sino que también se le tiene que percibir como tal.

El interés por tomar un papel de comunicación más activo por parte de las instituciones judiciales ha llevado a distintos esquemas o modelos de comunicación externos al texto de las sentencias. Por ejemplo, en algunos países europeos el fiscal suele actuar como el vocero *de facto*, mientras que, en otros países, se ha creado la posición de vocero oficial, nombrando para esto a algunos Jueces de las Cortes como representantes de sus colegas (por ejemplo, en Austria, Bélgica, Bulgaria, Inglaterra y Gales, Países Bajos, Rumania, etcétera).

Una de las soluciones al problema sobre cómo se debe de repartir la responsabilidad de la comunicación entre el personal judicial es la designación basada

³⁸ Breyer, *op. cit.*, p. 145.

³⁹ Staton, *op. cit.*, p. 127-130.

en la jerarquía judicial o mediante la forma en cómo el ministerio de justicia designe a un Juez, fiscal u oficial especial a cargo de las comunicaciones. Esto es, a través de una oficina nacional o puesto judicial que se haga cargo de todas las comunicaciones en el país o, conforme a la segunda opción, con el mismo modelo, pero a nivel local de Jueces y fiscales de prensa. En contraste, existe un grupo de países que ha dejado el manejo de sus relaciones públicas, hasta cierto grado, al criterio de los Jueces (por ejemplo, Croacia, Francia, Irlanda, España, etcétera).

4. Prácticas en materia de justicia abierta y la construcción de legitimidad: avances y retos del TEPJF

Un Tribunal Constitucional joven, como el TEPJF, se enfrenta al reto de construir legitimidad pese a tener pocos años de haber sido creado. Aunado a esto, se presenta una segunda dificultad que consiste en que la normativa electoral es particularmente dinámica atendiendo a la frecuencia en que se incorporan nuevas reglas y se modifican muchas otras. De forma que la tarea constante de interpretar los alcances y contenidos de disposiciones nuevas o modificadas imprimen un carácter de cambio que dificulta generar una percepción de estabilidad y propiciar satisfacción y apoyo ciudadano continuo a lo largo del tiempo.

La relevancia de este tema no es menor al considerar, por un lado, que las instituciones electorales, incluyendo al TEPJF, enfrentan poca confianza pública. Por ejemplo, el reporte de Latinobarómetro de 2017 registró que el TEPJF obtuvo el 29% de confianza de la ciudadanía.⁴⁰ Este bajo nivel de confianza es sintomático de otras instituciones, y la razón que se menciona con mayor frecuencia es la

⁴⁰ Latinobarómetro 2017.

corrupción, por ejemplo, el 70% de encuestados por *Este País* respondió que el gobierno no responde a las necesidades personales.⁴¹ En suma, prevalece entre la ciudadanía una gran desconfianza en el gobierno, las instituciones y los actores políticos y sociales.

No obstante lo anterior, la ciudadanía sí tiene interés en la política y en activar las vías institucionales para canalizar sus reclamos.⁴² Entre las formas que la mayor parte de la población considera que son las mejores para que las autoridades la tomen en cuenta está en primer lugar el voto, seguido de hacer un reclamo en los medios de comunicación y, casi con el mismo porcentaje, quejarse ante las autoridades. Esto indica que, aun ante el déficit de confianza y legitimidad social, las autoridades siguen siendo utilizadas para resolver conflictos y reclamos, y la ciudadanía está interesada en participar.

Por otro lado y, frente a ese déficit de confianza, sobresale la función de la Sala Superior del TEPJF en la calificación de la elección presidencial, pieza clave para la estabilidad política del país. Por lo tanto, una determinación de esta importancia exige que la institución goce de un mínimo de legitimidad y confianza pública.

En el caso concreto del TEPJF, actualmente hay una serie de estrategias que se encuentran en marcha y que ponen en práctica, por un lado, los principios rectores de transparencia, participación ciudadana y colaboración del modelo

⁴¹ Alejandro Moreno, "La crisis de credibilidad se extiende a la sociedad civil", *Este País*, 1 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.estepais.com/articulo.php?id=1040&t=la-crisis-de-credibilidad-se-extiende-a-la-sociedad-civil>

⁴² En 2011, el 50.6% de las personas dijo estar "mucho" o "algo" interesado en la política, mientras que en 2016 el porcentaje disminuyó a 34.5%. Del estudio se desprende que los más interesados son los jóvenes de 25 a 34 años de edad y los adultos de 45 a 54 años. Héctor Fix-Fierro, Julia Isabel Flores y Diego Valadés, *Los mexicanos y su Constitución. Tercera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*, UNAM-IJ, México, 2017.

de justicia abierta; y por otro, las diversas estrategias ya discutidas en torno a la construcción de legitimidad de tribunales constitucionales.

4.1. Transparentar el quehacer institucional y a las personas detrás de éste

Una estrategia para propiciar la confianza pública es mostrar el quehacer cotidiano y a las personas que lo realizan. Esto incluye transparentar la administración y el ejercicio de los recursos públicos y, a su vez, el trabajo jurisdiccional y administrativo que se realiza.

Por lo tanto, las sentencias de la Sala Superior respecto de todos los medios de impugnación, así como las sesiones públicas que realiza, pueden consultarse tanto en video como en audio. Los usuarios también tienen acceso al orden del día de la sesión pública, a las sentencias aprobadas en esa fecha, a los acuerdos generales, a las actas y lineamientos de la Sala Superior, así como a los informes de labores de las distintas Salas.

Un esfuerzo paralelo implica producir sentencias que sean claras, concisas y con solidez argumentativa. Esto ha significado capacitar al personal jurisdiccional en temas de lenguaje ciudadano, argumentación y lenguaje incluyente. El lenguaje claro de una sentencia es una condición necesaria para transparentar tanto las decisiones como las razones detrás de éstas. Además, el lenguaje claro es indispensable para que los criterios se entiendan y se socialicen entre los distintos actores, la academia, los medios de comunicación y la ciudadanía en general.

Para este propósito, se han echado mano de estrategias como boletines de prensa e infografías difundidas en los espacios de comunicación social institucional y también en las redes sociales. En particular, el uso de redes sociales responde a que hay una tendencia creciente, presente en toda América Latina,

de utilizar las redes sociales para informarse sobre política. Si bien la prensa tradicional sigue siendo consultada, las plataformas como Twitter, YouTube y Facebook se han convertido en espacios que inciden cada vez más en la difusión y la discusión sobre política.⁴³ De acuerdo con el Latinobarómetro 2017, la consulta de la televisión para temas políticos bajó de 77 a 73 puntos de 2016 a 2017, la radio bajó también de 38 a 33 puntos en ese mismo período. En contraste, las redes subieron de 26 a 28 puntos.

Si bien existen barreras a la entrada para el acceso a internet, México ocupa el segundo lugar, de 58 países, en la reducción de la estructura de los costos de la banda ancha, lo que contribuido a que más personas tengan acceso a internet. En 2010, 22.2% de los hogares contaba con servicio de internet y, para 2015, esta proporción aumentó a 39.2%. Por otro lado, en 2015, el INEGI registró que 62.4 millones de personas en México utilizan internet (57.4%), de los cuales 88.7% lo usa para obtener información, 84.1%, para comunicarse y 76.6% para acceder a contenidos visuales.

De forma que estas cifras dan cuenta del alcance que las tecnologías de la información y comunicación, incluyendo las redes sociales, tienen para permitirnos comunicar y dialogar con un gran número de personas y, al mismo tiempo, de la oportunidad que el gobierno, incluyendo los tribunales que tiene para aprovechar su potencia.

Por otro lado, estas tecnologías permiten abrir la discusión con el auditorio en torno al sentido de las decisiones que toma la Sala Superior del TEPJF y también sobre la forma como las decisiones se comunican. Este ejercicio lo han realizado en países como Inglaterra, en donde a través de herramientas de multimedia (por ejemplo, *You be the Judge*), se ponen a discusión los hechos que

⁴³ Latinobarómetro 2017.

fueron sometidos ante el Juez, y cualquier persona pueda analizarlos y proponer una solución.

Asimismo, se encuentra accesible el perfil de las Magistradas y los Magistrados, incluyendo la agenda de cada uno y las comisiones y gastos que realizan, así como el directorio de los integrantes del Tribunal.

Estas distintas estrategias representan esfuerzos para transparentar y visibilizar las decisiones del TEPJF con miras a contribuir a su reconocimiento y a la construcción de legitimidad.

4.2. Accesibilidad del servicio de justicia y su percepción

Se han puesto en marcha distintos mecanismos, prácticas e instrumentos para fortalecer la accesibilidad de los usuarios al sistema de justicia electoral. Por ejemplo, se pueden consultar los acuerdos de los asuntos que conocen las distintas Salas del TEPJF, desde su recepción e instrucción, hasta su resolución final, así como la cédula de notificación respectiva.

Los usuarios pueden consultar el acuerdo de turno que le corresponde al medio de impugnación que presentaron a través de un buscador por fecha, nombre del actor, Magistrado, medio de impugnación y número consecutivo. También pueden consultar los asuntos que están en instrucción a través de un buscador por sala, entidad, medio de impugnación y Magistrado.

Otra herramienta útil para las partes son los estrados electrónicos, que son un "espejo" de lo que se publica en los estrados tradicionales, que incluyen turnos, radicaciones, admisiones, requerimientos, vistas, acuerdos y resoluciones. Esto permite seguir puntualmente el estado de los litigios sin necesidad de acudir personalmente, especialmente si la ubicación del Tribunal está alejada del domicilio de las partes. Así se ayuda a que las personas que están lejos no tengan

que trasladarse a alguna de las cuatro sedes del TEPJF para darle seguimiento a su asunto.

A su vez, las distintas partes que acuden al TEPJF pueden recibir notificaciones por correo electrónico. Para garantizar la autenticidad, certeza y seguridad jurídica de los documentos digitales se implementó un certificado de firma electrónica avanzada que utilizan los actuarios y la Secretaria General de Acuerdos.⁴⁴

Por otro lado, a fin de fomentar la percepción de justicia se han comenzado a abrir las audiencias de alegatos, comúnmente conocidos como alegatos de oídas. En esencia, se tratan de reuniones privadas entre una de las partes con el Juez que tiene que resolver su asunto, sin la presencia de algún otro juzgador ni de la otra parte.

Esta práctica ha sido duramente cuestionada por miembros de otros sistemas judiciales y por la academia por ser considerada una práctica que atenta contra la equidad en el proceso y la imparcialidad del juzgador. No obstante, es una práctica recurrente en el gremio del litigio, incluyendo el constitucional.⁴⁵

Magaloni y Elizondo sugieren un modelo que favorezca mayor transparencia en el proceso para todas las partes, y al mismo tiempo, que no obstaculice que las partes "cuenten su historia" al Juez a fin de transmitirle sus argumentos principales, las complejidades del caso y el contexto en el que la controversia se suscitó.

⁴⁴ Este tipo de notificaciones inició en 2010 y se formalizó legalmente en el Acuerdo General 3/2010 publicado en el DOF. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5161671&fecha=01/10/2010

⁴⁵ Magaloni y Elizondo al analizar esta figura entrevistaron a abogados litigantes en distintas materias y a operadores judiciales. Ana Laura Magaloni y Carlos Elizondo, "El 'Alegato de Oreja': Inequidad y Mediocridad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2015, núm. 144, pp. 1005-1034. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4958/6309>

Dada esta discusión, algunos Magistrados de la Sala Superior iniciamos la práctica de llevar a cabo audiencias con por lo menos otro Magistrado, invitar a la contraparte y difundir que se concretó una audiencia en las distintas redes sociales.

Llevar a cabo audiencias de comparecencia de manera abierta a las partes de un asunto y a aquellas personas interesadas en el mismo tiene diversos objetivos. El primero es facilitar el acceso de las personas interesadas en algún asunto electoral para manifestar su postura y ser escuchado por los integrantes del TEPJF. El segundo objetivo es sentar las condiciones para que las partes tengan las mismas oportunidades de plantear su caso ante un tribunal imparcial y de conocer toda la información puesta a consideración del Tribunal.

El tercer objetivo busca paliar percepciones de opacidad respecto de la labor judicial pues a partir de transparentar estas audiencias, se fomenta la confianza en el proceso y en la imparcialidad de la decisión a la que arribe el tribunal. El Juez debe decidir con imparcialidad, es decir, sin sesgos producto de la preferencia hacia alguna de las partes, intereses personales o económicos o por corrupción. Es por ello que a partir de estos lineamientos se garantiza que las audiencias se celebren con conocimiento de las partes y con apertura, para fomentar una percepción de imparcialidad.

Tal como apuntala Stone, los tribunales constitucionales construyen legitimidad en tanto muestren que los procedimientos y procesos sustanciados se llevan a cabo con equidad entre las partes y con claridad en torno a las reglas que les aplica. Esto confluye con la noción de justicia procedimental la cual se considera parte esencial del modelo de justicia abierta.

5. Conclusiones

La principal consonancia entre la justicia abierta y la construcción de legitimidad se centra en que las decisiones de los tribunales constitucionales estén

orientadas a las necesidades de las personas y a la forma como las distintas normas buscan resolver y atenderlas.

La justicia abierta es un modelo que permite hacer efectivo el derecho de la ciudadanía de estar informado y entender tanto sus derechos como las decisiones que les afectan. Transparentar los procesos de decisión y de cómo funcionan los tribunales debe enfocarse en que la ciudadanía perciba que la justicia es un servicio para resolver conflictos de manera pacífica.⁴⁶ A su vez, los tribunales deben fomentar que la justicia constitucional responda a las necesidades ciudadanas y, por lo tanto, los ajustes que realice al sistema jurídico y político se justifiquen precisamente en éstas.

Partiendo de premisas como la transparencia, la publicidad, la participación y el involucramiento ciudadano, los tribunales estamos obligados a informar al público y a los medios con respecto de sus decisiones y tareas diarias. Ser una institución "pública" ya no significa simplemente abrir las puertas del Tribunal al público, sino también contar con un modelo de mayor transparencia y accesibilidad efectiva. Se trata, finalmente de ser instituciones visibles con miras a generar cada vez más apoyo y reconocimiento ciudadano, y en última instancia, legitimidad que contribuya a la estabilidad política y el desarrollo democrático del país.

Fuentes

Bibliografía

AHUMADA Ruiz, Marian, "La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales", en Suprema Corte de Justicia de

⁴⁶ Sólo dos de cada 10 respondieron a la pregunta, ¿qué es la justicia? que es "un medio para poner orden". Mientras que más de tres de cada 10 respondieron que es "cumplir la ley", mientras que más de uno de cada 10 dijo que es "una forma de castigo". Héctor Fix-Fierro, *et al.* 2017, *op cit.* p. 24.

la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, SCJN, México, 2008, pp. 65-104.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, "Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial". *Guía de Buenas Prácticas en América Latina*, ADC, Buenos Aires, Argentina, 2010.

BARAK Aharon, "Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, SCJN, México, 2008, pp. 625-666.

BROWN, Gary S., "Court Monitoring: A Say For Citizens in their Justice System", *Judicature*, 1997, pp. 219-221.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María, "Para quién escriben los jueces. Una breve reflexión sobre el lenguaje de la justicia", *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, serie "El Arte de Sentenciar", Depósito Legal M-40444-2016, pp. 22-25.

FIX-FIERRO, Héctor, Julia Isabel Flores y VALADÉS, Diego, *Los mexicanos y su Constitución. Tercera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*, UNAM-IIJ, México, 2017.

FIX-FIERRO, Héctor, "Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales Constitucionales y Democracia México*, SCJN, México, 2008, pp. 43-54.

HOGG Peter. W., y Bushell Allison A., "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)", en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp.17-49.

GARGARELLA, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6 (abril 1997), pp. 55-70.

GARGARELLA, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos" en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp. 119-158.

LEBEN, Steven, "Considering Procedural-Fairness Concepts in the Courts of Utah", Conferencia presentada frente a los tribunales de Utah, Septiembre 14, 2011.

MORENO, Alejandro, "La crisis de credibilidad se extiende a la sociedad civil", en *Este País*, 1 de junio de 2017.

OZLAK, Oscar, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, BID, OEA, Red GEALC, 2013.

STEPHEN, Breyer, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

UPRIMNY, Roberto, Rodríguez Villabona, A.A. Abrador, "Interpretación judicial. Módulo de autoformación", *Consejo Superior de la Judicatura*, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia, 2008.

Legislación

Acuerdo General 3/2010, *Diario Oficial de la Federación*.

ECHR, *Case of Delcourt vs. Belgium*, 1970.

LÍMITES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y POBREZA*

*LIMITS OF THE MARGIN OF APPRECIATION
FROM A GENDER PERSPECTIVE AND POVERTY*

Laura Clérico**

Martín Aldao***

Everybody knows the fight was fixed
The poor stay poor, the rich get rich
That's how it goes
Everybody knows.
(Leonard Cohen, "Everybody Knows", 1988)

By the way, where could the applicant move to, had she decided not to stay on the same property? To a more well-off area? Come on. As 'everybody knows', this would not be 'how it goes'.
(Juez Küris en TEDH, *Caso GARIB vs. Países Bajos*, 6.11.2017, párr. 11)

Resumen

La doctrina del margen de apreciación estatal parece seguir marcando tendencia en tanto catalizador de las tensiones que atraviesan a las Cortes regionales de derechos

* Agradecemos a Celeste Novelli la atenta lectura del manuscrito.

** Abogada (UBA), LLM. y Doctora en Derecho (Univ. de Kiel). Investigadora CONICET. Profesora de Derecho Constitucional (UBA); Profesora (contratada) de Derechos Humanos y Derechos Constitucional Comparado (Univ. Erlangen/Nürnberg). Contacto: lauraclerico@yahoo.com

*** Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Investigador CONICET. Docente Derecho Público (UBA). Contacto: maldao@derecho.uba.ar

humanos. En este trabajo cuestionamos la doctrina del margen de apreciación en tanto aún no da cuenta de sus propias limitaciones, en particular su incapacidad para registrar el impacto de medidas generales en los derechos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Sostenemos que no advertir las limitaciones de la doctrina implica legitimar las relaciones de poder desiguales en el orden interno, lo que genera efectos excluyentes, como demostramos a través de un estudio de caso de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre impacto de políticas de gentrificación. Concluimos que las Cortes regionales de Derechos Humanos no pueden perder su función de foros de reconocimiento de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las políticas que las afectan en el ámbito interno. Advertimos que estas complejidades deberían ser especialmente tenidas en cuenta en el ámbito interamericano cuando se propone la transferencia de la doctrina del margen de apreciación a la europea, bien en su versión tradicional o remozada que incluye el giro procedimental.

Palabras clave: Margen de apreciación, género, pobreza, Cortes regionales de protección de los derechos humanos, desigualdad.

Abstract

The margin of appreciation doctrine is playing an increasingly significant role in regional courts of human rights case law, probably for its suitability as a catalyst for the tensions traversing regional human rights systems. In this paper we question the margin of appreciation doctrine, as it has not been accounted for its own limitations yet, in particular its shortcomings in accounting for the impact of general measures on the rights of people who are in a situation of vulnerability. We claim that this inability to acknowledge the limitations of the doctrine implicitly legitimize the unequal power relations at the domestic level, which generates excluding effects; for example, on women and children in situation of poverty, as we demonstrate through a case study of a judgment of the European Court of Human Rights on the impact of politics of gentrification. We conclude that the Regional Human Rights Courts cannot forfeit their function as forums for recognition of voices that are stigmatized and made invisible in internal orders, voices which are not on equal political standing in the domestic level. We warn that these complexities should be especially accounted for in the inter-American

context when proposing the transfer of the margin of appreciation from the European context, either in its traditional or revamped version that includes the procedural turn.

Keywords: Margin of appreciation, gender, poverty, regional courts for the protection of human rights, inequality.

1. Introducción: ¿el margen de apreciación del TEDH como canto de sirenas para la academia interamericana?

Las Cortes regionales de protección de derechos humanos parecen encontrarse tironeadas de los dos extremos de una soga. Por un lado, las afectadas y las organizaciones de derechos humanos les recuerdan que debe interpretar la Convención como un instrumento vivo y permanecer abiertas a los nuevos contenidos de los derechos que se ganan a fuerza de discusión. Por el otro lado, los Estados les recuerdan que sólo están habilitadas para interpretar en el marco de los contenidos consentidos y, que además de ello, le asiste a los Estados un margen de apreciación para determinar cómo proteger los derechos humanos. En suma, se encuentran la interpretación dinámica y la autonomía de las Cortes regionales *versus* la posición deferente de los tribunales frente a los Estados.

Por caso, las respuestas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a estos tironeos no parecen ser a todo o nada, en favor o en contra de cada uno de los extremos. De acuerdo con los contextos, las respuestas toman nuevas caras. Reconocen diferentes tiempos y velocidades. El TEDH desarrolla cintura.¹ Una de las respuestas a esta tensión fue catalizada a través de la doctrina

¹ En un trabajo relativamente reciente, De Londras y Dzehtsiarou advierten que las líneas jurisprudenciales innovadoras generaron "una tensión entre la Corte y las partes contratantes que posiblemente puede poner en tela de juicio el apoyo difuso de los Estados a la Corte". Sostiene que estas tensiones fueron abordadas a través de diversas estrategias, por un lado, a través de la gestión y manejo de los expedientes; luego, a través de la consideración de factores extralegales para comprender la relevancia de algunos casos particularmente controvertidos y, finalmente, a través del uso de la interpretación basada en el consenso europeo. Los autores

del margen de apreciación de los Estados desarrollada por el TEDH. Últimamente algunos vislumbran que el TEDH respondió a esas tensiones profundizando la aplicación de un criterio de delimitación del margen de apreciación de los Estados de corte procedimental² (por ejemplo, en el caso *Animal Defenders contra Reino Unido*).³ El criterio se refiere al debate democrático o judicial que la cuestión discutida recibió en el orden interno. El giro procedimental está anunciado en la siguiente fórmula: "Cuando las autoridades nacionales hayan llevado a cabo el ejercicio de ponderación de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, el Tribunal requeriría fuertes razones para sustituir su punto de vista por el de los tribunales nacionales."⁴

El objetivo de este trabajo no es ahondar en esta discusión, sino desafiarla desde una perspectiva de género en intersección con pobreza. Es decir, la pregunta es, en qué medida los criterios de *Animal Defenders* aplicados para evaluar una medida general que afecta especialmente a mujeres jefas de familia, pobres, logra tomar en serio la cuestión de género.⁵ Para ello, nos detenemos en la aplicación de los criterios de *Animal Defenders* en el caso Garib contra Países Bajos⁶ sobre interferencia al derecho de elección del lugar de residencia de una mujer y sus niños en la ciudad de Rotterdam por una norma general, la cual establecía una regulación basada en el nivel de ingresos provenientes de un

parecen sostener el carácter necesario de este modelo. Sin embargo, a renglón seguido, advierten las críticas que con razón se han referido al uso de estas estrategias. Por un lado, implica una pérdida en la calidad del razonamiento jurídico de las sentencias. Por el otro lado, estas estrategias dejan contentos a los Estados; sin embargo, no toman en cuenta las expectativas justificadas de las organizaciones de derechos humanos y, por supuesto, la de los propios afectados. Cfr. Fiona De Londras y Kanstantsin Dzehtsiarou, "Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, 2015, p. 523.

² Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 487-502.

³ TEDH, *Caso Animal Defenders Internacional c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013.

⁴ TEDH, *Caso Von Hannover c. Alemania* (No. 2), de 7 de febrero de 2012, párr. 107.

⁵ Sobre la jurisprudencia del TEDH relacionada con pobreza, véase Laurence Lavrysen, "Strengthening the Protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 293-325.

⁶ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), sentencia 43494/09, de 23 de febrero de 2016.

trabajo formal y en el tiempo de residencia en la zona. Sostenemos así que los criterios establecidos en *Animal Defenders* requieren ser repensados desde una perspectiva de género en intersección con la situación de pobreza.

Esta discusión no es sólo relevante para el ámbito regional en el que se aplica *Animal Defenders*, sino también para el interamericano. Es conocido que el TEDH utiliza con frecuencia el margen de apreciación de los Estados no así la Corte IDH.⁷ Sin embargo, la versión del margen de apreciación a la *Animal Defenders* está adquiriendo cierta relevancia en el ámbito interamericano,⁸ no así las limitaciones que presenta a la luz de la perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. Las discusiones sobre estas limitaciones son de importancia tanto para el contexto europeo⁹ como para el interamericano.

Para sostener nuestra tesis reconstruimos la versión estandarizada del margen de apreciación (apartado 2) para confrontarla con la versión remozada de *Animal Defenders* por ser este el caso paradigmático en el giro procedimental del margen

⁷ Laurence Burgorgue-Larsen sostiene que es correcta la negativa de la Corte IDH a "importar" la doctrina del margen de apreciación. Sostiene que la propia práctica europea demuestra que aún hoy se discute la aplicación correcta del margen de apreciación, que sigue siendo imperfecta en cuanto a técnica y una ventana de oportunidad por donde se cuela la arbitrariedad judicial del TEDH. Véase Laurence Burgorgue-Larsen, "The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts", en Armin Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Piovesan (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, OUP, Oxford, p. 408; y Antonio Cancado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2008, pp. 389-90.

⁸ Cfr. Oscar Parra Vera, "Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 565-606; Jorge Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", *Law & Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016, pp. 123; Andreas Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 359-371.

⁹ Laurence Lavrysen, "Strasbourg Court Fails to Acknowledge Discrimination and Stigmatization of Persons Living In Poverty", *Blog Strasbourg Observers*, 10 de marzo de 2016. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última visita 06 de marzo de 2018).

(apartado 3).¹⁰ En el siguiente apartado analizamos en forma crítica la doctrina de *Animal Defenders* desde la perspectiva de género en intersección con pobreza. El centro es el análisis del caso *Garib contra Países Bajos* para mostrar los problemas de la transferencia del estándar de *Animal Defenders* (apartado 4). Esto nos permite sostener en las conclusiones (apartado 5) que se requiere mayor debate de *Animal Defenders* desde perspectivas de género que tomen en serio la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural.¹¹

2. El margen de apreciación del Estado en el TEDH

El margen de apreciación es una doctrina que ha generado una prolífica producción académica y jurisprudencial¹² por el TEDH. Según la doctrina del margen,

¹⁰ Martín Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad", 2018, ms.

¹¹ Al respecto I. Young sostiene que "...la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...", véase Iris Young, *Responsability for Justice*, OUP, Oxford, 2011, p. 69.

¹² El desarrollo clásico y, a su vez, polémico de la doctrina del margen de apreciación se refleja en la seguidilla de, por lo menos, dos casos del TEDH: el caso *Lawless c. Irlanda*, del 7 de abril de 1961) y caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976. En el caso *Lawless c. Irlanda*, el afectado sostenía la ilegalidad de su detención en un campo de detención militar en la República de Irlanda. En el caso se trataba de la aplicación del artículo 15 del CEDH que establece que "en caso de guerra o de otra emergencia pública amenazando la vida de la nación cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas de derogación de las obligaciones previstas por el (...) Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación y siempre y cuando dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional." El TEDH reconoció que los Estados gozan de cierto margen en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la llamada "derogación" temporal. García Roca sostiene el origen trágico o, cuando menos, dramático del margen, en una situación de emergencia y de suspensión de derechos. "Quizá de esta brusca procedencia derive su cierta tosquedad o elementalidad (...) Mas puede que no sea cabal utilizar como instrumento de control ordinario una herramienta surgida en supuestos de hecho tan drásticos..." Sin embargo, advirtió que esa apreciación debe estar justificada, ya que esto permite luego evaluar si existe una situación real de peligro relacionada con las medidas estatales adoptadas. Se trata de la discusión sobre el alcance de los derechos y qué margen o no reconocer a los Estados en la aplicación del art. 15 del CEDH (por supuesto, en los derechos que pueden ser limitados, no en aquellos que la CEDH protege en forma absoluta y excluye de cualquier

las autoridades nacionales estarían mejor posicionadas que el TEDH, en principio, para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal atacada. Esto implica algunas cosas.

- a) La primera, el TEDH estaría llamado a cumplir una doble función:¹³ por un lado, desarrollar los estándares generales de derechos humanos a través de su jurisprudencia para que los Estados lo utilicen como norte en el orden interno y así compatibilicen sus acciones con la Convención.¹⁴ Por el otro lado, es red de contención en los casos individuales, si los Estados desconocen esos estándares, el TEDH estaría llamado a realizar justicia en el caso concreto, identificando la violación al derecho y condenado al Estado. Cumple así, por lo menos, una doble función.

ponderación en tiempos normales o de emergencia). Javier García Roca, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 122. En el caso *Handyside c. Reino Unido* se trataba sobre limitaciones a la libertad de expresión por la prohibición de la venta del llamado "Pequeño Libro Rojo". El art. 10.2 del CEDH reconoce la libertad de expresión; a su vez, admite que puede ser limitada siempre y cuando esté prevista en una ley y que sea necesaria en una sociedad democrática. El TEDH advierte que "los Estados Contratantes [no tienen] un poder ilimitado de apreciación. (...) va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su "necesidad". Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente. (...) Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una "sociedad democrática". De nuevo, en este caso se evalúa restricciones a los derechos y la intensidad con que el TEDH controla las razones alegadas por el Estado. Véase TEDH, *Handyside c. Reino Unido* (1976), párrs. 48-49. Rivers advierte que el margen es aún objeto de disputa, *cfr.* Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182; *cfr.* Andreas Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation...", *op. cit.*, p. 367.

¹³ *Cfr.* Janneke Gerards, "The Draft Copenhagen Declaration and the Court's dual role—The Need For A Different Definition of Subsidiarity and the Margin of Appreciation" en <https://strasbourgobservers.com>, 28 de febrero de 2018, (última consulta 01/03/2018), advirtiendo que, no es claro cuál de estas dos funciones es la más importante.

¹⁴ Arnardóttir reivindica el principio de *res interpretata* (en referencia a los arts. 1, 19 y 32 CEDH), el cual genera una obligación jurídica para los Estados contratantes de tener en cuenta todo el contenido del *corpus* de derecho jurisprudencial del TEDH cuando tienen que cumplir con las obligaciones que surgen de la CEDH. Véase Oddný Mjöll Arnardóttir, "Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre de 2017, pp. 819-843.

- b) La segunda, las autoridades nacionales deben realizar el examen de la necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad).¹⁵
- c) La tercera, el TEDH controla ese examen, es decir, *controla* si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos en juego.¹⁶
- d) La cuarta, ese control admite diversas intensidades. El TEDH reconoce al Estado un margen de apreciación. El *margen admite diversos grados*. Así, del alcance del margen que el TEDH le otorgue al Estado dependerá la intensidad con que controle las razones estatales. Si se reconoce un amplio margen a los Estados, la contracara es la posición deferente con que el TEDH analizará la justificación estatal. Por el contrario, si el margen es mínimo, el TEDH la escrutará en forma bien intensiva. A su vez, se podrían reconstruir escrutinios intermedios por medio de la utilización de escalas: amplio, intermedio, estrecho.

¹⁵ El examen de proporcionalidad desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia ha sido reconstruido con variantes por la academia especializada. Esto se debe, en parte, a que el TEDH no siempre ha sido coherente en su aplicación. Una de las reconstrucciones más recientes, propuesta por Follesdal, incluye cinco pasos o preguntas: a) si el fin estatal es legítimo; b) cuán importante es el derecho afectado como pilar de una sociedad democrática; c) qué/ cuán intensiva es la restricción al derecho; d) si la restricción al derecho es necesaria; y, por último, e) si las razones ofrecidas por el Estado son relevantes y suficientes. *Cfr.* A. Follesdal, "Exporting the Margin of Appreciation...", *op. cit.*, p. 365.

¹⁶ En cuanto a su ámbito de aplicación general, la doctrina del margen se desarrolla en el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limitados. Se trata, por ejemplo, de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, al derecho a casarse, entre otros (8 a 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante, CEDH). El margen no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas (art. 2o. y 3o. CEDH), la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes (art. 3o. CEDH); la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzado (art. 4o. CEDH). Respecto de todas estas prohibiciones, los Estados no tienen margen de apreciación, no hay posibilidad de ponderación alguna.

El TEDH fue estableciendo los criterios¹⁷ para la determinación del alcance del margen de apreciación en el caso. En su versión tradicional el alcance depende:

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> a) del tipo de derecho restringido,¹⁸ b) de su importancia, c) de la intensidad de la interferencia, d) del objeto de la interferencia, e) de la existencia de consenso europeo en la cuestión debatida, f) del tipo de obligación estatal y g) del tipo de interés estatal que se persiga con la medida. |
|--|

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

¹⁷ TEDH, caso *Marper c. Reino Unido*, 30562/04 y 30566/04, de 14 de diciembre de 2008, párr. 102: "El margen tiende a ser más estrecho cuando el derecho en juego es crucial para que el individuo disfrute efectivamente de intimidad o derechos claves ... Asimismo, cuando esté en juego una faceta particularmente importante de la existencia o identidad de un individuo, se limitará el margen permitido al Estado..." Sin embargo, advierte el TEDH, "cuando no existe un consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni en cuanto a la importancia relativa del interés en juego, ni en cuanto a la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio..."

¹⁸ El tipo de derecho restringido es un factor importante para la determinación del margen. De ahí que hoy en día se pueda hablar de desarrollos de dogmáticas especiales del margen de apreciación de acuerdo con el derecho en cuestión. Por ejemplo, en el caso de las limitaciones a la libertad de expresión, el TEDH sostiene que el margen depende "del tipo de expresión en cuestión". Así, de su jurisprudencia surge que hay poco margen para: a) "las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del debate sobre asuntos de interés público", como así también que b) el margen "está también limitado por el gran interés de una sociedad democrática a permitir a la prensa desempeñar su papel vital de 'perro guardián'". TEDH, caso *Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013, párr. 102. Si el margen es limitado, el Tribunal examinará cuidadosa e intensamente la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión. De esta forma podríamos seguir desarrollando el alcance del margen en relación con cada uno de los derechos limitables; sin embargo, este desarrollo excede el objeto de este trabajo. *Cfr.*, en general, Pablo Contreras, "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, p. 235; sobre libertad religiosa véase, Marisa Iglesias, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional". Disponible en: <https://www.law.yale.edu/system/files>, (última fecha de consulta: 17 de octubre de 2017) y Eva Brems, "The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights", en Janneke Gerards y Eva Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, CUP, Cambridge, 2017.

El uso del margen de apreciación de los Estados por el TEDH ha generado adeptos y críticos. Por un lado, se la ha criticado su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias;¹⁹ por su uso como una carcasa²⁰ para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho;²¹ por otro lado, se la ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados y por permitir mostrar la pluralidad europea.²²

¹⁹ M. Iglesias Vila propone una versión racionalizada del margen. Véase, Iglesias Vila, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH...", *op. cit.*

²⁰ A la luz de un análisis cualitativo de la jurisprudencia reciente del TEDH, J. Gerards muestra que la doctrina del margen de apreciación está siendo utilizada en forma más retórica que sustancial, en tanto que rara vez está directamente conectada con la determinación de la intensidad del escrutinio de la restricción al derecho en juego. Por el contrario, parece determinar la intensidad de control dependiendo de las circunstancias de cada caso. Véase, Janneke Gerards, "Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2018 (en prensa).

²¹ La enunciación del margen parece anunciar la evasión de realizar una justificación coherente y suficiente de la sentencia. Como sostiene Zucca en crítica al caso *Lautsi y otros c. Italia*, del CEDH: "La Gran Sala no expone sus razones, (...) la evaluación es corta y brutal y consiste sólo en veinte párrafos cortos, donde la Corte simplemente se esconde detrás de la pantalla del margen de apreciación, eufemismo lacónico por deferencia a las autoridades nacionales. Es cierto que la deferencia sirve el propósito de legitimar a la corte internacional frente a la feroz crítica nacional, (...) Sin embargo, lo que el TEDH no parece entender es que su legitimidad como tribunal internacional depende en gran medida de la calidad de su razonamiento, que debe considerarse como ejemplares en articulación y profundidad. Sin esas cualidades, cualquier decisión es una derrota para la justicia aunque sea una victoria pírrica para la respetabilidad institucional." Lorenzo Zucca, "Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1, 2013, p. 229 (cursiva agregada). En *Lautsi c. Italia* los reclamantes consideraban que la presencia de crucifijos en las aulas de centros de enseñanza pública violaba la libertad religiosa y el derecho a la educación de sus hijos. La Gran Sala del TEDH decidió que no había violación de los derechos alegados. Sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, esta decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un "consenso europeo" sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas. Por todo ello el TEDH realiza un escrutinio leve del accionar estatal. TEDH, *Lautsi y otros c. Italia*, núm. 30814/06, 2011, párr. 70. Cfr. Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, CUP, Cambridge, 2015.

²² R. Spano, "Universality or Diversity of Human Rights?", art. cit.

3. El margen de apreciación remozado. El giro procedimental: *Animal Defenders* re-visitado desde una mirada crítica

Recientemente el margen de apreciación ha recibido nuevos impulsos.²³ En especial, la calidad de debate democrático o judicial sobre el caso en disputa en el orden interno ha sido enfatizada como criterio para determinar el alcance del margen en la evaluación de normas generales. El TEDH lo aplica en el caso *Animal Defenders International contra Reino Unido* de 2013.²⁴

En *Animal Defenders* se trata de determinar la convencionalidad de la aplicación de una restricción genérica sobre la publicidad política a una publicidad cuyo propósito es generar conciencia sobre el maltrato animal. Las partes disientían en cuanto a que una publicidad sobre maltrato animal fuera de la clase que el Estado había querido restringir con el propósito de impedir la interferencia de la lógica del mejor postor en el debate político.

El voto mayoritario sostiene que, siempre que el proceso legislativo y la posterior revisión jurisdiccional hayan sido "pertinentes y suficientes",²⁵ corresponde otorgar al Estado un amplio margen, aun cuando esto implique dificultades en casos especiales.²⁶ Entonces, para el TEDH se trata de controlar la "proporcionalidad de una medida de carácter general".²⁷ Para la determinación del "margen de discrecionalidad adecuado" entiende que tiene especial importancia:

²³ *Ibidem*, p. 14.

²⁴ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013.

²⁵ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22 de abril de 2013, párr. 125.

²⁶ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22 de abril de 2013, párrs. 106 y 107. Véase Eva Brems, y Laurence Lavrysen, "Don't use a Sledgehammer to Crack a Nut": Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, pp. 139-168.

²⁷ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108. El problema radica en que el TEDH estaría dejando de controlar intensivamente si son suficiente y necesarias las razones estatales para la restricción del derecho en el caso, se limita a controlarlo en general. Además, con el siguiente agregado: "... cuanto más convincentes sean las justificaciones generales de la medida general, menor será la importancia

- a) La calidad del examen parlamentario sobre la necesidad de una medida tomada a nivel nacional,²⁸
- b) la calidad del examen judicial sobre una medida tomada a nivel nacional,²⁹
- c) el potencial riesgo que puede suponer la flexibilidad de una medida general, este riesgo es un factor que corresponde al Estado apreciar.³⁰

Fuente: Elaboración propia sobre la base de la jurisprudencia del TEDH.

Las razones del TEDH son las siguientes: por un lado, la reglamentación general que establece la prohibición fue ampliamente debatida en el ámbito parlamentario (tanto en el recinto como en las comisiones). Por el otro lado, sostuvo que los tribunales nacionales habían tenido en cuenta las normas de la Convención y la jurisprudencia del TEDH pertinente en la materia para sostener la necesidad de la medida general atacada. Por último, consideró que el Estado se encuentra en una mejor posición para evaluar los inconvenientes de flexibilizar una medida de alcance general. Todo esto le lleva entonces a concluir que el Estado no ha sobrepasado el margen de apreciación que se le reconoce en el caso.

La literatura habla de un giro procedimental del margen y del examen de proporcionalidad por el énfasis en la dimensión formal³¹ y también de un giro democrático del margen de apreciación en tanto el centro está ahora también

que la Corte atribuya a su repercusión en el caso concreto" (párr. 109). El voto en disidencia critica que la mayoría haya dejado de hacer un análisis intensivo de las razones de la restricción en el caso concreto y un examen de medios alternativos. Voto en disidencia de los Jueces Tulkens, Spielmann y Lafranque en TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párrs. 4-20.

²⁸ Cfr. Matthew Saul, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015, pp. 745-774.

²⁹ TEDH, *Animal Defenders International c. Reino Unido*, 22/04/2013, párr. 108.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Cfr. E. Brems, "The 'Logics' of Procedural-Type Review...", *op. cit.*; Aileen Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory", en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.

puesto en el examen parlamentario y su calidad.³² De entre las numerosas críticas que ha recibido este criterio, a los efectos de este trabajo interesan dos. Por un lado, se trata de una crítica funcional: no se ataca la versión del margen en cuanto a sus presupuestos, sino las complejidades que presenta en cuanto a su aplicación y las pistas escasas e incluso ambiguas que surgen de la jurisprudencia del TEDH.³³

Una segunda crítica a *Animal Defenders*, en la que nos enrolamos, ataca los presupuestos teóricos de la doctrina del margen de apreciación en función de las consecuencias prácticas de su aplicación.³⁴ La deferencia hacia los Estados basada en la supuesta deliberación democrática en el orden interno en general, implica la indiferencia del TEDH respecto de la posición de las poblaciones o grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja estructural.³⁵ En otro texto hemos mostrado que si bien el objetivo de la norma sobre regulación de la pauta publicitaria en materia política es plausible, el problema reside en que el TEDH en *Animal Defenders* no considera cómo esa norma afecta en el caso concreto las posibilidades de participación real en el debate democrático de una asociación con una agenda que no responde a la de la clase de asociaciones políticas mayoritarias o de medios masivos cuya influencia la norma británica pretendía contrapesar. El TEDH ya había reconocido un amplio margen de apreciación al Estado en la materia, en tanto se trataba de prevenir las distorsiones generadas

³² M. Saul, "The European Court of Human Rights", *op. cit.*; A. Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary...", *op. cit.*; Leonie Huijbers, "The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity", *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 177-201.

³³ Un estudio empírico reciente sobre esta línea jurisprudencial arroja como resultado que: hay variación en el grado con que el TEDH toma en cuenta la conexión entre margen de apreciación y proceso parlamentario. El TEDH no ha expresado claramente los criterios que aplica para determinar la "calidad" del proceso legislativo en el que se aprobó la medida general atacada por incompatible con la Convención, aunque es posible determinar aspectos que el TEDH consideró evaluables, aunque reitera varían de caso en caso. Véase M. Saul, "The European Court of Human Rights", *op. cit.*

³⁴ Véase E. Brems y L. Lavrysen, "Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut'...", *op. cit.*

³⁵ Christine Landfried, "Internationale Gerichte und nationale Demokratie", en Croissant, A. *et al.*, *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2017, pp. 371-385.

por los grandes grupos económicos (*anti-distortion rationale*)³⁶ en un área como la publicidad que se encuentra razonablemente sujeta a una fuerte regulación estatal (*power of broadcasting rationale*).³⁷ Sin embargo en *Animal Defenders* se requiere un notable esfuerzo para subsumir la actividad desplegada por la reclamante dentro de los supuestos pensados y discutidos para la norma, que había sido diseñada explícitamente con el fin de compensar las asimetrías de recursos en la definición de la agenda política.³⁸ Por el contrario, el caso de *Animal Defenders* es claramente una de las excepciones que el TEDH venía reconociendo al principio de deferencia en la regulación de la publicidad política. En esos casos el TEDH, a través de un escrutinio intenso de la medida (sus efectos sobre el reclamante), matizaba la potestad reglamentaria de la publicidad política cuando en el caso concreto la naturaleza del actor cuyas ideas ven restringida su circulación no eran de la clase de medios mayoritarios cuya influencia las normas reglamentarias sobre publicidad política pretenden contrapesar.³⁹

En suma, la regla que surge de *Animal Defenders* dice que el TEDH no va a analizar la vulneración en concreto del derecho cuando la medida general impugnada haya sido precedida por un amplio debate legislativo y una revisión judicial comprensiva. Esta regla requiere ser desafiada desde una perspectiva de género en intersección con situación de pobreza. En el apartado siguiente adelantamos los presupuestos teóricos de nuestra crítica para luego aplicarlos al análisis de un caso de una mujer, madre de dos niños, que se le niega un permiso para habitar una zona de Rotterdam por no acreditar un ingreso proveniente de un trabajo formal (recibía ayuda social y se encontraba en situación de pobreza) y no alcanzar un plazo mínimo de residencia (seis años) en el lugar.

³⁶ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 61.

³⁷ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 69.

³⁸ Véase M. Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia...", *loc. cit.*

³⁹ TEDH, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, del 28 de junio de 2001, párr. 70 y 71; y TEDH, *TV Vest As and Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*, del 2008, párr. 73. Para una discusión de los estándares, véase M. Aldao, "Entre la deferencia y la indiferencia...", *loc. cit.*

4. Los límites del margen de apreciación desde una mirada de género en intersección con pobreza

La historia de los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos es también una historia de los sistemas nacionales de vulneración de los derechos humanos. Si en su momento fue necesaria una Declaración Universal de los Derechos Humanos, y más adelante se desarrollaron órganos regionales de control jurisdiccional es porque una y otra vez los Estados han demostrado que el respeto de la dignidad humana no puede quedar librado únicamente a la buena voluntad de las autoridades nacionales.⁴⁰ En este sentido persisten en todas las sociedades patrones estructurales de vulneración de los derechos humanos, anclados en diversas variables de segregación social (género, clase, etnia, edad, situación de discapacidad, migración, situación de desplazamiento forzado, etc.) que mantienen y profundizan las desigualdades sociales.⁴¹ A su vez estos patrones se encuentran fuertemente naturalizados en tanto dichas jerarquías estructuran los espacios de reproducción social.⁴² Desde este enfoque se trata de complementar la interpretación de la democracia como el intercambio institucionalizado de argumentos (deliberación parlamentaria) con la necesidad

⁴⁰ Manfred Nowak, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, en esp. cap. 3.

⁴¹ *Cfr.* Nancy Fraser, *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona, 2008; Laura Clérico y Celeste Novelli, "The Inclusion of the Social Question within the Gender Perspective. Notes to Rewrite "Cotton Fields", *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersetia, Ghent, 2017, pp. 313-333; Sandra Fredman, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1 junio de 2016, pp. 1-29.

⁴² Como muestra Young, los dispositivos que anteponen la uniformidad del consenso y la imparcialidad, terminan por ser funcionales a la exclusión de los grupos e identidades de menor gravitación social. *Cfr.* Iris Marion Young, "Polity and Group Difference: A Critique of the ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274. Estos grupos, que se caracterizan por ser expropiados del producto de su trabajo, que ven fuertemente restringida su capacidad de autodeterminación y que se ven sujetos constantemente a estereotipaciones y vejaciones y maltratos aleatorios por otros miembros de sus comunidades, no solo tienden a estar sistemáticamente excluidos de los ámbitos de decisión, sino que además constituyen el prototipo de la población en función de la cual fueron diseñados y establecidos los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos.

de revisar constantemente la sensibilidad del registro institucional (paridad en la participación).⁴³ Así es que es preciso compensar la tendencia segregatoria de los sistemas políticos locales y nacionales a través de instancias de revisión independientes de las dinámicas locales de poder.⁴⁴

En esta línea el examen de proporcionalidad⁴⁵ permite exponer el andamiaje argumentativo de una norma/política pública/sentencia. Al analizar por separado y en detalle la medida en relación con el fin estatal perseguido, la medida en comparación con otras medidas y el modo en que la medida interactúa con el resto del andamiaje normativo es posible identificar las inconsistencias en la argumentación y exponer los intereses encubiertos y los sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de los poderes institucionalizados.⁴⁶ En este marco, la omisión del examen

⁴³ Según Fraser, para que la paridad participativa pueda darse tienen que cumplirse dos condiciones: una condición objetiva y otra intersubjetiva. De acuerdo con la condición objetiva, la "distribución de recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la 'voz' de todos los participantes". De acuerdo con la condición intersubjetiva, "los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social". Véase Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁴⁴ Abramovich sostiene que la función del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consiste "en dar más voz a los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales." Véase Victor Abramovich, "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-230.

⁴⁵ El examen estándar y estructurado de proporcionalidad comprende cuatro pasos: a) si la medida estatal que restringe el derecho afectado persigue un fin "legítimo", b) si esa medida logra promover el fin (idoneidad), c) si pudo haber sido evitada la restricción a través de un medio alternativo (medios alternativos), d) si la intensidad de restricción del derecho se encuentra en una relación proporcional con las razones que hablan a favor de la promoción del fin o del derecho en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). Véase Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, entre otras.

⁴⁶ Véase A. Kavanagh, "Proportionality and Parliamentary Debates...", *op. cit.*; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad...*, *op. cit.* Como señala H. Samuels, la estructura del examen de proporcionalidad permite una "aproximación interactiva" al universalismo, de modo tal que asegura que los principios normativos predominantes en el sistema jurídico preservan su peso, pero su aplicación al caso concreto queda abierta a

de proporcionalidad en un caso concreto refuerza la condición de invisibilidad a la que estos sectores se encuentran sujetos, para luego delegar la solución del problema sobre los agentes (gobiernos nacionales) que desde el vamos no se han ocupado del tema. En la sección que sigue mostraremos que las consecuencias prácticas de la transferencia miope de *Animal Defenders* al caso Garib sobre acceso a la vivienda y gentrificación resultan trágicas para los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

5. El margen desde los márgenes. La petrificación de las marginaciones sociales: Garib vs. Países Bajos (2017), sentencia de la Gran Sala del TEDH

El caso trata de una mujer, jefa de hogar, que vive con dos niños en el barrio de Tarwewijk en Rotterdam en un departamento alquilado desde el año 2005 y que contaba con una habitación. La mujer y sus niños reciben ayuda social estatal, viven en situación de pobreza. El propietario ofreció a Garib en alquiler un apartamento a metros del que habitaba pero con tres habitaciones y un jardín, ya que él necesitaba remodelar el entonces habitado por Garib para uso propio. La mujer aceptó la propuesta, sin embargo, no pudo ser concretada. No le fue otorgado el permiso municipal. De acuerdo con una norma local para poder mudarse en el barrio de Tarwewijk se requiere una residencia de más de seis años en la zona o salario proveniente de un trabajo formal. Garib no lograba cumplir con ninguno de los dos requisitos. Reclamó ante los tribunales nacionales y el TEDH por considerar que había una violación de la libertad de elegir su residencia (artículo 2o. del Protocolo Adicional No. 4o. al CEDH y artículo 12 del PIDCyP) y de la prohibición de la discriminación sin éxito. No obstante tanto

impugnación y refinamiento. Véase Harriet Samuels, "Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle", *Feminist Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 39-60.

el fallo de la Sala⁴⁷ como de la Gran Sala⁴⁸ del TEDH en Garib cuentan con sendas disidencias que critican el enfoque generalista de la mayoría.

El objetivo de este apartado no es ahondar en un análisis pormenorizado del fallo Garib,⁴⁹ sino desafiarla desde una perspectiva de género que hasta ahora no ha sido lo suficientemente advertida como límite al margen de apreciación en su versión remozada, es decir, a la *Animal Defenders*. La pregunta es, en qué medida los criterios de *Animal Defenders* aplicados para evaluar una medida general que afecta especialmente a mujeres jefas de familia con niños, pobres, logra tomar en serio la cuestión de género desde la perspectiva presentada en el apartado anterior.

Así es preciso preguntarse sobre la falta de aplicación de un examen de proporcionalidad en el caso concreto y la preferencia de la mayoría por aplicar *Animal Defenders* y un examen de proporcionalidad de la medida atacada en general. Justamente esta combinación es indiferente a los reclamos de las personas en situación de desigualdad estructural.⁵⁰ Para ellas es crucial que permanezca

⁴⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos*, sentencia de 23 de febrero de 2016, N.º 43494/09. La mayoría estuvo conformada por los Jueces: Helena Jäderblom, George Nicolaou, Johannes Silvis, Branko Lubarda y Pere Pastor Vilanova. Votaron en disidencia, los Jueces: López Guerra y Helen Keller.

⁴⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), sentencia de 6 de noviembre de 2017, Nro. 43494/09. La mayoría estuvo conformada por los Jueces: Guido Raimondi; Angelika Nußberger; Linos-Alexandre Sicilianos; Mirjana Lazarova Trajkovska; Işıl Karakaş; Vincent A. De Gaetano; Julia Laffranque; Iulia Motoc; Jon Fridrik Kjølbro; Georges Ravarani; Gabriele Kucsko-Stadlmayer y Tim Eicke; y el Juez *ad hoc* Egbert Myjer. Votos en disidencia: a) Jueces Tsotsoria and De Gaetano; b) Juez Pinto de Albuquerque con adhesión del Juez Vehabović; y c) Juez Küris.

⁴⁹ Véase L. Lavrysen, "Strasbourg Court Fails to Acknowledge...", *op. cit.* Asimismo, Valeska David y Sarah Ganty, "Strasbourg Fails to Protect the Rights of People Living in or at Risk of Poverty. The disappointing Grand Chamber judgment in Garib v the Netherlands". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 28 de febrero de 2018). Las autoras sostienen la debilidad del fallo de la Gran Cámara basándose en cuatro puntos: a) la omisión de analizar el caso desde la discriminación basada sobre la situación de pobreza; b) un test de proporcionalidad en concreto; c) la situación de vulnerabilidad de la afectada y sus niños; d) la falta de consideración de informes de otros órganos de protección de DDHH sobre la medida atacada.

⁵⁰ Véase Martín Aldao, Laura Clérico y Liliana Ronconi, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity", en Armin Bogdandy, Flavia

abierta la posibilidad de atacarlas.⁵¹ Así analizar en detalle las restricciones en el alquiler de viviendas en relación con el fin de mejorar las condiciones de habitabilidad del distrito, cotejar alternativas menos lesivas tales como el mejoramiento de la infraestructura o la implementación de políticas públicas de integración socio urbana, y ponderar el derecho de Garib a elegir libremente su lugar de residencia y no ser discriminada por la potestad estatal de ordenamiento territorial; facilitaría la identificación de las inconsistencias en la fundamentación de la norma, y la exposición de intereses encubiertos y sesgos discriminatorios naturalizados que inevitablemente tienden a distorsionar la práctica argumentativa de legislaturas y tribunales.⁵²

5.1 La cuestión debatida

La norma atacada (*the Dutch Inner City Problems Act*), que entró en vigencia el 1 de enero de 2006, habilitaba a las municipalidades para adoptar medidas para "desguetizar" (*deghetoisation*) los vecindarios afectados por la "decadencia económica, el comportamiento antisocial y el influjo de inmigrantes ilegales". El gobierno de Rotterdam pretendía revertir esta tendencia sujetando la posibilidad de radicación al nivel de ingresos de las personas, y así, en teoría, favorecer el influjo de "residentes más prósperos" al distrito. La intención sería favorecer la diversidad y contrarrestar la "estigmatización" de las zonas del casco histórico tradicionalmente habitadas por las clases populares.⁵³ El TEDH se pregunta si la restricción al derecho a elegir la residencia se encuentra o no justificada. Por

Piovesan, Mariela Morales, y Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁵¹ Sobre el potencial emancipatorio del examen de proporcionalidad en concreto, véase H. Samuels, "Feminizing Human Rights Adjudication...", *op. cit.*

⁵² Como señala H. Samuels, la estructura del examen de proporcionalidad permite una "aproximación interactiva" al universalismo, de modo tal que asegura que los principios normativos predominantes en el sistema jurídico preservan su peso, pero su aplicación al caso concreto queda abierta a impugnación y refinamiento. *Ibidem.*

⁵³ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto de la mayoría, párr. 142.

un lado, si la medida estatal sirve a un interés público; por el otro lado, si la restricción es "necesaria para una sociedad democrática".

El voto de la mayoría se niega a encarar el caso como uno de discriminación o consideración de la posición vulnerable de la afectada y sus niños, pues sostiene que la afectada no alegó expresamente la conexión con el artículo 14 CEDH referido a la prohibición de discriminación en su primer escrito aunque sí lo haya hecho en ocasión de referirse a la apelación de la sentencia de la Sala del TEDH (2016). Sin embargo, de la lectura atenta de los párrafos 143 y 144 surge que la mayoría en *Garib* (2017), implícitamente se acerca al problema de igualdad para negarlo. "La reclamante no impugna la necesidad de una intervención estatal. El tribunal entiende en este sentido la admisión de la reclamante de que la norma en cuestión no es "manifiestamente irrazonable". Antes bien, sus críticas apuntan a las opciones legislativas, que desde su posición someten a una carga injustificada a aquellos cuyo único ingreso es el beneficio de la seguridad social."⁵⁴ Si esto es así, el TEDH está implícitamente planteando el problema de igualdad, aunque arriba se haya negado a trabajarlo en forma expresa.

Aún más, de la lectura del párrafo 144 surge que el TEDH no cree que *Garib* sea una especial afectada: "El tribunal observa que el régimen implementado por la norma impugnada ni priva de la vivienda, ni fuerza abandonar a persona alguna el lugar que habita. Más aún, la medida adoptada bajo el régimen impugnado afecta únicamente a los residentes relativamente nuevos: aquellos que logren probar al menos seis años de residencia en el área metropolitana de Rotterdam se encontrarían exceptuados de la restricción. Dadas las circunstancias el plazo no parece ser excesivo"⁵⁵.

⁵⁴ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 143.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 144.

En este sentido, asiste razón a la crítica y a la disidencia cuando ataca a la posición mayoritaria en Garib (2017) por haber perdido una oportunidad para ver el caso bajo la lupa de la prohibición de discriminación en intersección por género y situación de pobreza o precariedad: La negativa a pronunciarse sobre la cuestión de la discriminación evita al tribunal dar cuenta del impacto segregatorio propio de una medida "gentrificadora" sobre los sectores beneficiarios de la ayuda social o que perciben un salario por debajo de determinado nivel. De esta forma se critica que la Gran Sala que haya perdido una oportunidad para pronunciarse sobre un caso de discriminación tanto directa como indirecta y, a su vez, interseccional.⁵⁶ Por un lado, se trata de una discriminación directa, ya que la misma norma utiliza la situación de pobreza para etiquetar al grupo segregado; por el otro lado, una discriminación indirecta, porque este tipo de políticas gentrificadoras impacta en una forma desproporcionada en poblaciones de mujeres y niños en situación de pobreza o vulnerabilidad socio-económica y migrantes.

5.2 ¿La medida estatal sirve a un interés público?

La mayoría de la Gran Sala (2017) sigue aquí al voto de mayoría de la Sala (2016), considerando que el objetivo de la medida consistía en revertir el declive de las áreas más empobrecidas de la ciudad y mejorar la calidad de vida en general. No tienen dudas sobre la legitimidad del mismo y agrega que ésta no fue impugnada por la afectada ni por el Estado.

Sin embargo, un análisis más detallado de la cuestión genera serias reservas respecto de la legitimidad del fin estatal, ya que a simple vista se percibe que el fin consiste en la erradicación de la población vulnerable. Esto aparece con claridad en las disidencias de los Jueces Pinto de Albuquerque y Verhobovic,

⁵⁶ *Ibidem*, voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Verhobovic, párrs. 34-40.

por un lado y de Küris, por el otro lado. Sostienen que el fin no es legítimo pues a poco que se hurgue surge el estereotipo.⁵⁷ La pobreza es asimilada a inseguridad y hasta criminalidad.⁵⁸ La pobreza no es vista como fuente de vulnerabilidad, sino descrita como la causa del "mal social" que debe por tanto ser "erradicada", o por lo menos "alejada o diluida tanto como sea posible."⁵⁹

5.3 ¿Si la restricción es "necesaria para una sociedad democrática"? ¿Proporcionalidad en general o en concreto?

En la sentencia Garib de la Sala (2016) el TEDH aplica *Animal Defenders* y evalúa la justificación a la restricción del derecho de la afectada *en general y abstracto*.⁶⁰ No se refiere en concreto a la aplicación de la medida en el caso. Esta debilidad en la opción metodológica del TEDH fue advertida por los votos en disidencia de

⁵⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párrs. 7, 8. Identificar estas imágenes estereotipadas, enunciarlas, nombrarlas, desenmascararlas, ayuda a plantear y comprender el problema del caso; desarmar las razones que se alegan para justificar la afectación de los derechos y evaluarlas a través de un examen bien estricto de igualdad, dejando al desnudo la discriminación por género u orientación sexual o identidad de género. Esas imágenes estereotipadas reflejan (y refuerzan) la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación (dominación o sometimiento) y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales en su desmedro, en lugar de aventajado o de privilegio. Véase Laura Clérico, "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *Derechos en Acción*, [S.l.], vol. 5, núm. 5, dec. 2017; Laura Clérico, "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado de Derecho Constitucional*, Univ. del Externado, Bogotá, 2018, (en prensa); Francisca Pou, "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Revista Discusiones* (portal DOXA), 2015, pp. 147-188; Ana Micaela Alterio, "La Suprema Corte mexicana y la justicia-bilidad de los mensajes estigmatizantes", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 20, México, 2016, pp. 1-32.

⁵⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 7, 8.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto de la mayoría, párr. 112 (expresa referencia a la aplicación de TEDH, *Caso Animal Defenders c. Reino Unido*) y párr. 113 de TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (2016) y, en especial, párr. 106: "El Tribunal reitera que el Estado, de conformidad con las disposiciones del Convenio, puede tomar medidas generales que se apliquen a situaciones preestablecidas independientemente de las circunstancias propias de cada caso, aún a riesgo de que estas medidas puedan provocar dificultades en casos especiales".

los Jueces Luis López Guerra y Hellen Keller en el 2016 en el fallo de Sala.⁶¹ Por ello, será acaso tal vez que, la Gran Sala en Garib 2017 aclara que su tarea no es revisar la medida atacada *en abstracto*, pero sí determinar si la manera en que fue aplicada a la afectada causó una violación de la Convención, es decir, *en concreto*.

A renglón seguido determina el alcance del margen de apreciación en el caso. Es decir, la intensidad con que el TEDH controlará la proporcionalidad de la medida estatal. Se define por un margen de apreciación amplio en favor del Estado. Considera que se trata de la implementación de políticas sociales y económicas, aplica entonces el siguiente estándar: "el tribunal declaró en muchas oportunidades que respetará el juicio de la legislatura sobre lo que es de interés 'público' o 'general', a menos que ese juicio carezca manifiestamente de fundamento razonable".⁶² Semejante deferencia se la reconoce al Estado para tomar la decisión si hace algo en el área o no (margen de apreciación de acción); y cuando decide hacer algo ese margen alcanza a las reglas detalladas (margen de apreciación para la selección de los medios) que establece para lograr un equilibrio entre los intereses públicos y privados en competencia. El TEDH aclara que esto no significa que las soluciones alcanzadas por la legislatura escapen al escrutinio del tribunal: corresponde al TEDH examinar detenidamente los argumentos tomados en consideración durante el proceso legislativo y si se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos del Estado y los directamente afectados por esas elecciones legislativas.⁶³ Y si bien reconoce

⁶¹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos*, 2016.

⁶² *Ibidem*, párr. 136 y 137.

⁶³ *Idem*, párr. 138. (con referencia a "inter alia y mutatis mutandis", *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], párr. 108: "El Tribunal ya ha declarado que una medida general era la forma más práctica para lograr el objetivo legítimo pretendido en una disposición que permitiría un estudio caso por caso, tal sistema es probable que cause un riesgo significativo de incertidumbre ..., litigios, costes y retrasos ... o la discriminación y la arbitrariedad ... Sin embargo, también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal que la forma en que una medida de carácter general se aplica a los hechos en un caso determinado, permite darse cuenta de sus implicaciones prácticas, por lo que es relevante la evaluación de la proporcionalidad para que siga siendo un factor importante a tener en cuenta")

que el tema vivienda usualmente requiere algún tipo de regulación estatal, advierte que en función de la complejidad del desarrollo de las grandes ciudades, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para implementar su política urbanística.⁶⁴ Hasta aquí la posición de la mayoría. En suma, es el examen de proporcionalidad pero filtrado por un amplio margen de apreciación por la materia a favor del Estado.

En este punto la mayoría vuelve sobre el estándar de *Animal Defenders International* vs. Reino Unido al dar por sentado que los problemas individuales que pueden generar una medida de carácter general no son relevantes a la hora de evaluar la medida impugnada.⁶⁵ Con ese argumento la mayoría decide otorgar al estado holandés un amplio margen de apreciación sin considerar el impacto que las políticas públicas habitacionales tienen sobre la vida privada y familiar de las personas tornando en la práctica ilusorios estos derechos, y a la postre haciendo un examen de proporcionalidad en abstracto que fue anunciado en concreto.⁶⁶

El otro punto de crítica, que se desprende del anterior, es la determinación de la amplitud del margen de apreciación. La mayoría no tiene en cuenta la jurisprudencia sobre personas en situación de vulnerabilidad⁶⁷ por género⁶⁸ y situación

⁶⁴ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), párr. 139.

⁶⁵ Véase *Caso Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], 2013.

⁶⁶ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic.

⁶⁷ TEDH, *Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13, con referencia a TEDH, *Caso Alajos Kiss c. Hungary*, 2010, párr. 42. Sobre situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del TEDH. Véase Lourdes Peroni y Alexandra Timmer, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085; Mary Beloff y Laura Clérico, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Revista Estudios Constitucionales CECOCH-U. de Talca*, Chile, 2016.

⁶⁸ Este punto ya fue advertido por los Jueces López Guerra y Keller en su voto en disidencia en *Garib* 2016, cuando señalan que la mayoría no tuvo en cuenta su propia jurisprudencia sobre la reducción del margen de apreciación estatal cuando la medida atacada involucre discriminación por género con referencia al caso *Vrontou c. Chipre* (TEDH, 2015).

de pobreza⁶⁹ que implica una restricción del margen estatal y, como contracara un control de proporcionalidad en concreto más intensivo. A su vez, como señala Pinto de Albuquerque y Vehabovic, la mayoría tampoco tuvo en cuenta que el lugar de residencia constituye una dimensión fundamental de la identidad personal,⁷⁰ alrededor de la cual una persona y su familia van tejiendo su vida y sus relaciones, por lo que una intervención sobre esa esfera requiere razones de mucho peso.⁷¹

5.4 Idoneidad

La afectada sostiene que la medida impugnada no es idónea porque no produjo una mejora verificable en la calidad de vida de los distritos afectados. Para ello se basa sobre un informe de la Universidad de Ámsterdam de 2015. El voto mayoritario se niega, en principio, a considerar el informe aunque haya sido referido tanto por la afectada como por el Estado. El argumento del TEDH es que el período cubierto por el informe es posterior al período en el que la afectada realiza el reclamo. Es decir, la mayoría decide evaluar la idoneidad de la medida teniendo en cuenta la situación material al momento de haber sido aprobada por el gobierno la regulación atacada. El TEDH lo justifica en tanto se trata de evaluar "elecciones sobre política pública socio-económica"⁷² y no cómo esas políticas afectan al derecho de Garib en concreto.⁷³

Nuevamente, el voto mayoritario es criticable. Por un lado, es objetable la falta de coherencia formal de la aplicación de sus propios criterios, ya que el TEDH tiene en cuenta datos posteriores a favor del Estado pero no datos posteriores que alega la reclamante. El TEDH rechaza el Informe de la Universidad de

⁶⁹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13.

⁷⁰ TEDH, *Caso Evans c. Reino Unido* (GC), 2007, I, párr. 77.

⁷¹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 13.

⁷² TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), posición mayoritaria, párr. 147.

⁷³ *Ibidem*, párr. 159.

Ámsterdam porque contiene datos referidos a 2006-2015,⁷⁴ pero acepta como argumento a favor de la idoneidad el que varias municipalidades hayan adoptado medidas similares entre 2011 y 2016,⁷⁵ período que también es posterior a la toma de la decisión.⁷⁶

Por otro lado, resulta objetable la consistencia material del argumento del TEDH, que alega que la adopción de medidas similares por otros municipios es razón suficiente para afirmar la efectividad de la medida. Como muestra Pinto de Albuquerque y Vehabovic en la disidencia, un examen atento de la evidencia empírica pone de manifiesto que la situación de los distritos afectados por la norma no presenta mejoras relativas al ser comparadas con la evolución de otros distritos.⁷⁷ Por último, un examen de idoneidad en el caso concreto demuestra que la regulación no promovía el fin. El Estado no perseguía explícitamente modificar la composición del vecindario que ya vivía en el lugar, sino regular la proveniencia de futuros habitantes que se mudaran a esa zona. Garib y sus niños ya vivían en esa zona por ende no permitirles el movimiento interno excede el fin que se propone la medida estatal.⁷⁸

5.5 Medios alternativos o necesidad

La mayoría del TEDH se niega a realizar un examen de medios alternativos en concreto. Concede que era posible regular la situación en forma diferente; sin

⁷⁴ David y Ganty advierten que el TEDH conocía de la existencia de estos informes. Refieren que en la audiencia de enero de 2017, celebrada en ocasión de la discusión del caso, el TEDH preguntó al Estado por estas observaciones. Este material no fue retomado por el TEDH en la sentencia de la Gran Sala, lo que llevaría a las autores a sostener el carácter manipulativo de los antecedentes que constaban en la causa. Véase V. David y S. Ganty, "Strasbourg Fails to Protect the Rights...", *op. cit.*

⁷⁵ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), párr. 149.

⁷⁶ Esto es lo que David y Ganty critican como *cherry picking*, es decir, se trata de una selectividad injustificada o una justificación *ad hoc*. Véase V. David y S. Ganty, *op. cit.*

⁷⁷ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 70, 74. *Cfr.* Voto de Pinto de Albuquerque y Vehabovic.

⁷⁸ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, voto en disidencia de Tsoria Tsoria y Gaetano párr. 7; Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 17.

embargo, advierte que solo debe evaluar si el Parlamento al definir el equilibrio en el punto que lo hizo excedió o no el margen de apreciación establecido respecto de del derecho a la libre elección de la residencia (artículo 2o. del Protocolo Adicional No. 4 al CEDH).⁷⁹

La circunstancia de negarse a realizar un examen de medios alternativos confirma la amplia deferencia que la mayoría concede al Estado. Un examen superficial de medios alternativos, tal como advierte la disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, muestra que la medida atacada no era necesaria. No solamente una mayor inversión en infraestructura podría haber alcanzado el mismo fin sin segregar, sino que además los Países Bajos se encontrarían en minoría en la aplicación de esta clase de política pública urbanística.⁸⁰ En la disidencia se resalta que otros países del Consejo de Europa, como Francia, Alemania, Suiza o Bélgica han adoptado políticas de integración socio-urbana fijando cuotas de mínimas de viviendas sociales en diversas áreas de la ciudad,⁸¹ lo que en principio parecería implicar una menor restricción del derecho a la elección del lugar de residencia.

5.6. Proporcionalidad en sentido estricto en la mayoría en Garib 2017

A diferencia del enfoque adoptado al evaluar la idoneidad y la necesidad de la medida estatal, la argumentación de la mayoría vuelve sobre la situación concreta de la reclamante al momento de evaluar la proporcionalidad en sentido estricto: la demandante no lograría demostrar el mal estado de la vivienda, ni el riesgo para la salud implicado por el cambio de distrito,⁸² ni el perjuicio concreto que le habría causado la medida estatal.⁸³ Así relativiza la intensidad de la restric-

⁷⁹ TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 157.

⁸⁰ *Ibidem*, voto de la mayoría, párrs. 87-92.

⁸¹ *Ibidem*, voto en disidencia de Pinto de Albuquerque y Vehabovic, párr. 20.

⁸² TEDH, *Caso Garib c. Países Bajos* (GC), 2017, párr. 160.

⁸³ *Ibidem*, párrs.162; 163. 164.

ción al derecho de Garib y sus niños. El voto mayoritario insiste en la mejor posición del Estado nacional para evaluar la necesidad o conveniencia de las políticas de regulación del espacio urbano (*better position rationale*), lo que había ya preanunciado para reconocerle un amplio margen de apreciación al Estado holandés.⁸⁴ Así, el voto mayoritario sostiene que la información suministrada por la afectada no le permite llegar a la conclusión de que la negativa a obtener el permiso habitacional necesario implicase una restricción tan desproporcionada de sus derechos de modo tal que su interés supere por mucho el interés público perseguido por la aplicación consistente de la medida estatal.⁸⁵ En suma, se desprende que la mayoría decide poner la carga de la argumentación en cabeza de la afectada para derribar la presunción de la compatibilidad de la medida con la Convención.

En el tratamiento que hace de Garib es claro lo que voto de la mayoría omite. La posición de vulnerabilidad de la mujer, madre de dos niños, que viven en situación de pobreza, no es considerada para determinar la intensidad a la restricción al derecho. Tampoco es tomada en cuenta la cuestionable idoneidad de la medida en el caso concreto. Como apuntamos arriba, la afectada y sus niños ya vivían en la zona y la medida estatal buscaba regular el establecimiento de nuevos residentes. La posición de vulnerabilidad de la afectada y la falta clara de idoneidad de la medida, justifica que sea el Estado quien tenga la carga de la argumentación agravada. Sólo razones de mucho peso (*strong reasons*) podrían justificar la medida. Como se apuntó arriba las razones alegadas por el Estado no son legítimas porque se basan en argumentos estereotipados. En suma, este es otro de los problemas que genera la transferencia desnuda del estándar de *Animal Defenders* (proporcionalidad en general más amplio margen de apreciación para el Estado) a casos que involucren género y situación de pobreza.⁸⁶

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 161.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 166.

⁸⁶ Interseccionalidad que justifica un examen de igualdad intensivo que la posición mayoritaria omite, pero que puede ser encontrado en el voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque.

6. Consideraciones

Finales

Nuestra crítica ataca la doctrina del margen de apreciación clásico o remozado en tanto aún no da cuenta de sus propias limitaciones, en particular su incapacidad para registrar el impacto de medidas generales en los derechos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En este sentido, no advertir las limitaciones de la doctrina implica legitimar las relaciones de poder desiguales en el orden interno, lo que, como mostramos a lo largo de este trabajo, y ejemplificamos a través del caso Garib, genera efectos excluyentes sobre mujeres en situación de pobreza. Las Cortes regionales de Derechos Humanos no pueden perder su función de foros de reconocimiento y discusión de las voces que son estigmatizadas e invisibilizadas en los órdenes internos ya que las mismas no se encuentran en igualdad de armas en el debate y definición de las políticas que las afectan.⁸⁷ En suma, no encontramos que los desarrollos de la doctrina del margen de apreciación hayan tomado lo suficientemente en serio la perspectiva de género en su intersección con pobreza. Estas complejidades deberían ser especialmente tenidas en cuenta en el ámbito interamericano cuando se propone la transferencia de la doctrina del margen de apreciación a la *Animals Defenders*.⁸⁸

⁸⁷ C. Landfried sostiene que el intento de salvar la falta de legitimidad democrática del TEDH a través del recurso al principio mayoritario, puede convertirse en tomar partido a favor de las relaciones de poder político y social imperantes en el orden interno. Así, los Jueces, que se dejan llevar por métodos políticos, terminan protegiendo finalmente, y con el peso de una sentencia, a las relaciones de poder político existentes y no a los derechos humanos. Concluye que se pierde así la función del tribunal internacional como una "institución de supervisión". Véase C. Landfried, *Internationale Gerichte und nationale...*, *op. cit.*, p. 382.

⁸⁸ En este sentido, también cabe preguntarse qué aporta la doctrina del margen de apreciación, además de una nueva etiqueta, que no pueda discutirse dentro del marco más familiar para el sistema interamericano, de las intensidades del escrutinio de las restricciones de derechos. Arai-Takahashi sostiene que "la dimensión conceptual de un margen de apreciación es covalente con las doctrinas sobre variable intensidad / estándar de revisión, deferencia y auto-restricción judicial que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. Véase Yutaka Arai-Takahashi, "The Margin of Appreciation doctrine. A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry", en Andreas Føllesdal, Birgity Peters, Geir Ulfstein (eds.), *Constituting*

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, "Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-230.

ALDAO, Martín, "Entre la deferencia y la indiferencia: Margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad", 2018, ms.

ALDAO, Martín y CLÉRICO, Laura y RONCONI, Liliana, "A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity", en v. BOGDANDY, Armin y PIOVESAN, Flavia y MORALES, Mariela y FERRER MAC-GREGOR (eds.), *Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

ALTERIO, Ana Micaela, "La Suprema Corte mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 20, México, 2016, pp.1-32.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry", en FØLLESDAL, Andreas y PETERS, Birgity ULFSTEIN, Geir, (eds.), CUP, Cambridge, 2013, pp. 62-105.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll, "*Res Interpretata*, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the

Europe, CUP, Cambridge, 2013, pp. 62-105; véase Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182.

European Court of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, noviembre 2017, pp. 819-843.

BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Revista Estudios Constitucionales CECOCH-U. de Talca*, Chile, 2016.

BREMS, Eva y LAVRYSEN, Laurence, "'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, pp. 139-168.

BREMS, Eva, "The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights (29/12/2016)", en GERARDS, Janneke y BREMS, Eva (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, CUP, Cambridge, 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts", en v. BOGDANDY, Armin y FERRER MAC-GREGOR y MORALES ANTONIAZZI, Mariela y PIOVESAN (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, OUP, pp. 408.

CANCADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2008.

CLÉRICO, Laura, "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado de Derecho Constitucional*, Univ. del Externado, Bogotá, 2018, (en prensa).

CLÉRICO, Laura, "Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos", *Derechos en Acción*, vol. 5, núm. 5, dec. 2017.

CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste, "The Inclusion of the Social Question Within The Gender Perspective. Notes to Rewrite 'Cotton Fields'", *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersetia, Ghent, 2017, pp. 313-333.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009.

CONTESSE, Jorge, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", *Law & Contemp. Probs*, vol. 79, núm. 2, 2016.

CONTRERAS, Pablo, "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos," *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 235.

DAVID, Valeska y GANTY, Sarah, "Strasbourg Fails to Protect the Rights of People Living in or at Risk of Poverty: The Disappointing Grand Chamber judgment in *Garib v the Netherlands*". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 28 de febrero de 2018).

DE LONDRAS, Fionna y DZEHTSIAROU, Kanstantsin, "Managing Judicial Innovation in the European Court of Human Right", *Human Rights Law Review*, núm. 15, 2015, pp. 523-547.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, CUP, Cambridge, 2015.

FOLLESDAL, Andreas, "Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, abril 2017, pp. 359-371.

FRASER, Nancy, *Escalas de Justicia*, Herder, Barcelona, 2008.

_____, *Iustitia Interrupta*, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

FREDMAN, Sandra, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1 junio 2016, pp. 1-29.

GARCÍA ROCA, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

GERARDS, Janneke, "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal Constitutional Law*, vol. 11.2, 2013, pp. 466-490.

GERARDS, Janneke, "The draft Copenhagen Declaration and the Court's dual role – the need for a different definition of subsidiarity and the margin of appreciation". Disponible en: <https://strasbourgobservers.com> (última fecha de consulta: 01 de marzo de 2018).

GERARDS, Janneke, "Dealing with Divergence. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2018 (en prensa).

HUIJBERS, Leonie, "The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity", *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, núm. 2, 2017, pp. 177-201.

HUIJBERS, Leonie, "The Draft Copenhagen Declaration-Process-based review and subsidiarity". Blog *Strasbourg Observers* (última fecha de consulta: 27 de febrero de 2018).

IGLESIAS, Marisa, "Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication from a Cooperative Conception of Human Rights", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017.

_____, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional". Disponible en: <https://www.law.yale.edu/system/files> (última fecha de consulta: 17 de octubre de 2017).

KAVANAGH, Aileen, "Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 34, 2015.

LANDFRIED, Christine, "Internationale Gerichte und nationale Demokratie" en CROISSANT, A. *et al.*, *Demokratie, Diktatur, Gerechtigkeit*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2017, pp. 371-385.

LAVRYSEN, Laurence, "Strasbourg Court fails to acknowledge discrimination and stigmatization of persons living in poverty", en Blog *Strasbourg Observers*, 10/3/2016. Disponible en: <https://strasbourgeoisobservers.com> (última fecha de consulta: 06 de marzo de 2018).

_____, "Strengthening the protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 293-325.

LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, OUP, Oxford, 2012.

NOWAK, Manfred, *Introducción general al régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. cap. 3.

PARRA VERA, Oscar, "Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en SANTOLAYA, Pablo y WENCES, Isabel

(coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 565-606.

PERONI, Lourdes y TIMMER, Alexandra, "Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law", en *International Journal Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 1056-1085.

POU, Francisca, "Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral", *Doxa Revista Discusiones*, 2015, pp. 147-188.

RIVERS, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, pp. 177-182.

SAMUELS, Harriet, "Feminizing Human Rights Adjudication: Feminist Method and the Proportionality Principle", *Feminist Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 39-60.

SAUL, Matthew, "The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments", *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2015, pp. 745-774.

SICILIANO, Linos-Alexander, "The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 3, 2014.

SPANO, Robert, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, vol.14, núm. 3, 2014.

YOUNG, Iris Marion, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 250-274.

_____, *Responsability for Justice*, OUP, Oxford, 2011.

ZUCCA, Lorenzo, "-Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber-", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 218-229.

¿CÓMO USA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA? NOTAS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

HOW DOES THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT USE THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION? NOTES FOR LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL JUSTICE

Karlos A. Castilla Juárez*

Resumen

La forma en la cual los tribunales nacionales hacen uso de la jurisprudencia de tribunales supranacionales o internacionales es un tema de actualidad en muchas regiones del mundo. En este artículo se muestra la forma en la que el Tribunal Constitucional de España ha venido haciendo uso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el artículo se establecen las principales líneas, usos y criterios fijados por el tribunal español para seguir las interpretaciones que se hacen de ese Derecho de la Unión Europea. Con esos elementos, en el artículo se busca proporcionar a los Jueces constitucionales latinoamericanos algunas notas que les sean útiles para decidir

* Abogado por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Twitter: @KarlosCastilla

la forma en la que pueden hacer uso de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales e internacionales que existen en esa región, a partir de la experiencia del Tribunal Constitucional europeo más cercano culturalmente.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia, Unión Europea, Jurisprudencia, Constitución, Tratados.

Abstract

A currently topic in several regions of the world is how national courts are making use of the case law of supranational or international courts. This paper shows the way in which the Constitutional Court of Spain has been using the case law of the Court of Justice of the European Union. It establishes the main lines, uses and criteria set by the Spanish Constitutional Court to follow the interpretations that are made of the European Union Law. With those elements and from the experience of the culturally closest European constitutional court, this paper seeks to provide to Latin American constitutional judges some useful notes on how they could make use of the jurisprudence of the supranational and international courts existing in that region.

Keywords: Constitutional Court, Court of Justice, European Union, Case Law, Constitution, Treaties.

1. Introducción

Con el inicio del año 2016 se celebraban en España los treinta años del ingreso de ese país en la Unión Europea¹ como miembro de pleno derecho.² Tres décadas en las que mucho ha pasado en lo social, jurídico, económico y político en el marco de ese proceso de integración³ que inició su andar en 1958 con la creación de la Comunidad Económica Europea como un proceso de

¹ En 1986 se conocía como Comunidad Económica Europea. En 1993 cambió a Unión Europea.

² La adhesión se había firmado el 12 de junio de 1985.

³ Véase Araceli Mangas Martín *et al.*, "La organización institucional de la comunidad europea y las perspectivas de realización de la Unión Europea", en Gil Rodríguez Iglesias y Diego Liñan Noguera, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 161-370.

cooperación económica entre Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos; para dar paso posteriormente a un mercado único que ha llevado a la consolidación de la Unión Europea, ya no sólo como un proceso de integración meramente económica,⁴ sino también política y jurídica que cuenta con instituciones que, aun siendo debatible, bien podrían describirla como un gran Estado federal⁵ con 28 Estados miembros, aunque uno de ellos (Reino Unido) está en proceso de salida de dicha Unión.⁶

Explicar qué han sido esos 30 años para España en la Unión Europea no es sencillo,⁷ aunque parece que el balance final es más positivo que negativo cuando se ve parte de lo económico, no necesariamente así cuando se toman en cuenta algunas partes de lo social. Pero antes que eso, explicar todo lo que hoy representa la Unión Europea (UE) tampoco es fácil, pues sus ámbitos de influencia son tan variados y dispares en los Estados miembros que no es responsable hacer generalizaciones.

En lo jurídico que es lo que me interesa destacar, se tiene actualmente en la Unión Europea un complejo sistema normativo que parte de los tratados que le dan sustento y estructura, hasta las normas más operativas como lo son los reglamentos, las directivas y las decisiones en los más variados ámbitos, sin olvidar por supuesto su Carta de Derechos Fundamentales.⁸ Un sistema complejo que en gran medida sólo es posible seguir a detalle por quienes se especializan y dan seguimiento continuo al Derecho de la Unión desde su surgimiento, mo-

⁴ Cfr. Desmond Dinan, *Ever Closer Union. An Introduction to European Integration*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2005, pp. 11-154.

⁵ Cfr. Rey Koslowski, "A Constructivist Approach to Understanding the European Union as a Federal Polity", *Journal for European Public Policy*, vol. 6, núm. 4, 1999, pp. 561-578; y Manuel Díez de Velasco, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, p. 15.

⁶ Formalmente el proceso de salida de Reino Unido de la Unión Europea inició el 29 de marzo de 2017.

⁷ Véase un balance de dos de esas tres décadas en: Sonia Piedrafita, Federico Steinberg y José Ignacio Torreblanca, *20 años de España en la Unión Europea (1986-2006)*, Real Instituto Elcano y Parlamento Europeo, España, 2006.

⁸ Cfr. Daniel Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 205-207.

dificaciones, las aplicaciones e interpretaciones que de éste se hacen en el Parlamento Europeo, la Comisión, el Consejo Europeo o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por señalar los órganos más activos y destacados. Un sistema jurídico que en muchas ocasiones cuesta trabajo ubicar por tener éste gran parte de su origen en el Derecho Internacional Público sustentado en tratados;⁹ pero que, con su evolución, ha pasado a ser un sistema derivado de fuentes supranacionales con aplicación nacional, difícil de comparar con algún otro sistema normativo vigente en el mundo.¹⁰

Pero también no es sencillo ubicarle desde el Derecho Constitucional, ya que los textos constitucionales siguen manteniendo formalmente su supremacía, aunque en la práctica el derecho de la Unión se ha convertido en una especie de "parámetro constitucional",¹¹ respecto al cual deben ajustarse y mantenerse dentro los 27 sistemas normativos nacionales. Con lo que, por donde se le vea, es un sistema jurídico complejo que sólo existe con esas características en el marco de la Unión Europea.¹²

Esa complejidad se ha multiplicado –especialmente cuando se hacen análisis constitucionales relativos a derechos humanos, pues cuando no se está familiarizado con el Derecho de la Unión y sus diferencias con el Derecho del Consejo

⁹ Cfr. Timothy Moorhead, "European Union Law as International Law", *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 1, 2012, pp. 126-143.

¹⁰ Cfr. Jenő Czuczai, "The Autonomy of the EU Legal Order and the Law-making Activities of International Organizations. Some Examples Regarding the Council most Recent Practice", *Research Papers in Law*, European Legal Studies, 2012, pp. 2-6.

¹¹ Cfr. Joseph Weiler, *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, p. 184; y Markus Krajewski, "The Emerging Constitutional Law of European Foreign Policy", en Adam Bodnar, et al. (eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, Springer, 2003, pp. 462-466.

¹² Cfr. José Martín y Pérez de Nanclares, "Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional", en Ángel José Rodrigo y Caterina García i Segura (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, España, 2011, pp. 256-260; y Bruno De Witte, "The European Union as an International Legal Experiment", en Grainne De Burca y Joseph Weiler, (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 19-56.

de Europa¹³ de donde deriva el sistema normativo que da origen al sistema europeo de derechos humanos (Convenio de Roma de 1950), por el que se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este último muchas veces es confundido o comparado con el TJUE, llegando a creerse que ambos aplican e interpretan derecho de la misma naturaleza y fuerza jurídica, cuando no es así, aunque en derechos humanos hay muchas coincidencias. Pero esas coincidencias son más derivadas del uso que hace el TJUE de la jurisprudencia del TEDH para resolver casos concretos, que de sus ámbitos de competencia y naturaleza de las normas que aplican e interpretan.¹⁴

Como se ve, no estamos frente a un tema sencillo y mucho menos uno que no sea el origen de múltiples debates. Ante esa complejidad, buscaré mostrar sólo una parte muy pequeña de toda esa estructura jurídica y sus interacciones con los sistemas nacionales, en este caso con el sistema español y más específicamente con la forma en la que el Tribunal Constitucional de ese país ha hecho uso de la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En ese sentido, quien lee estas líneas no encontrará respuestas a muchos debates actuales y vigentes de lo antes mencionado, ni de la forma en la que deben, pueden o es deseable que se relacionen o "dialoguen" los tribunales constitucionales con el TJUE. Pero tampoco, análisis particulares respecto a lo acertado o no de cada una de las formas en las que el Tribunal Constitucional de España (TCE) ha hecho uso de la jurisprudencia del TJUE.

¹³ Que no debe ser confundido con el Consejo Europeo ni con el Consejo de la Unión Europea, órganos de la Unión Europea. El Consejo de Europa es el organismo multilateral en el que participan los 47 Estados que conforman Europa, no sólo los que integran la Unión Europea.

¹⁴ *Cfr.* Ramses A. Wessel, "Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?", en Enzo Cannizzaro, Paolo Palchetti y Ramses A. Wessel (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, pp. 9-11.

El objetivo principal de este artículo es describir los usos y formas en que el TCE ha acudido a la jurisprudencia del TJUE en sus análisis jurídicos de fondo, con el fin de mostrar la forma en que dichos análisis constitucionales se han llevado a cabo, principalmente en Latinoamérica, por el Tribunal Constitucional del país con el que culturalmente más cercanía tenemos. Siendo el público destinatario el de Latinoamérica y no el español o europeo, ya que con motivo del llamado control de convencionalidad que se ha impulsado desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), se han presentado muchas confusiones que en ocasiones comparan a este Tribunal con el TJUE, cuando en el mejor de los casos sólo se le podría comparar al interamericano con el TEDH, por la simple razón de sus competencias y naturaleza, así como por la naturaleza y origen del marco normativo que están llamadas a aplicar e interpretar. Pero en todo caso, aun cuando se les compare, es útil entender el uso que el intérprete constitucional nacional hace de la jurisprudencia de un Tribunal como el de la Unión Europea, para no sugerir dar alcances que ni siquiera a las interpretaciones de normas como las del derecho de la Unión Europea se les da.¹⁵

Así, este artículo es un análisis sencillo que, en primer lugar, buscará situar al Derecho de la Unión Europea y al Tribunal creado para interpretarlo a partir de sus principales características, a fin de que aquellas personas que no estén del todo familiarizadas con dicho sistema jurídico puedan situarlo y entender el porqué de sus diferencias con las normas que interpreta el TEDH, así como el porqué no se le puede equiparar de manera simple con la CoIDH, ni siquiera con otros tribunales regionales latinoamericanos establecidos con motivo de los diferentes procesos de integración existentes.¹⁶ Pero no sólo eso, sino también, lo que

¹⁵ Véase en ese sentido Fabian Amtenbrink, "The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism-Preserving the European Constitutional Order?", en Hans-Wolfgang Micklitz y Bruno de Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 60-63.

¹⁶ Por ejemplo, Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR), Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ó Corte Centroamericana de Justicia.

respecto a ese Derecho ha establecido el TCE en su jurisprudencia como elementos básicos que nos servirán para los análisis posteriores.

De esa forma, en segundo lugar, estableceré el número de sentencias, el tipo de recurso del que proceden y los distintos usos que el TCE ha hecho de la jurisprudencia del TJUE. Este análisis se hará sólo a partir del contenido del fundamento jurídico de las sentencias del TCE y, en tal sentido, el espacio temporal que se describirá va desde la entrada de España a la Unión Europea hasta julio de 2017, para abarcar los 30 años que lleva España en la Unión.¹⁷ De esa forma, pasaré tanto por la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como por la del actual TJUE.

Finalmente, con esos elementos, en el último apartado se desarrollarán algunas ideas a manera de conclusión.

2. El Derecho de la Unión, su Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional español

El Derecho de la Unión Europea es de dos tipos. Uno que se ha denominado como "primario" y que está compuesto básicamente por los tratados que son la base a partir de la cual se construye la Unión y en donde se establecen las reglas fundamentales de toda la actuación de la Unión Europea.¹⁸ Esto es, normas jurídicas en todo sentido y naturaleza plena del ámbito del Derecho Internacional Público por medio de las cuales los Estados miembros han cedido competencias, ámbitos soberanos e incluso algunas funciones a una estructura supranacional

¹⁷ Advierto desde ahora que fue hasta 1989 cuando por primera vez el Tribunal Constitucional español citó en los fundamentos jurídicos de sus sentencias la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹⁸ Cfr. D. Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea, op. cit.*, pp. 207-234; y Araceli Mangas Martín, y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 357-370.

(Unión Europea) que no es de mera cooperación o confluencia multilateral como lo es el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos en el ámbito Latinoamericano. Sino que es una estructura que, como antes se decía, ha seguido y superado las etapas de la integración económica (zona preferencial de comercio, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica y monetaria) para ser una integración política con órganos de esa naturaleza como lo es el Parlamento Europeo.¹⁹

En este derecho primario encontramos al Tratado de Lisboa²⁰ (2009), el Tratado de Niza²¹ (2003), el Tratado de Ámsterdam²² (1999), el Tratado de Maastricht o sobre la Unión Europea²³ (1993), el Acta Única Europea²⁴ (1987), el Tratado de Bruselas o de Fusión²⁵ (1967), los Tratados de Roma²⁶ (1958) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero²⁷ (1952) que estuvo vigente hasta el año 2002.

Para entender la magnitud de lo que esos tratados significan y crean, para diferenciarlos claramente con otros tratados internacionales, se puede destacar por

¹⁹ El nivel de integración es tal que en el año 2004 se puso a debate el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que aunque no llegó a ser ratificado por todos los Estados, da muestra del nivel de integración que se tiene cuando se pone sobre la mesa una Constitución común.

²⁰ De acuerdo con la información oficial disponible en: https://europa.eu/european-union/law/treaties_es (consultada el 28 de julio de 2017) la **finalidad de este tratado es:** hacer la UE más democrática, más eficiente y mejor capacitada para abordar, con una sola voz, los problemas mundiales, como el cambio climático.

²¹ **Finalidad:** reformar las instituciones para que la UE pudiese funcionar eficientemente tras sumar 25 países miembros.

²² **Finalidad:** Reformar las instituciones de la UE para preparar la llegada de futuros países miembros.

²³ **Finalidad:** preparar la Unión Monetaria Europea e introducir elementos de unión política (ciudadanía, políticas comunes de asuntos exteriores y de interior).

²⁴ **Finalidad:** reformar las instituciones para preparar la adhesión de España y Portugal, y agilizar la toma de decisiones para preparar la llegada del mercado único.

²⁵ **Finalidad:** racionalizar las instituciones europeas.

²⁶ **Finalidad:** instaurar la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

²⁷ **Finalidad:** crear la interdependencia en el sector del carbón y del acero, de tal modo que, a partir de ese momento, no pueda suceder que un país movilice sus fuerzas armadas sin que los demás países tengan conocimiento de ello. Con ello se mitigaron la desconfianza y las tensiones tras la Segunda Guerra Mundial. El Tratado CECA expiró en 2002.

ejemplo, que como en toda Constitución, en el Tratado de Lisboa (sin ser una Constitución) se establecen las competencias que se atribuyen a la Unión Europea, las que conservan o se atribuyen a los Estados miembros y aquéllas que comparten. Con lo que parece evidente que las normas que derivan de los órganos e instituciones de la Unión Europea no tienen la misma naturaleza que todas aquellas que se aprueban en el marco de simples organismos multilaterales como el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos o incluso la Organización de las Naciones Unidas, aunque son Derecho Internacional.²⁸

De las normas anteriores, surge el denominado derecho "derivado" de la Unión Europea que está compuesto principalmente por los reglamentos, las directivas y las decisiones, pero también por las recomendaciones y dictámenes.²⁹

Los *reglamentos* son las normas jurídicas que mejor sirven para describir la naturaleza del Derecho de la Unión, ya que tienen alcances generales para todos los Estados miembros, tienen eficacia directa y deben aplicarse en su integridad en toda la Unión Europea. No requieren de ningún acto nacional para alcanzar su eficacia.

Las *directivas* son muy similares a los reglamentos, sólo que en estas se establecen objetivos que todos los Estados miembros de la Unión deben cumplir, es decir, se fija un objetivo y unos parámetros dentro de los cuales se puede alcanzar éste, para que cada país por medio de actos legislativos nacionales lo cumpla. Al acto de cumplimiento, generalmente una ley, suele denominársele transposición. Esto es, la incorporación plena en los sistemas jurídicos nacionales del contenido de las directivas de la Unión Europea.

²⁸ Cfr. Antonio Remiro Brotons, "La noción de regímenes internacionales en el Derecho Internacional Público", en Ángel Rodrigo, y Caterina García, (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 179-181.

²⁹ Cfr. Ricardo Alonso García, *Derecho de la Unión Europea: textos y materiales*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010, pp. 136-149; y Díez Moreno, Fernando, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010, pp. 307-313.

Pero también están las *decisiones* que sólo son vinculantes para aquellos Estados (o particulares) a quienes se dirigen y que al igual que los reglamentos, no requieren de una transposición, sino que son directamente aplicables, su eficacia es también directa.

Por su parte, las *recomendaciones*, que no son vinculantes, sirven para que las instituciones de la Unión manifiesten su opinión respecto de algún punto concreto o sugieran la forma en la que podría actuar un Estado miembro, un particular o la propia Unión. Similar naturaleza tienen los *dictámenes*, aunque estos sólo los pueden emitir las principales instituciones de la Unión Europea como la Comisión, Consejo y Parlamento o el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo.

No cito ejemplos de cada una de estas normas, pero como se observa, a pesar de ser Derecho de la Unión no todas tienen la misma naturaleza y, por tanto, la misma eficacia directa.³⁰ Con lo que es importante distinguirles claramente.

Quien garantiza el respeto de todo ese derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 9F.1 del Tratado de Lisboa. Siendo por tanto competente para pronunciarse, de conformidad con los tratados: a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas; b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; c) en los demás casos previstos por los tratados. Pero tampoco es un tribunal omnipotente, ya que, por ejemplo, el artículo 11 del Tratado de Lisboa limita su competencia en materia de política exterior y seguridad común.³¹

³⁰ Cfr. D. Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 239-256.

³¹ Véase para un análisis a profundidad del Tribunal, su competencia y procedimiento: Wägenbaur, Bertrand (ed.), *Court of Justice of the European Union: Commentary on Statute and Rules of procedure*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2013.

Pero este Tribunal ha sido justamente, desde su antecedente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), como intérprete supremo del ordenamiento jurídico de la Unión Europea,³² el que ha establecido en su jurisprudencia los principios y características que tiene el hoy Derecho de la UE.³³ Destacaré sólo los dos principales: efecto directo y primacía.³⁴ Aunque no son los únicos de los que se habla en la doctrina.³⁵

Así, en primer lugar, el TJCE estableció el principio de *efecto directo* del Derecho de la Unión en la sentencia del caso *Van Gend and Loos* del 5 de febrero de 1963.³⁶ De manera simple, este principio se traduce en que los particulares pueden invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas, sin necesidad de esperar que dichas normas se recojan en el ordenamiento nacional.

Pero esta característica del Derecho de la UE no la obtuvo el TJUE de manera simplista; el entonces TJCE la sustentó en argumentos que, claramente, se desprenden del Derecho Internacional y no en un simple deseo del Tribunal de crear obligaciones internacionales en donde no ha sido expresada esa voluntad. De esa forma, estableció que el objetivo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea era el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, con lo que era evidente

³² Ricardo Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 15.

³³ Vassilios Skouris, "The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation", en Pascal Cardonnel, Allan Rosas y Nihls Wahl (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, pp. 3-14.

³⁴ Klaus-Dieter Borchardt, *The ABC of European Union law*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2010, pp. 117-122; Armin von Bogdandy, "Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010, pp. 161-167.

³⁵ Véase por ejemplo: Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, que incluye los principios de igualdad, proporcionalidad, de certeza legal, entre otros.

³⁶ TJCE, Sentencia 5.2.1965. Asunto 26/62. Para mayor detalle del caso se recomienda: Iyiola Solanke, *EU Law*, Pearson, 2015, pp. 169-175.

que no era un tratado tradicional, pues no sólo creaban obligaciones recíprocas entre los Estados.³⁷

Pero no sólo eso, sino que además se estaban creando órganos en los que se institucionalizaban poderes soberanos, cuyo ejercicio afecta tanto a los Estados como a sus ciudadanos. Con lo que resultaba evidente que se estaba creando un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía con un claro objetivo.

Por lo que, si el entonces derecho comunitario, autónomo de las legislaciones nacionales, creaba obligaciones a cargo de los particulares, también creaba derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico y, por tanto, dichas normas producen efectos directos y generan derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.³⁸

Pero en todo caso, esa conclusión debe atender a la naturaleza particular de la norma que se analice, ya que, por ejemplo, como antes se estableció, las *directivas* son actos que se dirigen a los Estados y estos deben transponerlas, con lo que no siempre tienen un efecto directo. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE una directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, y cuando el país de la Unión Europea no haya transpuesto la directiva antes del plazo correspondiente.³⁹

Con lo que ni siquiera en este sistema jurídico de la Unión Europea, que parte de grandes cesiones de soberanía de los Estados en favor unos órganos supranacionales y con un fin claro de integración, se pueden hacer generalizaciones

³⁷ Véase apartado "B. En cuanto al fondo", tercer párrafo, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, *Van Gend and Loos*.

³⁸ *Ibidem*, párrs. 8 y 9.

³⁹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, Asunto 41/74, *Van Duyn*.

del efecto directo, debiendo acudir a cada acto concreto para entender la naturaleza que se le ha asignado.⁴⁰ Si esto ocurre en un sistema como éste con tales características, es muy poco responsable pretender dar ese efecto directo a sistemas que distan de características similares.

El segundo gran principio del Derecho de la UE es el de *primacía* que estableció el entonces TJCE en la sentencia *Costa contra Enel* de 15 de julio de 1964,⁴¹ en la que al analizar la naturaleza de los reglamentos estableció que el tratado base les daba a estos fuerza obligatoria y que eran directamente aplicables en cada Estado miembro. Por lo que, si lo anterior no estaba acompañado de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias.

Apoyando sus argumentos nuevamente en el Derecho Internacional al afirmar que, "la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad."⁴²

Con lo que, sustentado en lo que los Estados se habían comprometido internacionalmente, ese principio se traduce en que si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea, sin importar si las normas nacionales son anteriores o posteriores a la europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga,

⁴⁰ D. Sarmiento Daniel, *El derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 239-256.

⁴¹ Para conocer los antecedentes de esa decisión en el marco de la UE (caso *van Gend* o en decisiones de la Comisión Europea), así como otros debates, véase: Solanke, Iyiola, *EU Law*, op. cit., pp. 179-187.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64, *Costa contra Enel*, pág. 106.

pero su carácter obligatorio queda suspendido al darse primacía al contenido de la norma de la Unión.⁴³

Pero al igual que lo advertía antes, en este caso también se debe tener en cuenta la naturaleza particular de la norma de que se trate, sea Derecho primario o derivado de la Unión, ya que la primacía no puede darle efectos obligatorios a actos que no lo tienen de origen, por ejemplo, las decisiones para aquellos Estados a los que no se les dirigen éstas ni a las recomendaciones ni dictámenes.⁴⁴ Con lo que una vez más, la primacía es absoluta para aquellas normas que son obligatorias, pero no generalizable para las que carecen de esa fuerza.

De los dos principios anteriores surgen de inmediato algunas preguntas ¿qué pasa con la Constitución? ¿También se somete a la primacía y efecto directo? En torno a esas preguntas hay muchos debates pasados y presentes, opiniones y posiciones.⁴⁵ Por el interés concreto que tengo en este artículo, me centraré en las respuestas que a eso ha dado el TCE.

Así, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, en la que de origen se le había requerido que se pronunciara sobre la conformidad con la Constitución española del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa,⁴⁶ que como antes se estableció no llegó a ratificarse por todos los Estados miembros,

⁴³ EUR-Lex, *Primacía del Derecho europeo*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l14548> (última fecha de consulta: 30 de julio de 2017).

⁴⁴ D. Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 239-256.

⁴⁵ Véanse entre otros: Javier Tajadura, "Constitución y democracia en la Unión Europea", en Josu De Miguel Barcena, y Javier Tajadura, *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 5-33; Franz Mayer, "Supremacy-Lost?", en Philipp Dann y Michal Rynkowski (eds.), *The Unity of the European Constitution*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006, pp. 87-96; Kwiecień, Roman, "The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, vol. 6, núm. 11, 2005, pp. 1489-1494.

⁴⁶ Ricardo Alonso García, "Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005, pp. 339-341.

el TCE fijó algunos criterios que es importante tener en cuenta para el análisis que se hará en el siguiente apartado.

En primer lugar, que el art. 93 de la Constitución española (CE) es la norma por medio de la cual la Constitución misma da entrada al sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias.⁴⁷ Es decir, que es por autorización de este artículo que el Derecho de la UE se ha incorporado en el sistema jurídico español.

En segundo lugar, que una vez que se ha producido la integración de la norma internacional debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla.⁴⁸ Esto es, que hay un ámbito constitucional y otro distinto que el del Derecho de la UE.

En tercer lugar, que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español, pues aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva de varios de ellos y es consustancial a su condición de norma fundamental. Por lo que esa supremacía o rango superior de la Constitución es frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales;⁴⁹ por esa razón, es la que autoriza que un tratado se incorpore y cómo lo hace, junto con los órganos o estructura que puedan crear en cada caso.

En cuarto lugar, que la *primacía* del Derecho de la Unión no se contradice con la *supremacía* de la Constitución, pues primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados.

⁴⁷ Fundamento jurídico 2. Que ya había desarrollado en cierta medida el fundamento jurídico 4 de su Declaración 1/1992, de 1 de julio.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Fundamento jurídico 4.

La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones.⁵⁰

Por eso distinguía el ámbito constitucional y el del Derecho de la UE.

En quinto lugar, que toda supremacía implica, en principio, primacía; salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación.⁵¹ Tal como lo autoriza el artículo 93 de la CE y se ha hecho desde que España se incorporó a las Comunidades Europeas en 1986.

En ese sentido, el TCE sin decirlo expresamente establece que "[l]a Constitución no puede, por tanto, considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas; descartado así el control sobre éstas en términos de constitucionalidad (interna), queda consecuentemente descartada su declaración de inconstitucionalidad y, con ella, la posibilidad de poner en jaque el principio europeo de primacía".⁵² Pero tampoco renuncia a la supremacía constitucional, ya que en todo caso, el "control constitucional" de esas normas es previo, cuando el artículo 93CE autoriza la incorporación del tratado que es la fuente y parámetro de validez y control de todo el conjunto de normas derivadas.

Pero además de lo anterior, a pesar de reconocer esa primacía y efecto directo del Derecho de la Unión, el TCE en su sentencia STC 61/2013, de 14 de marzo, ha establecido que el Derecho de la Unión Europea no integra canon de constitucionalidad.⁵³ No obstante ello, dicho Derecho puede constituir un valioso

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² R. Alonso García, "Constitución española y Constitución europea...", *op. cit.*, p. 352.

⁵³ Fundamento jurídico 5.

criterio hermenéutico del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Con lo que una vez más separa los ámbitos de aplicación que tiene tanto el Derecho de la UE como el Derecho Constitucional, estableciendo indirectamente la supremacía y primacía de este último en los análisis de constitucionalidad, pero sin negar importancia a aquel.⁵⁴

En ese sentido, el Estado español por medio de su Tribunal Constitucional ha reconocido la naturaleza y alcances que tiene el Derecho de la Unión, a partir de describir la forma en la que éste se ha integrado en el sistema jurídico español y estableciendo las razones por las cuales no encuentra en principio eso una contradicción con el texto constitucional. Sino más bien que ambos tienen claramente definido su ámbito de aplicación y sus órganos que aplican y vigilan el respecto de la que en cada caso es su norma o normas referentes.

Una vez que hemos establecido esas premisas básicas respecto al Derecho de la UE y la forma en la que el TCE ha caracterizado la incorporación de éste en el sistema jurídico español, ahora es momento de conocer las formas y los alcances que el TCE le ha dado a la jurisprudencia del TJUE en sus análisis constitucionales.

3. Usos y presencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España

Si tomamos en cuenta que entre julio de 1989 y julio de 2017 (28 años)⁵⁵ el TCE sólo ha citado en sus análisis de fondo, esto es, en los fundamentos jurídicos

⁵⁴ Josu De Miguel Barcenas, "España", en De Miguel, Josu y Tajadura, Javier, *Justicia Constitucional y Unión Europea*, op. cit., pp. 175-177.

⁵⁵ El período de tiempo analizado corresponde al máximo que ha sido posible analizar para este trabajo a partir del primer antecedente que existe en los fundamentos jurídicos de la base de datos del Tribunal Constitucional.

de sus sentencias en 94 casos la jurisprudencia del TJUE, cuando en el año 1989 emitió 219 sentencias, 240 en el año 2001 ó 228 sentencias en el año 2016; bien podría afirmarse que el TCE poco o muy poco se ha acercado a los contenidos del Derecho de la Unión Europea por medio de las interpretaciones que ha hecho el intérprete más autorizado de dicho sistema jurídico.

Sin embargo, eso parece normal, en primer lugar, por lo que antes se estableció. Esto es, por la competencia que tiene el TCE (intérprete supremo de la Constitución) y que está sometido sólo a dicha Constitución y a su Ley Orgánica, no al Derecho de la Unión Europea. En segundo lugar, porque como antes se mencionó, el Derecho de la Unión Europea no integra canon de constitucionalidad,⁵⁶ es decir, no conforma junto con la Constitución ningún parámetro a partir del cual se evalúe el resto del sistema jurídico español, "ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE".⁵⁷

En tercer lugar, que por esa misma competencia, el TCE no está llamado a aplicar en el ejercicio de sus facultades el Derecho de la Unión Europea como principal norma de trabajo,⁵⁸ a pesar de la primacía y efecto directo que tienen las principales normas de dicho sistema jurídico europeo.⁵⁹ "[N]i el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos,

⁵⁶ Carmen López Jurado y Francisco Cuesta Rico, "Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 34, septiembre-diciembre 2009, p. 1015.

⁵⁷ Véase STC 61/2013, de 14 de marzo, fundamento jurídico 5.

⁵⁸ El Tribunal Constitucional no es "Tribunal europeo" como lo son los demás tribunales ordinarios, atendiendo al efecto directo del Derecho de la Unión Europea.

⁵⁹ Santiago Ortiz Vaamonde, "El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001, pp. 314-317.

han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de 'de rango y fuerza constitucionales'⁶⁰.

En ese sentido, el TCE ha sido claro en señalar que "la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho [de la Unión Europea] por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales".⁶¹ Esto es, está fuera de su competencia.

Agregando que "no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, toda vez que ese control compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea".⁶²

Por lo que, "la eventual infracción del Derecho de la Unión Europea por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria".⁶³

No obstante todo lo anterior, el TCE ha enfatizado que eso no significa que "deba abstenerse de cualquier valoración sobre un acto de los poderes públicos ante él recurrido cuando el mismo aplica Derecho de la Unión Europea o, al contrario, se plantee su posible contradicción con éste, pues ello implicaría una abdicación

⁶⁰ Véase STC 232/2015, de 5 de noviembre, fundamento jurídico 4 y STC 148/2016, de 19 de septiembre, fundamento jurídico 5.

⁶¹ Véase STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 4 y STC 58/2004, de 19 de abril, fundamento jurídico 10.

⁶² Véase STC 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4 y STC 239/2012, de 2 de julio, fundamento jurídico 5.

⁶³ Véase STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 5 y STC 145/2012, de 2 de julio, fundamento jurídico 2.

de [su] función señalada en los artículos 53.2 y 161.1 b) CE. Significa, mucho más simplemente, que cuando ello sucede [deben] abordar esa denuncia desde la perspectiva que [les] es propia, valorando si con ese acto de los poderes públicos recurrido ante la jurisdicción constitucional se ha ocasionado o no alguna vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas cuya tutela [tienen] encomendada, de conformidad con los preceptos constitucionales antes citados, que son los únicos que vinculan a [ese] Tribunal".⁶⁴

Con lo que parece evidente que a pesar de la gran importancia que tiene el Derecho de la Unión Europea originario y derivado que, como antes hemos visto, lo hace incluso *sui generis* en el ámbito del Derecho Internacional Público⁶⁵ por el grado de cesión de soberanía de los Estados en favor de una estructura supranacional, eso no ha significado para el TCE que la Constitución quede sometida a dicho sistema al menos formalmente, ni que dicho tribunal sea competente para decidir cuándo se cumple o incumple por los poderes públicos nacionales con el Derecho de la Unión.⁶⁶

Este conjunto de razonamientos y argumentos hacen ver de manera más clara por qué es tan reducido el número de sentencias del TCE que en sus fundamentos jurídicos citan o usan la jurisprudencia del TJUE en ese período de más de 25 años.

Pero también sirve para comprender el porqué el TCE sólo considera como *valiosos criterios hermenéuticos* del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, por mandato de su artículo 10.2, al Derecho de la

⁶⁴ Véase STC 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4 y STC 148/2016, de 19 de septiembre, fundamento jurídico 5.

⁶⁵ J. Martín y Pérez de Nanclares, "Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal...", *op. cit.* pp. 256-260; y B. De Witte, "The European Union as an International Legal Experiment", *op. cit.*, pp. 19-56.

⁶⁶ José Joaquín Fernández Alles, "La supremacía constitucional en el diálogo jurisdiccional TC TJUE", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 23, octubre 2016.

Unión Europea y las interpretaciones que lleva a cabo el órgano de garantía de ese sistema jurídico (TJUE).⁶⁷

Que únicamente le asigne ese valor jurídico a la jurisprudencia del TJUE puede ser cuestionable y debatible, aunque lo cierto es que también es lo que la certeza jurídica manda, ya que por la forma en la cual se ha incorporado el Derecho de la Unión Europea al sistema constitucional español,⁶⁸ nada indica, como antes se estableció, que en principio se le esté dando otro valor, posición o fuerza jurídica a ese sistema jurídico ni por la propia Constitución, ni por los tratados que dan origen y fundamentación a dicho sistema.⁶⁹ Pero tampoco se dice nada en la Constitución, más allá del artículo 10.2, ni en los tratados que rigen y establecen los principios de la Unión Europea sobre una fuerza o naturaleza jurídica diferente que se le asigne o pueda asignar a la jurisprudencia del TJUE más allá de sus ámbitos de aplicación;⁷⁰ con lo que, al menos a partir de esos referentes normativos fundamentales, parece que el valor jurídico asignado es el que le corresponde.

También es cierto que tanto el TJUE como el TCE podrían asignarle un valor jurídico diferente a la jurisprudencia del Tribunal de la UE,⁷¹ en el ejercicio de sus facultades y con el fin de hacer más operativas e incluso integradoras o uniformadoras sus decisiones.⁷² En ese caso, lo cuestionable sería, en primer lugar,

⁶⁷ Véase STC 116/2006, de 24 de abril, fundamento jurídico 5 y STC 13/2017, de 30 de enero, fundamento jurídico 6.

⁶⁸ A. Mangas Martín y D. Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 484-495.

⁶⁹ F. Díez Moreno, *Manual de derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 313-314.

⁷⁰ Gundega Mikelsone, "The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union", *Jurisprudence*, vol. 20, núm. 2, 2013, pp. 488-489.

⁷¹ Existen varios ejemplos respecto a cómo el TJUE ha limitado los efectos de sus sentencias, por todos, véase: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-415/793, *Bosman*, apartados 77 y 139-146.

⁷² Gregorio Robles Morchón, "La influencia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en José María

si su competencia les faculta para ello y, en segundo lugar, si su nivel de legitimidad democrática les autoriza a actuar más allá de lo que les han establecido órganos y procedimientos con una mayor legitimidad democrática que es justo a partir de los cuales se les da vida a esos tribunales y se les asignan competencias.⁷³ Pero en todo caso, son debates que se deben continuar haciendo, sin perder de vista, insisto una vez más, la naturaleza incomparable que tiene el Derecho de la Unión Europea con cualquier otro sistema jurídico existente en el marco del derecho internacional público en la actualidad.

Entendida la fuerza jurídica y valor que le asigna el TCE a la jurisprudencia del TJUE, es momento de analizar las formas en que dicho tribunal constitucional ha hecho uso de esa jurisprudencia para fundamentar sus propias decisiones.

Con ese fin, en primer lugar, debo señalar que sólo en cinco de los once tipos de asuntos de los cuales puede conocer de acuerdo con la competencia concreta que ejerce el TCE ha sido utilizada la jurisprudencia del TJUE, tal y como se indica a continuación:

Ámbitos de competencia	¿Ha utilizado jurisprudencia TJUE?
Recurso de inconstitucionalidad	Sí
Cuestión de inconstitucionalidad	Sí
Recurso previo de inconstitucionalidad	No
Recursos y cuestiones contra las normas forales fiscales vascas	No
Recurso de amparo	Sí
Conflictos de competencia	Sí

Beneyto Pérez, Jerónimo Maillo y Belén Becerril (coords.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 4, 2011, pp. 389-395.

⁷³ Véase en ese sentido: Armin von Bogdandy, "The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14, núm. 2, 2013, pp. 361-379.

Conflictos entre órganos constitucionales	No
Conflictos en defensa de la autonomía local	No
Conflictos en defensa de la autonomía foral	No
Declaración sobre la constitucionalidad de Tratados Internacionales	Sí
Impugnaciones del artículo 161 de la Constitución	No

De esos cinco medios de defensa constitucional, en el que el TCE ha hecho más veces uso de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (39) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (54) en sus fundamentos jurídicos ha sido en sus sentencias de recursos de amparo⁷⁴ y en las que menos en las declaraciones sobre constitucionalidad de tratados.⁷⁵ Después del recurso de amparo es en las sentencias de los recursos de inconstitucionalidad en donde más ha usado en su fundamentación jurídica la jurisprudencia del TJCE (5) y TJUE (13), seguido por las cuestiones de inconstitucionalidad⁷⁶ y, aunque puede parecer extraño por la naturaleza del medio, en dos ocasiones hizo uso de la jurisprudencia del TJCE en la fundamentación jurídica de conflictos positivos de competencia.

En este recuento debo insistir en que he dejado fuera del análisis a todos aquellos casos en los que alguna de las partes que interviene en los procedimientos de los distintos medios de protección constitucional ha invocado el Derecho de la Unión o jurisprudencia del TJUE, pero nada se le ha respondido por el TCE en el análisis jurídico, así como todos aquellos en los que simplemente se menciona pero se dice que no es aplicable o se da alguna razón por la cual se considera que no es relevante para el análisis concreto. Es decir, sólo tomo en consideración

⁷⁴ En 25 al TJCE y en 32 al TJUE.

⁷⁵ En 1 al TJCE y en 1 al TJUE.

⁷⁶ En 6 TJCE y en 9 TJUE.

las veces que el TCE ha usado la jurisprudencia para construir o reforzar sus argumentos y razonamientos en la fundamentación jurídica de sus sentencias.

En ese orden de ideas, en mi opinión, hay tres usos principales de la jurisprudencia del TJUE por parte del TCE en sus distintas fundamentaciones jurídicas: una como apoyo, otra como directriz, y una más en la que hace una mezcla de las dos anteriores. Aunque se podría establecer una cuarta: el "cumplimiento", pero que hasta hoy sólo tiene un ejemplo.

En el uso como *apoyo* incluyo a todos aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional desarrolla sus argumentos en el ámbito de un análisis constitucional, pero para reforzar estos –para mostrar que están en la misma línea de resolución de lo que se está estableciendo o se ha establecido por el TJUE o para justificar las razones que le llevan a sostener esos argumentos– cita jurisprudencia del TJUE en la que se han analizado temas similares o derechos concretos reconocidos en ambos sistemas, con la nota distintiva de que los casos del tribunal europeo no están relacionados directamente con España.

Por medio de este uso, el TCE incorpora en muchos casos al sistema jurídico español algunas especificaciones del Derecho de la Unión Europea que no están en normas generales a partir de supuestos específicos que no se han presentado en España, pero que podrían presentarse al formar parte del sistema jurídico de la Unión, con lo que indirectamente hace una integración del Derecho de la Unión al sistema nacional español a partir del análisis constitucional que desarrolla.

En este tipo de uso, podemos ubicar las siguientes sentencias:⁷⁷

⁷⁷ Con el fin de mostrar las dos etapas del Tribunal de Justicia europeo separaré las sentencias en la que se invoca el de las entonces Comunidades y en el que ya aparece el de la Unión Europea. De igual forma, por

	Sentencias en que se apoya en la jurisprudencia del TJCE	Sentencias en las que se apoya en la jurisprudencia del TJUE
Recursos de inconstitucionalidad	STC 97/2002, de 25 de abril STC 208/1999, de 11 de noviembre STC 103/1999, de 3 de junio	STC 89/2017, de 4 de julio STC 139/2016, de 21 de julio STC 129/2013, de 4 de junio STC 210/2012, de 14 de noviembre STC 176/2011, de 8 de noviembre
Cuestiones de inconstitucionalidad	STC 253/2004, de 22 de diciembre STC 39/2002, de 14 de febrero	STC 121/2016, de 23 de junio STC 231/2015, de 5 de noviembre STC 41/2013, de 14 de febrero STC 152/2011, de 29 de septiembre STC 75/2011, de 19 de mayo
Conflictos positivos de competencia	STC 45/2001, de 15 de febrero STC 132/1989, de 18 de julio	-----
Recursos de amparo	STC 17/2007, de 12 de febrero STC 198/2001, de 4 de octubre STC 240/1999, de 20 de diciembre STC 137/1995, de 25 de septiembre STC 286/1994, de 28 de noviembre	STC 13/2017, de 30 de enero STC 162/2016, de 3 de octubre STC 48/2014, de 7 de abril STC 167/2013, de 7 de octubre STC 70/2009, de 23 de marzo STC 70/2009, de 23 de marzo
Declaración	DTC 1/1992, de 1 de julio	DTC 1/2004, de 13 de diciembre

El uso como *directriz* es similar al anterior, con la diferencia de que la jurisprudencia del TJUE que se cita se refiere principalmente a casos que, sea por una cuestión prejudicial o por otro medio, el Tribunal europeo ya ha analizado alguna norma o acto jurídico emitido por autoridades públicas españolas. Esto es, aquella jurisprudencia en la que el TJUE ya fijó un criterio respecto a la manera en la que se debe interpretar una determinada norma nacional española o europea aplicable a España a la luz del Derecho de la Unión Europea.

Con lo que, otra diferencia con el uso anterior es que, al hacer la interpretación constitucional se sigue una interpretación hecha por el TJUE para no entrar

simplicación y espacio disponible, sólo pondré un máximo de cinco ejemplos en cada rubro, ya que como antes he indicado, en los casos de recursos de amparo habría que citar al menos 57 sentencias.

en contradicción con algo ya establecido por ese intérprete más autorizado del Derecho de la Unión. En tanto que en el otro simplemente respalda sus argumentaciones. En cierta medida, por medio de este uso el TCE confirma la compatibilidad de aspectos concretos o generales del Derecho de la Unión originario, derivado o transpuesto con la Constitución, muchas veces sin decirlo expresamente, dando congruencia y sistematicidad a las relaciones existentes entre los dos sistemas jurídicos que confluyen en el sistema jurídico aplicable en España.

En este rubro se pueden identificar las siguientes sentencias:

	Sentencias en las que sigue la jurisprudencia del TJCE	Sentencias en las que sigue la jurisprudencia del TJUE
Recursos de inconstitucionalidad	STC 195/1998, de 1 de octubre	STC 193/2013, de 21 de noviembre STC 114/2013, de 9 de mayo STC 176/2011, de 8 de noviembre
Cuestiones de inconstitucionalidad	STC 10/2005, de 20 de enero STC 67/1990, de 5 de abril STC 66/1990, de 5 de abril STC 65/1990, de 5 de abril	STC 58/2016, de 17 de marzo STC 110/2015, de 28 de mayo STC 61/2013, de 14 de marzo STC 152/2011, de 29 de septiembre
Recursos de amparo	STC 13/2017, de 30 de enero STC 324/2006, de 20 de noviembre STC 75/2002, de 8 de abril STC 167/2000, de 26 de junio	STC 4/2017, de 16 de enero STC 66/2014, de 5 de mayo STC 71/2013, de 8 de abril STC 26/2011, de 14 de marzo STC 123/2010, de 29 de noviembre

El tercer gran grupo es el relacionado con aquellas sentencias en las que el TCE hace desarrollos utilizando los dos modelos anteriores, ya sea para un mismo argumento o bien utilizando una opción para algún punto respecto al cual se pronuncia y el otro para alguno más que resuelve, no es uniforme en todos los casos.

Aunque las diferencias pueden ser sutiles entre los tres tipos de usos, me parece que es interesante entender sus diferencias y los efectos que directa (explícita)

e indirectamente (implícita) producen. Especialmente porque, como se ha destacado, formalmente sólo se les reconoce como criterios hermenéuticos, aunque en la práctica su aplicación puede darle al Derecho de la Unión Europea una fuerza mayor de aquella que se dice, al incorporar el derecho primario, derivado y transpuesto en las interpretaciones constitucionales que fijan nada más y nada menos que las coordenadas del sistema constitucional español.

En este uso que conjunta los dos anteriores, podemos destacar las siguientes sentencias:

	Sentencias en que sigue y se apoya en la jurisprudencia del TJCE	Sentencias en las que sigue y se apoya en la jurisprudencia del TJUE
Recursos de inconstitucionalidad	-----	STC 157/2016, de 22 de septiembre STC 140/2016, de 21 de julio
Cuestiones de inconstitucionalidad	-----	STC 35/2016, de 3 de marzo
Recursos de amparo	STC 78/2010, de 20 de octubre STC 194/2006, de 19 de junio STC 130/1995, de 11 de septiembre STC 111/1993, de 25 de marzo STC 64/1991, de 22 de marzo	STC 148/2016, de 19 de septiembre STC 232/2015, de 5 de noviembre STC 50/2014, de 7 de abril

El de *cumplimiento* es el que sería aplicable en aquellos casos en que el TCE usa lo que decidió el TJUE, a partir de que el primero le plantea una cuestión prejudicial al segundo y, por tanto, a partir de lo que ahí se decide, el TCE a su vez resuelve. Esto es así ya que "la sentencia prejudicial de interpretación vincula con autoridad de cosa juzgada al Juez que planteó la cuestión, que debe aplicar la norma de la UE de conformidad con la interpretación dada por el TJUE".⁷⁸

⁷⁸ A. Mangas Martín y D. Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea, op. cit.*, pp. 471.

Como lo decía, de esto sólo tenemos un ejemplo con el conocido como caso *Melloni*,⁷⁹ que es el único de su tipo en estos más de 25 años en el cual el TCE ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE.⁸⁰

En ese caso, de manera concreta, se alegaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haber accedido la resolución que se recurría a la entrega del demandante a Italia, país que da validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que aquel pueda impugnar la condena por un delito muy grave para salvaguardar sus derechos de defensa, tal como exige la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales.

Ante ese planteamiento de inconstitucionalidad y seguidos los trámites iniciales, mediante el Auto de 9 de junio de 2011 el TCE planteó tres preguntas como cuestión prejudicial al TJUE, dos de interpretación y una de validez, que son las siguientes:

1ª. El Art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?

2ª. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que

⁷⁹ Véase Luis Gordillo Pérez, y Ariane Tapia Trueba, "Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, julio-diciembre 2014, pp. 245-270; y Aida Torres Pérez, "Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue", *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm. 2, septiembre 2014, pp. 308-331.

⁸⁰ El Tribunal Constitucional Alemán también sólo ha presentado una vez una cuestión prejudicial, mientras que otros como el Tribunal Constitucional de Bélgica (desde su antecedente como Corte de Arbitraje) ha presentado al menos 25 cuestiones prejudiciales.

se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

3ª. En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?

El TJUE por sentencia de 26 de febrero de 2013, en el caso registrado como C-399/11, asunto *Melloni*, dio respuesta a esas preguntas. Con lo que, el TCE por medio de su sentencia STC 26/2014, de 13 de febrero resolvió el tema de constitucionalidad que le había sido planteado.

Si bien se puede dudar que lo que hace el TCE es "cumplir" con la sentencia del TJUE al seguir la interpretación que le había solicitado, en primer lugar, porque estableció que la "[r]espuesta [le sería] de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*."⁸¹ Pero sin aceptar o decir que seguiría en sus términos lo establecido por el TJUE.

En segundo lugar, porque no suficiente con lo anterior, el TCE también estableció que "[a]ntes de proceder a la determinación de aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías que despliega tal eficacia *ad extra*, debemos, sin embargo, completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina

⁸¹ Fundamento jurídico 2.

establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004⁸²; dando a entender que las respuestas que le habían dado eran insuficientes, por lo que la complementa.

Esa reacción de la mayoría que integraba el TCE ha sido muy criticada por la doctrina española,⁸³ y por algunos integrantes del TCE por medio de votos,⁸⁴ al hacer parecer que poco le sirven las respuestas que obtuvo, que era suficiente o incluso más útil toda su doctrina anterior propia y, como consecuencia de eso, que el TCE dejó de lado algunos aspectos de fondo que era importante que se desarrollaran y generó nuevas controversias, como la relacionada con el alcance del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el estándar mínimo de protección.⁸⁵

A pesar de eso, de una lectura detallada de la sentencia, resulta evidente que sí sigue y cumple con lo establecido por el TJUE, a pesar de que el TCE perdió una oportunidad para establecer un más claro modelo de "diálogo" o comunicación entre la jurisdicción constitucional y europea de la Unión. Pero en todo caso ese es el primer y único caso en que se puede ver la relación o uso directo de la jurisprudencia del TJUE en la del TCE a partir de la comunicación que por medio de una cuestión prejudicial se entabla entre ambos.

No tengo duda que en este punto el TCE no es el mejor ejemplo a seguir,⁸⁶ ni tampoco el que más aportes ha generado, pero al final resulta útil para destacar

⁸² Fundamento jurídico 3.

⁸³ Véase entre otros *supra* nota 79.

⁸⁴ Pablo Martínez Rodríguez, "Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, mayo-agosto 2014, pp. 607, 608, 616.

⁸⁵ Para profundizar en estos temas se recomienda revisar *supra* nota 55 y Pablo Martín Rodríguez, "Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, pp. 1-45.

⁸⁶ Como para algunos tampoco lo es el Tribunal Constitucional Alemán, el cual ha mantenido una posición que podría considerarse más dura en defensa de sus competencias y los contenidos constitucionales. Respecto a esto, para un análisis breve pero completo véase: Iyiola Solanke, *EU Law, op. cit.*, pp. 189-190.

que si los tratados y la Constitución han admitido mecanismos de comunicación entre ambas jurisdicciones, estos deben ser valorados como tal, en beneficio de la interpretación y aplicación pacífica y ordenada de los dos sistemas jurídicos que confluyen, sin necesidad de asignar jerarquías interpretativas, superioridades jurisdiccionales o cualquier otro calificativo que desvirtúa lo que simplemente es una comunicación entre jurisdicciones constitucional y convencionalmente admitida para hacer compatibles ambos sistemas.

Tanto de este último supuesto de uso de la jurisprudencia, como de los anteriores, se han dado y se deben seguir dando muchos debates, por lo que aquí expresado debe tenerse simplemente como una opinión más de la forma en la cual puede ser entendida esa relación entre jurisdicciones a partir de sus respectivas jurisprudencias.

Como puede observarse de esta clasificación que hago, parece evidente que en los usos de *directriz* como en los de *cumplimiento*, en realidad la jurisprudencia del TJUE tiene una fuerza distinta a aquella que el TCE le ha reconocido formalmente. Pero también es cierto que se puede afirmar que es la forma en la cual el Tribunal Constitucional, a partir de analizar las normas constitucionales, muestra cómo el Derecho de la Unión, en el mayor número de casos derivado, es compatible y coincidente con la Constitución, sin doblegar a ésta frente a aquél, ni negar el valor e importancia que tiene el Derecho de la Unión en España a partir de los compromisos que se han adquirido internacionalmente.

Lo anterior y las diferentes formas en que se ha usado en cada caso concreto, así como en aquellos casos en los que se ha omitido su análisis a pesar de que se le ha planteado, son fuente de muchos debates interesantes. Sin embargo, eso excede el objetivo de este artículo que como lo establecí, pretende ser más descriptivo que analítico, para mostrar las formas en las que se puede dar valor a los sistemas internacionales, sin negar su importancia, pero también sin sacrificar el valor y fuerza de la Constitución, pues ha sido justo a partir de ésta

que dichos sistemas internacionales se han incorporado al sistema jurídico nacional.

Pero no sólo eso, sino también que, aunque formalmente no se le reconozca, la mayor fuerza jurídica a la jurisprudencia de un Tribunal, eso no niega que se pueda utilizar para nutrir los contenidos constitucionales o incluso para dotar a esas interpretaciones indirectamente de valor constitucional, pero sin necesidad de establecer supremacías o últimas palabras, cuando ambos ámbitos competenciales están bien definidos, siendo en todo caso la jurisprudencia el medio por el que se entabla una comunicación entre jurisdicciones y entre sistemas jurídicos.

6. A manera de conclusión

Es muy probable que se me diga que la forma en la que el Tribunal Constitucional español se ha relacionado con el Derecho de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es el mejor ejemplo que se les puede dar a los órganos de justicia constitucional latinoamericanos para imitar en el ejercicio de sus funciones y facultades, y puede ser cierto. Sin embargo, la cercanía cultural y jurídica que hay es, sin duda alguna, un factor que no se puede menospreciar en el objetivo de acercar a Latinoamérica la forma en la que un sistema constitucional nacional europeo se relaciona e interactúa con uno tan especial como lo es el de la Unión Europea.

En todo caso, es una de las mejores formas para internar mostrar de manera simple que el Derecho de la Unión Europea no tiene símil con ningún otro sistema jurídico de origen internacional existente en la actualidad, por lo que no puede ni debe equipararse por ejemplo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni con cualquier otro tratado o conjunto de tratados cuyo origen sea la Organización de Estados Americanos. Con lo que, por lógica, tampoco se

puede equiparar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por más que ambos sean tribunales creados por tratados y los intérpretes últimos de estos.

En ese sentido, me parece importante insistir en que el Derecho de la Unión Europea se distingue del resto del Derecho Internacional por el nivel de cesión de soberanía que hacen en su favor los Estados que le dan vida. Pero también en su relación con las constituciones como consecuencia de lo anterior, pues a diferencia de otros ámbitos del Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea tiene asignadas competencias que ya no están bajo el dominio exclusivo de las autoridades públicas de los Estados y, por tanto, ya no están bajo el control directo de la Constitución, porque ésta misma ha autorizado que eso sea de esa forma. Pero también se distingue del Derecho Constitucional porque su origen se da a partir de una soberanía delegada, no original, y por esa misma razón, el Derecho de la Unión Europea tiene ámbitos vedados que el Derecho Constitucional siempre podrá recuperar.

En todo caso, de lo expuesto en este artículo tampoco se puede negar la importancia que tiene la forma en la cual el Tribunal Constitucional español ha delimitado sus ámbitos competenciales, los ámbitos de aplicación del Derecho de la Unión Europea, del Derecho Constitucional y la forma en la que se pueden coordinar ambos sistemas jurídicos (constitucional y europeo). Siendo de mucha utilidad, especialmente en momentos en que en Latinoamérica sólo con retórica o argumentos de autoridad, se pretende que Jueces nacionales asuman competencias que ni los tratados ni las constituciones nacionales les asignan, y además, a partir del contenido de tratados que en nada se pueden asemejar con los que dan sustento a la Unión Europea por el nivel de cesión de soberanía que hay en éstos, que va mucho más allá del simple establecimiento de órganos con competencia para vigilar el objeto y fin de los tratados y su interpretación.

De igual forma resulta útil el entender como la Constitución es la que determina la forma y fuerza con la que los tratados base del Derecho de la Unión Europea se integran al sistema jurídico español, autorizando la primacía, y si se quiere supremacía, así como efecto directo de éstos en el ámbito legal, pero no en el ámbito constitucional que es el que le ha dado cabida y cedido espacios de actuación en los que inicialmente sólo estaba él. Todo lo cual es una forma de entender que ambos sistemas jurídicos deben buscar la coordinación, que su existencia no es una batalla de jerarquías en la que debe haber ganadores y perdedores, sino simplemente una definición de ámbitos de competencia, sin perder de vista que la Constitución es la que permite que el Derecho de la UE tenga validez, pero a su vez, ese Derecho de la Unión es el que da validez al resto del sistema legal español en aquéllos ámbitos que soberanamente se han cedido o compartido con la Unión Europea.

Con lo que además, a pesar de esas características del Derecho de la UE, el TCE no es "Juez europeo" ya que éste no es su aplicador, pues el efecto directo de las normas europeas sólo vincula a los demás tribunales ordinarios, quienes sí pueden ser considerados como "Jueces europeos". Pero esta calificación no es simplemente porque puedan aplicar el Derecho de la UE, sino porque por la naturaleza del mismo y la de la propia Unión Europea, ambos adquieren esa calidad, por la competencia que se les asigna.⁸⁷ Sin que esa idea se pueda trasladar a otros sistemas internacionales, ya que insisto una vez más, ningún otro sistema vigente tiene las características y naturaleza del Derecho de la Unión Europea. Con lo que la idea que circula en Latinoamérica respecto a que los Jueces nacionales son "Jueces interamericanos" porque aplican la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, cuando menos, simplista y, con rigor, una muestra de la poca seriedad con la que se estudian estos temas o lo poco que se les entiende.

⁸⁷ Para comprender el origen de esa expresión se recomienda: Allan Rosas, "The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09", en Cardonnel, Pascal y otros (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, op. cit., pp. 105-121.

Pero sin duda, algo que es muy relevante para mostrarlo a Latinoamérica es que a pesar de la importancia que se le ha dado al Derecho de la Unión Europea con el efecto directo y primacía, ni éste, ni las interpretaciones (jurisprudencia) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son canon de constitucionalidad en España, por dos razones muy simples. Una es que la Constitución no les ha reconocido ese carácter y, dos, que los tratados que dan origen al Derecho de la Unión Europea tampoco, lo cual no es, ni ha representado, un obstáculo para hacer uso de ellas, al reconocérselas como criterios hermenéuticos relevantes en el ejercicio de la interpretación constitucional.

Lo anterior queda confirmado con el uso que el Tribunal Constitucional de España ha hecho de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en pocos casos, pero en más de 25 años, en donde sin reconocerle una fuerza vinculante a dicha jurisprudencia, en la práctica ha seguido o apoyado sus razonamientos jurídicos en lo que previamente había establecido el tribunal europeo, con lo que parece evidente que es más importante reconocer la importancia, calidad y contenido de esas interpretaciones, que una fuerza obligatoria que podría generar un rechazo al hacer parecer al tribunal supranacional como superior al nacional, cuando sus ámbitos competenciales están bien definidos y ni uno ni el otro tienen siempre y en todo la última palabra.

De todo lo anterior seguramente habrá quien no comparta esa visión, lo cual tampoco es ninguna novedad, ya que en relación a esos temas por más que pasan los años muchos debates se mantienen abiertos.⁸⁸ En todo caso, como lo anuncié, este artículo busca ser tan sólo una síntesis de una de las opciones disponibles con las que cuentan los órganos de justicia constitucional en Latinoamérica para decidir la forma en la cual se relacionan, interactúan y usan los

⁸⁸ Bogusia Puchalka, "Democracy in Constitutional Politics of European Courts: An Overview of Selected Issues", en Elizbieta Kuzelewska *et al.* (eds.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 3-23.

contenidos de las normas e interpretaciones del derecho de origen internacional que se han integrado a sus sistemas nacionales.

Más que el establecimiento de un canon, busca ser una herramienta que a partir de la experiencia de otro Tribunal Constitucional, permita comprender de mejor manera a las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas cuál ha sido la forma, el lugar y la fuerza que cada sistema constitucional nacional le ha asignado al Derecho de origen internacional, pues eso es un análisis que se debe dar al interior de cada Estado, al no haber respuestas únicas y generalizables para toda la región, cuando, por ejemplo, ni siquiera todos los países latinoamericanos son Parte, ni de forma idéntica, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸⁹

En el Derecho nuestro objetivo final, ante los problemas que nos presenta este tipo de interacciones de sistemas jurídicos de distinta naturaleza, debería ser el buscar su coordinación para asegurar su eficacia, no el buscar ganadores y perdedores, superiores e inferiores, ni últimas palabras con ausencia de diálogo. En ese sentido, vinculado con el fin de este artículo, deberíamos estar más preocupados por la calidad de la jurisprudencia que emiten los distintos tribunales (internacionales o supranacionales y nacionales), antes que por su mayor o menor fuerza jurídica, pues de existir lo primero siempre será más fácil que cualquier tribunal (también bien cualificado) acuda a su contenido por el interés que despierta y la calidad de su contenido, y no simplemente porque uno de los dos –con su poca legitimidad y no mediante una norma– ha establecido que es su deber seguirla.

⁸⁹ Cfr. Karlos Castilla Juárez, "¿Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano?", en Blog Académico de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>

Fuentes

Bibliografía

ALONSO García, Ricardo, *Derecho de la Unión Europea: textos y materiales*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010.

_____, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

_____, "Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005, pp. 339-341.

AMTENBRINK, Fabian, "The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism-Preserving the European Constitutional Order?", en MICKLITZ, Hans-Wolfgang y DE WITTE, Bruno (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 60-63.

BORCHARDT, Klaus-Dieter, *The ABC of European Union law*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2010.

CZUCZAI, Jenó, "The Autonomy of the EU Legal Order and the Law-making Activities of International Organizations. Some Examples Regarding the Council most Recent Practice", *Research Papers in Law*, European Legal Studies, 2012.

DE WITTE, Bruno, "The European Union as an International Legal Experiment", en DE BURCA, Grainne y WEILER, Joseph (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, pp. 19-56.

DÍEZ Moreno, Fernando, *Manual de derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2010.

DÍEZ De Velasco, Manuel, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984.

DINAN, Desmond, *Ever Closer Union. An Introduction to European Integration*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 2005.

GORDILLO Pérez, Luis y TAPIA Trueba, Ariane, "Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, julio-diciembre 2014, pp. 245-270.

KOSLOWSKI, Rey, "A Constructivist Approach to Understanding the European Union as a Federal Polity", *Journal for European Public Policy*, vol. 6, núm. 4, 1999, pp. 561-578.

KRAJEWSKI, Markus, "The Emerging Constitutional Law of European Foreign Policy", en BODNAR, Adam *et al.* (eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, Springer, 2003, pp. 462-466.

KWIECIEŃ, Roman, "The Primacy of European Union Law over National Law Under the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, vol. 6, núm. 11, 2005, pp. 1489-1494.

LÓPEZ Jurado, Carmen y CUESTA Rico, Francisco, "Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 34, septiembre-diciembre 2009, pp. 1011-1082.

MANGAS Martín, Araceli, *et al.*, "La organización institucional de la comunidad europea y las perspectivas de realización de la Unión Europea", en RODRÍGUEZ

Iglesias, Gil y LIÑÁN Nogueras, Diego, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 161-370.

MANGAS Martín, Araceli y LIÑÁN Nogueras, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 357-370.

MARTÍN y Pérez de Nanclares, José, "Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional", en RODRIGO, Ángel José y GARCÍA I SEGURA, Caterina (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, España, 2011, pp. 254-286.

MARTÍNEZ Rodríguez, Pablo J., "Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, pp. 1-45.

_____, "Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, mayo-agosto 2014, pp. 603-622.

MAYER, Franz, "Supremacy-Lost?", en DANN, Philipp y RYNKOWSKI, Michal (eds.), *The Unity of the European Constitution*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006, pp. 87-96.

MIKELSONE, Gundega, "The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union", *Jurisprudence*, vol. 20, núm. 2, 2013, pp. 469-495.

MOORHEAD, Timothy, "European Union Law as International Law", en *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, núm. 1, 2012, pp. 126-143.

ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001, pp. 301-347.

PIEDRAFITA, Sonia, STEINBERG, Federico y TORREBLANCA, José Ignacio, *20 años de España en la Unión Europea (1986-2006)*, Real Instituto Elcano y Parlamento Europeo, España, 2006.

PUCHALKA, Bogusia, "Democracy in Constitutional Politics of European Courts: An Overview of Selected Issues", en KUZELEWSKA, Elzbieta *et al.* (eds.), *European Judicial Systems as a Challenge for Democracy*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 3-23.

REMIRO Brotons, Antonio, "La noción de regímenes internacionales en el Derecho Internacional Público", en RODRIGO, Ángel y GARCÍA, Caterina (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 151-166.

ROBLES Morchón, Gregorio, "La influencia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en BENEYTO P., José María, MAILLO, Jerónimo y BECERRIL, Belén (coords.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, vol. 4, 2011, pp. 345-440.

ROSAS, Allan, "The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09", en CARDONNEL, Pascal, ROSAS, Allan y WAHL, Nihls (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, pp. 105-121.

SARMIENTO, Daniel, *El derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

SKOURIS, Vassilios, "The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation", en CARDONNEL, Pascal, ROSAS, Allan y Nihls WAHL (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, pp. 3-14.

SOLANKE, Iyiola, *EU Law*, Pearson, 2015.

TAJADURA, Javier, "Constitución y democracia en la Unión Europea", en DE MIGUEL, Josu y TAJADURA, Javier, *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

TORRES Pérez, Aida, "Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue", *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm. 2, septiembre 2014, pp. 308-331.

TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

VON BOGDANDY, Armin, "Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010.

WÄGENBAUR, Bertrand (ed.), *Court of Justice of the European Union: Commentary on Statute and Rules of procedure*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2013.

WEILER, Joseph, *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

WESSEL, Ramses A., "Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?", en ENZO Cannizzaro, Paolo Palchetti y WESSEL, Ramses A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2011, pp. 9-11.

La Constitución en acción

UN CASO DE CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: EL CASO *LÓPEZ-DÓRIGA*

A CASE OF CONFLICT BETWEEN THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND RIGHTS OF PERSONALITY: THE LÓPEZ-DÓRIGA CASE

Javier Miguel Ortiz Flores*

Resumen

El propósito del presente trabajo es analizar críticamente la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) emitida al resolver el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-55/2015, el denominado *Caso López-Dóriga*. La Sala Superior determinó, entre otros aspectos, mantener definitivamente fuera del aire un promocional que había sido pautado por un partido político en ejercicio de su prerrogativa constitucional, al considerar que rebasa los límites a la libertad de expresión. En ese promocional aparecía la imagen de dicho comunicador. Sin embargo, como intentaré mostrar, encuentro que, en el caso particular, la libertad de expresión es digna de preceder sobre los derechos en conflicto. El TEPJF aplicó erróneamente, en mi concepto, el estándar de relevancia pública, lo que dio

* Javier Miguel Ortiz Flores. Máster en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante. Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del TEPJF. Contacto: javiermiguelortiz@gmail.com

como resultado una ponderación injustificada, ya que, en las circunstancias del caso, asignó al derecho al honor un peso mayor del que tiene por encima del derecho a la libertad de expresión. Una razón de ello es que, como intentaré mostrar, realizó una indebida valoración del promocional denunciado. En suma, considero que la sentencia bajo estudio implica una restricción de la crítica que deben tolerar las personas privadas de relevancia pública.

Palabras clave: derecho a la libertad de expresión, derecho al honor, ponderación, sistema dual de protección, estándar de relevancia pública.

Abstract

The purpose of the following paper is to analyze critically the opinion issued by the Higher Chamber of the Higher Electoral Court when resolving the appeal to review the special sanctioning procedure SUP-REP-55/2015, the so-called López-Dóriga Case. The Higher Court determined, *inter alia*, to permanently keep off the air a television promotional that had been ruled by a political party in exercise of its constitutional prerogative, considering that it exceeded the limits of freedom of expression. In that promotional appeared the image of said news broadcaster. However, as I will try to show, I find that in this particular case, the freedom of expression precedes over the rights in conflict. In my opinion, the Higher Court erroneously applied the public relevance standard, which resulted in an unjustified balancing, given the circumstances of the case, since the right to honor was given a weight greater than its own over the right of freedom of expression. One reason for this is, as I will try to show, that the Higher Court made an improper assessment the promotional. In brief, the legal opinion under study implies a restriction to the criticism that a private individual of public relevance must tolerate.

Keywords: Right to freedom of expression, right to honour, deliberation, dual court system, standar of public administration.

1. Introducción

El propósito del presente trabajo es analizar críticamente la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) emitida

al resolver el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador identificado con la clave SUP-REP-55/2015,¹ resuelto por mayoría de votos de sus integrantes,² en la que, *inter alia*, confirmó la determinación de mantener definitivamente fuera del aire un promocional de radio y televisión pautado por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), un partido político nacional mexicano, durante el proceso electoral federal 2014-2015, por la razón de que, a juicio del Tribunal Electoral, no se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, como intentaré mostrar, encuentro que, en el caso particular, la libertad de expresión es digna de preceder sobre los derechos en conflicto.

El caso tiene entre sus principales antecedentes los siguientes:

- a) Del 10 al 15 de enero de 2015, se difundió el promocional referido, dentro de la pauta otorgada al PRD para la difusión de propaganda de precampaña, difusión que comprendió 6,806 "impactos" a través de señales de televisión abierta (y diversas repetidoras), así como de televisión restringida.
- b) El promocional pretende criticar políticamente la situación mexicana en los últimos años, mediante la presentación de una secuencia de imágenes varias que incluyen, entre otros aspectos, la presentación de diversos sucesos, como manifestaciones, hechos de violencia, imágenes de diversos políticos, entre ellos el actual presidente de la República

¹ El recurso de revisión del procedimiento especial sancionador es el medio de defensa previsto en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Material Electoral procedente para controvertir las sentencias recaídas a los procedimientos especiales sancionadores, así como las determinaciones relativas a las medidas cautelares solicitadas con motivo de dicho procedimiento, cuyo conocimiento compete de manera exclusiva a la Sala Superior del TEPJF.

² Mag. Pedro Esteban Penagos López. Sala Superior. Votado por mayoría el 19 de febrero de 2015.

mexicana, expresidentes y actuales miembros del gabinete, así como la imagen del ciudadano Joaquín López-Dóriga, periodista, ampliamente conocido, de televisión, radio y prensa escrita.³

- c) El 10 de enero siguiente, el ciudadano Joaquín López-Dóriga presentó queja contra el PRD y adujo las siguientes tres clases de violación a sus derechos con motivo de la transmisión del promocional denunciado:
- i) ataques a derechos de la persona, tales como a su imagen personal y a su integridad personal;
 - ii) violación a su libertad de expresión, ya que, en su concepto, la transmisión del promocional constituye un acto intimidatorio cuya finalidad es censurar la libertad de expresión del periodista, y
 - iii) calumnia, ya que le imputan falsamente un delito: la desaparición u homicidio de 22,000 personas. De igual forma, el denunciante solicitó como medida cautelar la suspensión inmediata de la difusión de su imagen en la transmisión del promocional.

La presentación de la denuncia referida generó la siguiente cadena impugnativa:

- 1) El mismo 10 de enero de 2015, la Comisión de Quejas y Denuncias⁴ del Instituto Nacional Electoral (la máxima autoridad nacional administrativa en la materia electoral) emitió un acuerdo por medio del cual declaró procedente la adopción de las medidas cautelares solicitadas y, conse-

³ En su cuenta de Twitter el comunicador Joaquín López-Dóriga se presentaba con el siguiente perfil: "Periodista. Conductor #El Noticiero Televisa; Radio Fórmula. Escribo en Milenio...", y con un total de 6,779,065 seguidores. 3 de agosto de 2016. Tuit.

⁴ La Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral es el órgano auxiliar del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, integrado por consejeros del mismo, encargado de proponer los proyectos de resolución de los procedimientos ordinarios sancionadores, así como de adoptar o negar las medidas cautelares solicitadas por los denunciados dentro de los procedimientos especiales sancionadores, de conformidad con las atribuciones conferidas en la ley de la materia, de conformidad con la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

- cuentemente, ordenó la suspensión de la difusión del promocional mencionado.
- 2) Inconforme con dicha determinación, el partido denunciado interpuso un recurso de revisión del procedimiento especial sancionador y, mediante la resolución de 23 de enero de 2015, la Sala Superior revocó el acuerdo controvertido, para el efecto de que la Comisión de Quejas y Denuncias emitiera uno nuevo, debidamente fundado y motivado, en el que, con plenitud de atribuciones, se pronunciara sobre la medida cautelar solicitada, manteniéndola en tanto se resolviera lo conducente. Al respecto, cabe observar que, no obstante que el Tribunal Electoral revocó el acto de autoridad por indebida fundamentación y motivación, mantuvo la medida de suspender la transmisión del promocional.
 - 3) En cumplimiento a dicha sentencia, el 24 de enero siguiente, la Comisión de Quejas y Denuncias emitió un nuevo acuerdo en el que reiteró la procedencia de la adopción de medidas cautelares. Nuevamente, inconforme con dicha determinación, el PRD interpuso un segundo recurso de revisión del procedimiento especial sancionador.⁵
 - 4) El 30 de enero de 2015, la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral (en adelante "Sala Especializada" o "Sala responsable") emitió, en cuanto al fondo del asunto, resolución en el procedimiento especial sancionador respectivo, por medio de la cual determinó: i) no tener por acreditada la calumnia; ii) declarar responsable al PRD por la infracción prevista en el artículo 443, párrafo 1, inciso n), de la Ley General de

⁵ No será motivo de análisis este recurso, ya que la Sala Superior del Tribunal Electoral resolvió, a la postre, el desechamiento de plano de la demanda respectiva, debido a que el asunto había quedado sin materia al haber operado un cambio de situación jurídica con motivo de la resolución emitida, con anterioridad a la interposición del recurso en cuestión, el 30 de enero de 2015 por la Sala Especializada.

Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con los artículos 247, párrafo 1, de la Ley General indicada, y los arts. 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; como consecuencia de lo anterior, *iii*) amonestar públicamente a ese instituto político, con motivo de la difusión en televisión del promocional denunciado, y *iv*) consecuentemente, mantener en definitiva fuera del aire el promocional denunciado.

- 5) En desacuerdo con la resolución de la Sala Especializada, el 3 de febrero de 2015, el PRD presentó, ante ese órgano jurisdiccional señalado como "responsable", la demanda del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, origen del asunto bajo estudio.

2. Planteamiento del problema

Como se indicó, la Sala Superior, al resolver el recurso interpuesto contra la resolución de la Sala responsable, determinó mantener definitivamente fuera del aire el promocional denunciado. El argumento principal en favor de dicha determinación es que, de acuerdo con el criterio sostenido por el Tribunal, la crítica que se realice sobre personas con "proyección pública" –como lo es Joaquín López-Dóriga, conocido periodista de televisión, radio y prensa escrita, cuya imagen se incluyó en el promocional denunciado– debe recaer sobre su actividad como periodista, es decir, la circunstancia que le da relevancia pública a esa persona, pero el promocional, materia de juzgamiento, no cumple con ese extremo, es decir, no incide en su actividad profesional; o sea, para el Tribunal, la inclusión de la imagen del comunicador en dicho promocional fue completamente gratuita. De esa forma, el TEPJF empleó el estándar de relevancia pública para determinar si el promocional denunciado rebasa o no los límites a la libertad de expresión. Según ese estándar, dicho en términos generales, las personas

privadas con proyección pública están sujetas a un acentuado margen de aceptación a la crítica.

Sin embargo, pretendo mostrar que la resolución del TEPJF está mal argumentada, ya que aplica erróneamente el estándar de relevancia pública.

El presente trabajo está estructurado en la siguiente forma: en este apartado me propongo explicar la importancia del asunto y sus dificultades, así como la complejidad del mismo; en el apartado 3 pretendo analizar y criticar la sentencia de la mayoría; en el apartado 4 ofrezco una propuesta de solución y, finalmente, en el apartado 5 resumo los puntos anteriores.

El caso reviste particular importancia, ya que, bajo una regulación constitucional detallada y compleja, el derecho a la libertad de expresión ocupa un lugar central en las contiendas electorales en México y, en ese contexto, el TEPJF, como Tribunal Constitucional de cierre u órgano límite, tiene conferida la encomienda de resolver estos casos en última instancia.⁶

Sobre las implicaciones de la decisión del Tribunal Electoral, un periodista afirmó –días antes de conocerse el veredicto– que la Sala Superior tenía bajo su responsabilidad "respaldar –o no– el derecho a la discusión y a la crítica a un periodista que quiere eludir las consecuencias de ser un personaje público, aunque aproximadamente por tres lustros aparecía todos los días en el canal de televisión de mayor audiencia".⁷

⁶ Cfr. Catalina Botero Marino, "Intervención", ponencia presentada en el seminario "Libertad de expresión y estándares interamericanos", TEPJF, Ciudad de México, 12 de septiembre de 2016.

⁷ Raúl Trejo Delarbre, "López Dóriga y el derecho a la crítica". Disponible en: <http://www.cronica.com.mx/notas/2015/880175.html> (última fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016).

Si es que, en ocasiones, hay una diferencia entre lo que los tribunales dicen que hacen y lo que realmente hacen –como creo que la hay–, la sentencia bajo estudio es un buen ejemplo de esa diferencia. En efecto, en el caso, el Tribunal Electoral, en primer lugar, pese a que sostiene que la decisión "no implica la existencia de una especie de velo protector contra las críticas a periodistas en general", extiende injustificadamente un manto protector contra las críticas al comunicador, al otorgarle una protección desproporcionada; y, en segundo lugar, el Tribunal Electoral, si bien afirma que no es un ejercicio de censura a la crítica, lo cierto es que se erige en una especie de censor, cuando el ejercicio de la libertad de expresión supone una amplia tolerancia no simplemente por aquello que nos gusta oír o ver, sino también por la crítica severa, molesta o perturbadora; lo opuesto a lo anterior es la censura: no me agrada lo que dices y hago que te callen.⁸

El presente asunto se puede considerar un caso difícil, en virtud de las siguientes razones. En primer lugar, involucra dos tipos de cuestiones: de calificación y de ponderación de principios. Por un lado, plantea cuestiones de calificación, pues supone determinar, a partir de la definición del concepto "persona privada con proyección pública", en las circunstancias concretas del caso, el umbral de protección del comunicador López-Dóriga, persona denunciante y compareciente como tercero interesado.

Acerca de la aplicación del concepto al caso concreto, los integrantes del Tribunal Electoral, Jueces competentes, si bien comparten el entendimiento de que el comunicador es una "persona privada de proyección pública", discrepan sobre la valoración del promocional: para la mayoría, aun cuando el comunicador sea una "persona con proyección pública", ello no le da derecho al partido político a incluirlo en el promocional en las circunstancias del caso, al paso que para la

⁸ Cfr. Jordi Nieva, "Discurso de odio? y libertad de expresión". Disponible en: <http://vialegal.news/lugares-adversos/2016/10/05/discurso-de-odio-y-libertad-de-expresion> (última fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016).

minoría es legítimo hacerlo, pues se encuentra dentro del ámbito de la crítica tutelada por el derecho a la libertad de expresión. Lo anterior, en el entendido de que, en casos como éste, no es posible separar tajantemente las cuestiones de calificación de las cuestiones interpretativas, en el caso sobre el sentido y alcance de la expresión crítica "persona con proyección pública".

En segundo lugar, dado que no existe una regla controlante para resolver el caso,⁹ emerge un problema de ponderación entre principios en sentido estricto,¹⁰ ya que la solución del caso supone o pasa por la resolución de un conflicto entre los derechos de la personalidad del mencionado comunicador, particularmente su derecho al honor y a la propia imagen, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión del partido político, en su vertiente de opinión y no de transmisión de información, por el otro.

En tercer lugar, es un asunto en el que no se alcanzó un consenso deliberativo de los integrantes del órgano colegiado, sino que, dadas las diferentes posiciones de la Magistrada y de los Magistrados, fue necesario aplicar las reglas de votación del Tribunal Colegiado; lo que dio como resultado una decisión mayoritaria, así como la emisión de votos concurrentes y particulares, y se tradujo en votaciones diferenciadas: 5/6/5, o sea, cinco votos en favor del primero de los puntos resolutive de la sentencia, seis en favor del segundo y cinco en favor del tercero. Los puntos resolutive de la sentencia bajo estudio son:

PRIMERO. Se **confirma** la determinación de que no se acredita la calumnia.

SEGUNDO. Se **deja sin efectos** la declaración de responsabilidad del Partido de la Revolución Democrática por la infracción que la Sala Especializada denominó *utilización*

⁹ Cfr. Manuel Atienza, "A vueltas con la ponderación", en Atienza, Manuel y García Amado, Juan A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Bogotá, 2012, p. 28.

¹⁰ Como un procedimiento diferente de la ponderación entre directrices.

injustificada de la imagen de un periodista y, por tanto, la amonestación pública a ese instituto político.

TERCERO. Se **confirma** la determinación de mantener fuera del aire el promocional denunciado.

Así, por una parte, la Magistrada Alanis Figueroa, en su "voto particular",¹¹ afirma discrepar de las consideraciones con base en las cuales se resolvió el asunto, si bien coincide con los puntos resolutivos de la sentencia, ya que son los que propuso como ponente del proyecto original de sentencia, cuyas consideraciones la mayoría rechazó y, en consecuencia, se determinó que otro Magistrado formulara el así denominado "engrose", es decir, un proyecto nuevo que reflejase la posición mayoritaria.

Por otra parte, el Magistrado González Oropeza formuló un voto particular, al discrepar del sentido y de las consideraciones de la sentencia de la mayoría, ya que, en su concepto, el promocional sí está amparado por el derecho a la libertad de expresión.

En fin, el Magistrado Galván Rivera formuló un voto particular, ya que, si bien coincide con los resolutivos *segundo* (relativo a dejar sin efectos la responsabilidad del PRD) y *tercero* (relativo a conformar la determinación de mantener fuera del aire el promocional denunciado) de la sentencia, no coincide con la argumentación en general ni con lo determinado en el resolutivo *primero*, ya que, a su parecer, sí se actualiza la calumnia.

En este trabajo centro el foco de mi atención en la aplicación al caso concreto del estándar de relevancia pública y en la valoración del promocional denunciado,

¹¹ Cabe señalar que, en sentido estricto, no se trató de un "voto particular", sino de un voto concurrente, ya que, en realidad, la Magistrada Alanis Figueroa votó a favor de todos los resolutivos, aunque por razones diferentes.

concretamente a la inclusión de la imagen del comunicador en el promocional en cuestión, ya que el punto de disenso de la mayoría y de la minoría radicó en determinar si el promocional denunciado se encontraba amparado o no por la libertad de expresión: para la mayoría no lo estaba, en tanto que para la minoría sí, sosteniendo las siguientes tesis opuestas:

- 1) Tesis mayoritaria (TMay): el promocional denunciado no está amparado por el derecho a la libertad de expresión.
- 2) Tesis minoritaria (TMin): el promocional denunciado está amparado por el derecho a la libertad de expresión.

Como indiqué e intentaré mostrar, la posición mayoritaria está mal motivada (argumentada). Aunque no coincido con todas las razones de la posición minoritaria, suscribo la tesis minoritaria, pero no me ocuparé de la misma.

Tampoco abordaré las argumentaciones concurrentes, salvo en la medida que fortalezcan la posición mayoritaria, ni tampoco consideraré la opinión minoritaria según la cual, en el caso, se actualiza la calumnia, dado que los argumentos sobre una supuesta calumnia se rechazaron en la sentencia reclamada y esa cuestión no formó parte de la *litis*.

En diverso aspecto, es preciso señalar que la sentencia de la mayoría dejó sin efectos la declaración de responsabilidad del PRD por la infracción que la Sala Especializada (cuya sentencia se revisa) denominó "utilización injustificada de la imagen de un periodista" y, por lo tanto, la amonestación pública a ese partido político. Lo anterior en virtud de que, como correctamente determinó la Sala Superior, la Sala responsable violó, en la sentencia controvertida, el principio de tipicidad, dado que no son admisibles las hipótesis sancionadoras implícitas.

Esa parte de la sentencia –en mi concepción– es, en principio, correcta y plausible, pero no me ocuparé de ella; sólo señalaré que contrasta con la otra parte de la resolución que mantuvo la sanción que consistía en la interrupción (definitiva) de la transmisión del promocional denunciado,¹² por rebasar los límites del derecho a la libertad de expresión. Lo procedente, en mi opinión, habría sido dejar sin efecto también la sanción sobre la interrupción definitiva del promocional, pero parece que el Tribunal Electoral, no obstante que sugirió que aparentemente asumiría un enfoque no sancionador, se decantó al final por una posición opuesta, ya que mantuvo la sanción legal referida, lo que produjo, si no una incongruencia interna, sí una tensión en la sentencia.

Acerca de los derechos en conflicto en el caso, es preciso señalar que, como se indicó, el asunto involucra, en último análisis, una colisión entre, por una parte, los derechos de la personalidad del comunicador, particularmente su derecho al honor y a la propia imagen, y, por otra, el derecho a la libertad de expresión del partido, en su vertiente de opinión.

Sin embargo, la sentencia de la mayoría no fue (del todo) explícita en el planteamiento del conflicto (como sí lo fue el voto "particular" de la Magistrada Alanis Figueroa) y tampoco usó el procedimiento de la ponderación para resolverlo (de hecho, ni siquiera lo consideró). En lugar de ello, su estrategia argumentativa consistió en analizar si el promocional denunciado rebasaba los límites del derecho a la libertad de expresión, a la luz, fundamentalmente, del denominado "sistema dual de protección" que, al reconocer un principio de distinción en el nivel de protección otorgada a personas públicas y privadas, constituye un estándar que es, a su vez, el resultado de una previa ponderación (no completamente articulada) de los derechos en juego.

¹² Sanción prevista en el artículo 456, párrafo 1, inciso a), fracción IV, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

El denominado "sistema dual de protección" fue forjado por la "Relatoría Especial para la Libertad de Expresión" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³ y ha sido adoptado por otros tribunales nacionales e internacionales, como la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México, en forma precursora, en el llamado *Caso Acámbaro*¹⁴ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

El "sistema dual de protección" supone una distinción en el nivel de protección de las *personas públicas* y *personas privadas*, en atención a la actividad que desempeñan; así, por ejemplo, tienen un umbral de protección diferente frente a las críticas las personas que tienen a su cargo el manejo de los asuntos públicos y las personas (los particulares) que no están involucrados en asuntos de interés público. Dicho sistema se sustenta, entre otras, en las siguientes premisas. En primer lugar, un principio fundamental de una sociedad democrática es que el gobierno sea objeto de controles, o sea, la necesidad de ejercer un control completo y eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos como una garantía para la existencia y funcionamiento de una sociedad democrática; en segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión e información constituye uno de los instrumentos para el "control democrático" de las personas que tienen a su cargo el manejo de asuntos de interés público; en tercer lugar, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas, y no menos expuestas, al escrutinio y críticas, y, en cuarto lugar, puesto que estas personas están en el centro del debate y se exponen a sabiendas (y voluntariamente) al escrutinio de la ciudadanía, "deben demostrar mayor tolerancia a la crítica".¹⁵

¹³ José Ramón Cossío Díaz et al., *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, Tirant Lo Blanch, México, 2014, p. 11.

¹⁴ Amparo directo en revisión 2044/2008, Min. José Ramón Cossío Díaz. Primera Sala. Votado por unanimidad el 17 de junio de 2009. Disponible en: <http://mxscjnbiblio.scjn.pjf.gob.mx/tematica/imagenes/EngroseVp.png>

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 1999*. Capítulo II, p. 21.

Tomaré como punto de partida, por su claridad y precisión, la doctrina de la Primera Sala de la SCJN acerca del "sistema dual de protección".¹⁶ La Corte mexicana explica que adoptó ese sistema para el análisis de los límites a la libertad de expresión; de ahí la pertinencia para el tema. Conforme a ese sistema:

los límites de la crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna.

Entonces, las personas particulares con proyección pública están sujetas a un acentuado margen de aceptación a la crítica. Ello es así, agrega la SCJN, pues en un sistema democrático, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Lo anterior, en el entendido de que, como precisó la Corte IDH, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, ese umbral diferente de protección "no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada". Esta aclaración, puntualiza la Corte mexicana, es decisiva, ya que las personas no se verán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en sus derechos a la personalidad (honor, privacidad y demás) a lo largo de todas sus vidas, sino que dicho "umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública". Además, con la aclaración de que lo anterior no entraña que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública.

Una de las consecuencias más importantes del sistema dual de protección es la doctrina conocida como "real malicia" o "malicia efectiva", según la cual

¹⁶ Expresada, v. g., en la Tesis [J] 1º/J 38/2013, de rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX, abril de 2013, p. 538. Reg IUS 2003303.

procede la imposición de sanciones civiles (o de otro tipo, como las electorales), exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de "real malicia" requiere, para la existencia, *v.g.*, de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. No me ocuparé del estándar de malicia efectiva, ya que el Tribunal Electoral no lo consideró aplicable al caso.¹⁷

El contenido del promocional, cuadro a cuadro, es el siguiente:¹⁸



Pasan los años y la historia se repite.

¹⁷ En algunos asuntos posteriores (*v.g.*, los recursos identificados con la clave SUP-REP-138/2016 y SUP-REP-159/2016), el TEPJF ha aplicado el estándar de malicia efectiva como una condición de la propaganda político o electoral de contenido calumnioso.

¹⁸ Resultando I.1º de la sentencia. Promocional disponible en: <https://youtube.com/watch?v=kCImNGDshGc> (última fecha de consulta: 28 de febrero de 2018). [Imágenes con fallas desde el origen].



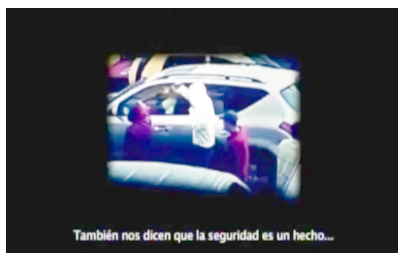
Pero no, lo que se repite son los errores



En cambio hay cosas que no sólo se repiten, siguen siendo lo mismo



Nos dicen que la economía va mejor... Pero a ti, ¿Por qué no te alcanza?



También nos dicen que la seguridad es un hecho...



Pero ¿Por qué nos faltan 22 mil?



En el PRD somos muy conscientes de lo que no funciona en México,



Por eso desde hoy: "QUEREMOS SER TU VOZ"

3. Análisis y evaluación crítica

A. Análisis de la posición mayoritaria

1. En la sentencia impugnada, la Sala responsable:

1.1. Tuvo, en primer lugar, por acreditada una falta que consideró prevista en los artículos 443, párrafo 1, inciso n), y 247, párrafo 1, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en relación con los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal y, por lo tanto, determinó imponer las dos siguientes medidas:

1.1.1. Mantener, en definitiva, fuera del aire el promocional porque no está protegido por la libertad de expresión.

1.1.2. Sancionar al PRD, a efecto de disuadir la posible comisión de conductas similares en el futuro.

1.2. En segundo lugar, por no tener acreditada la ilicitud de calumnia imputada al PRD, determina no imponer consecuencia jurídica alguna.

2. Inconformes con la resolución de la Sala responsable, los involucrados en la controversia (recurrente y tercero interesado) sostienen, respectivamente, las siguientes pretensiones opuestas:

2.1. El partido recurrente pretende que se ordene nuevamente la transmisión del promocional, luego de dejarse sin efectos la determinación de suspenderlo.

2.2. El comunicador (tercero interesado) plantea que dicho promocional debe mantenerse fuera del aire.

3. Por lo tanto, el aspecto relativo a que no se demostró la infracción de calumnia no está sujeto a controversia ante el Tribunal.

4. De acuerdo con lo anterior, el problema que el Tribunal se plantea es doble:

P_1 : Si el promocional está protegido por el derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, si fue correcto suspender su difusión; y P_2 : si la difusión del promocional constituye una infracción administrativa electoral, por la cual deba sancionarse al partido.

4.1. El ámbito de la libertad de expresión en materia electoral es, en esencia, el siguiente:

4.1.2. Los partidos políticos tienen derecho a difundir su propaganda política y electoral a través de los medios de comunicación social, de conformidad con la Constitución y la ley.

4.1.3. El artículo 41 constitucional establece que los partidos políticos nacionales tendrán derecho al uso de los medios de comunicación social de manera permanente, y que en la propaganda política o electoral que difundan deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

4.1.4. Para garantizar que la propaganda se ajuste a la regularidad constitucional existen los siguientes dos subsistemas o regímenes jurídicos diferentes:

4.1.4.1. En primer lugar, el relativo al ámbito de la libertad de propaganda política-electoral, previsto en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, particularmente en el artículo 247 que establece ciertos límites en el sentido de

que los mensajes que difundan los partidos se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 6o. constitucional, y que los partidos deberán abstenerse de expresiones que calumnien a las personas.

4.1.4.2. En segundo lugar, el concerniente al régimen "punitivo" o sancionador electoral previsto en la invocada ley general, a partir del artículo 443, párrafo 1, inciso j), que establece un catálogo enunciativo de infracciones, en el cual expresamente se erige como tipo sancionador la difusión de propaganda política o electoral que contenga expresiones que calumnien a las personas.

4.1.4.3. Lo anterior, en el entendido, se aclara, de que ello no puede implicar una censura previa, sino que, por un lado, la propaganda no amparada por la libertad de expresión debe ser rectificadora y, por otro, si se actualiza la infracción de calumnia, la misma deberá ser sancionada.

4.1.5. La propaganda política o electoral de los partidos políticos constituye una concreción del derecho a la libertad de expresión.

4.1.6. La libre expresión bajo cualquier medio es, en general, uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional democrático de derecho.

4.1.7. En el orden jurídico mexicano, el artículo 6o. de la Constitución Federal reconoce la libertad de expresión en los siguientes términos: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público...".

4.1.8. La libertad de expresión tiene una doble dimensión: por un lado, individual y, por otro, colectiva (social, política o pública):

4.1.8.1. En su dimensión individual, la libertad de expresión se protege para asegurar a las personas espacios esenciales para su desarrollo individual, así como una condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales, tales como el de asociación y el de sufragio activo y pasivo.

4.1.8.2. En su dimensión colectiva, la libertad de expresión corresponde a una vertiente política que rebasa la idea personal para contribuir esencialmente a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada.

4.1.9. De acuerdo con lo anterior, el espectro de la libertad de expresión es diverso, según la dimensión en la que se ejerce: en la dimensión colectiva existen expresiones que gozan de una protección más amplia, como ocurre con las que se presentan en contextos de cuestiones o personas políticas, públicas o con proyección pública, en tanto que, en la dimensión individual, el margen de protección del discurso es moderado.

4.1.9.1. En cuanto al interés público del discurso, la Corte IDH ha considerado indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones estatales que gobernarán un Estado, ya que al permitirse la circulación libre de ideas e información respecto a los partidos contribuye a cuestionar e indagar sobre su capacidad e idoneidad, como condiciones para ejercer el derecho al sufragio de manera informada.

4.1.9.2. Los márgenes de la libertad de expresión, a juicio de la Corte IDH, privilegian aquella información que resulta útil para forjar una opinión pública e informada y únicamente aceptan las limitantes válidas en una sociedad democrática.

4.1.9.3. En ese contexto se inserta el estándar de relevancia pública, según el cual las *personas privadas con proyección pública* están sujetas a un acentuado margen de aceptación a la crítica, esto es, no están exentas de ingresar al debate

público; empero su ámbito de apertura no corresponde necesariamente a la intensidad que deben soportar los servidores públicos, cuando el ejercicio de la libertad de expresión se dirige concretamente a sus actividades públicas.

4.1.9.4. El Tribunal Electoral también ha considerado, reiteradamente, que las expresiones que se emitan en el contexto del proceso electoral deben valorarse con un margen más amplio de tolerancia, para dar mayor cabida a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones críticas y, de igual forma, ello debe ocurrir cuando el discurso se refiera a personas de interés general, público o con proyección pública.

4.1.9.5. Lo anterior, se aclara, en el entendido de que siempre que el discurso se refiera a personas con proyección pública, las expresiones o la información en cuestión deben estar vinculadas con sus actividades.

4.1.9.6. Sobre el alcance de la libertad de expresión, el Tribunal Electoral considera que lo expuesto, al igual que opera con otros derechos fundamentales, no implica que la libertad de expresión sea absoluta, sino que debe ejercerse dentro de los límites expresos y sistemáticos, que se derivan, según cada caso, a partir de su interacción con otros elementos del sistema jurídico.

4.1.9.7. En particular, el artículo 6o. constitucional establece límites expresos a la libertad de expresión, de manera que, en su ejercicio, no deben afectarse otros valores y derechos constitucionales, y ello también de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado mexicano, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4.1.9.8. Por lo tanto, la libre manifestación de las ideas debe ejercerse bajo los límites constitucionales de no atacar la moral, la vida privada, los derechos de terceros, provocar algún delito o afectar el orden público, o en el alcance que se define caso a caso cuando interactúa con algún otro derecho.

4.1.9.9. Lo anterior, en el entendido de que el contexto incide directamente en la apreciación del ejercicio de la libertad de expresión. Por lo que, en los supuestos en los que la crítica, discurso, promocional, video, espectacular, o cualquier elemento de expresión auditivo, visual o de diversa naturaleza, en el que se materialice el ejercicio de la libertad de expresión, se oriente a cuestionar un asunto o persona de interés o pública, el margen de tolerancia será mayor, con la condición, en el caso de las *personas de proyección pública*, de que las manifestaciones estén orientadas a cuestionar la actividad propiamente pública.

4.1.9.9.1. Como lo ha determinado la Primera Sala de la SCJN, existen, cuando menos, las siguientes tres especies dentro del género de "personas o personajes públicos" o "figuras públicas" (siendo este último término el más difundido en la doctrina y jurisprudencia comparadas): a) servidores públicos, así como contendientes a cargos de elección popular (estas personas son quienes por excelencia han sido consideradas como figuras públicas); b) personas privadas o particulares con proyección pública, entre otros factores, por su actividad política, profesión, la relación con algún suceso importante para la sociedad, por su trascendencia económica y por su relación social, y c) medios de comunicación, en cuanto entidades cuyas opiniones suelen imponerse en la sociedad, dominando la opinión pública y generando creencias.¹⁹

4.2. En relación con la valoración del promocional en cuestión, la solución del problema acerca de si la presencia del comunicador en el promocional está amparada por la libertad de expresión depende de la siguiente cuestión:

¹⁹ En la sentencia bajo estudio, el Tribunal Electoral estima, al referirse a la segunda especie de figuras públicas, o sea, las personas privadas con proyección pública, que podría hablarse de su "semipublicidad", pues se encuentra más atenuada que la de quienes ejercen cargos públicos o pretenden ejercer cargos de elección popular.

4.2.1. De si el comunicador puede considerarse una persona privada con proyección pública, ya que de ello depende el margen de cuestionamientos que deben tolerarse, bajo la premisa indicada de que se ensancha cuando se trata de personas públicas o de personas privadas con proyección pública.

4.2.2. El comunicador es una persona privada con proyección pública, atento a las siguientes consideraciones aducidas por el Tribunal Electoral:

4.2.2.1. Respecto a los medios empleados, el periodista utiliza semanalmente medios de comunicación impresos, electrónicos (radio y televisión) para la difusión de sus ideas.

4.2.2.2. En cuanto al alcance o tiraje, los medios de comunicación en los cuales participa el periodista son de cobertura nacional; incluso, en algunos casos, las transmisiones se reciben fuera del país.

4.2.2.3. En relación con la periodicidad con la cual tiene acceso a los medios de comunicación empleados, el comunicador accede semanalmente a todos los medios de comunicación mencionados, siendo importante señalar que, en radio y televisión, sus apariciones son diarias de lunes a viernes y en la televisión su programa se difunde en el horario estelar nocturno y se transmite por la empresa declarada como "agente económico preponderante" en el sector de radiodifusión por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.²⁰

²⁰ El Instituto Federal de Telecomunicaciones es el organismo público autónomo e independiente, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de sus atribuciones, tales como la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, de conformidad con la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

4.2.2.4. El comunicador normalmente se dedica a informar hechos noticiosos en programas de radio y televisión, aunque en ambos cuenta con espacios frecuentes para opinar, editorializar e incluso satirizar ciertos hechos; en medios impresos su ejercicio es de opinión y análisis crítico.

4.2.2.5. La forma en la cual plasma sus opiniones es principalmente verbal, ya sea a través de la palabra escrita o a través del uso directo de la voz.

4.2.2.6. Por lo tanto, debe considerarse que el discurso o promociional en cuestión debe valorarse bajo un margen de tolerancia mayor que si se expusiera cuestiones privadas.

4.3. El promociional bajo análisis reviste interés público por las siguientes dos razones:

4.3.1. Constituye una especie de discurso protegido, de hecho, del que goza de mayor protección: el discurso político, especialmente en el marco de un proceso electoral.

4.3.2. El contenido del promociional versa sobre temas considerados de interés público, pues en él se formulan diversas críticas en torno al desempeño profesional de figuras involucradas en la vida política del país y se tocan temas como la inseguridad y la economía del país.

4.4. ¿Se satisface el test consistente en verificar si las expresiones, imágenes, discurso o el promociional apreciado globalmente está vinculado u orientado a criticar la actividad que le da proyección pública al comunicador?

4.4.1. La satisfacción de los dos requisitos anteriores, es decir, que el comunicador es una persona privada con proyección pública y el discurso está especialmente protegido, conduciría, en principio, a estimar que la presencia del comunicador

en el promocional y la crítica que puede recibir es amplia (y, por lo tanto, legítima, o sea, dentro del ámbito de la libertad de expresión).

4.4.2. Sin embargo, el problema consistente en determinar si el promocional está amparado por el derecho a la libertad de expresión depende, en fin, del resultado de correr el test consistente en verificar si las expresiones, imágenes, discurso o el promocional apreciado globalmente está vinculado u orientado a criticar la actividad que le da proyección pública al comunicador.

4.4.3. Lo anterior, porque, de acuerdo con la premisa normativa, para que el discurso crítico sobre la imagen del comunicador esté protegido por la libertad de expresión, además de satisfacer los dos primeros requisitos (el comunicador es una persona privada con proyección pública y el discurso está especialmente protegido), es imprescindible que las expresiones, discurso o promocional crítico se vinculen o tengan por objeto cuestionar aquello que le da relevancia pública al periodista.

4.4.4. A juicio del Tribunal Electoral, no se satisface el tercer requisito y, por lo tanto, la presencia del comunicador en el promocional denunciado no está amparada por la libertad de expresión, por las razones siguientes:

4.4.4.1. Si bien es cierto que el promocional presenta una serie de imágenes de quienes han sido o son servidores públicos y críticas sobre "errores" o situaciones en los que se considera que la realidad es distinta a lo que se ha dicho, cuestionando la actuación del gobierno, lo cual está amparado por la libertad de expresión por el interés público que reviste ese tipo de manifestaciones y porque se refieren a servidores públicos, también lo es que, entre dichas imágenes, se inserta la del comunicador "sin razón, explicación, vínculo, referencia o al menos una afirmación, como si fuera un miembro más de los gobiernos a los que se critica".

4.4.4.2. Tanto un análisis "intrínseco" como uno "contextual" del promocional denunciado revelan que no se advierte que existe vínculo alguno entre la inclusión de la imagen del comunicador y el mensaje del promocional.

4.4.4.2.1. A partir de un "análisis intrínseco" del promocional resulta "evidente" que la libertad de expresión no ampara que, en la difusión del promocional en cuestión, se presente la imagen del periodista como parte de un grupo de personas a quienes se les cuestiona, por la actuación que han tenido como miembros del gobierno, precisamente porque éste no forma parte del género (servidores públicos o bien políticos) juzgado por el promocional, ni se señala algún actuar indebido en su papel de comunicador, de manera que si bien el periodista también tiene la calidad de persona con proyección pública, en el promocional no aparece algún elemento que justifique su aparición.

4.4.4.2.2. En el promocional se cuestiona a personas que han sido o son integrantes del gobierno, por el trabajo que han desempeñado o desempeñan, sin embargo, se incluye la imagen del comunicador (que no forma parte del gobierno) como si su actividad fuera similar a la del resto de las personas que formaron o forman parte del gobierno y que presenta el promocional, y no se le vincula en forma alguna, a través de señalamiento visual o auditivo alguno.

4.4.4.2.3. Esto es, existe una constante de contenido en el mensaje transmitido con palabras, las imágenes y el sonido, con la única salvedad de la imagen del periodista, de quien no aparece o se advierte alguna referencia directa o indirecta que lo explique.

4.4.4.2.4. El análisis contextual del anuncio televisivo en cuestión tampoco revela alguna conexión entre la imagen del periodista y la del resto de las personas del gobierno sobre las cuales se ejerce la crítica, ya que no se muestra la existencia de algún evento en virtud del cual, exteriormente, se pudiera justificar la presen-

tación del periodista como un elemento de crítica por la forma en la que desempeña su actividad.

4.4.4.2.5. Por lo tanto, en la sentencia se considera que el PRD carece de razón, en cuanto a que la presentación del periodista en el promocional está amparada por la libertad de expresión.

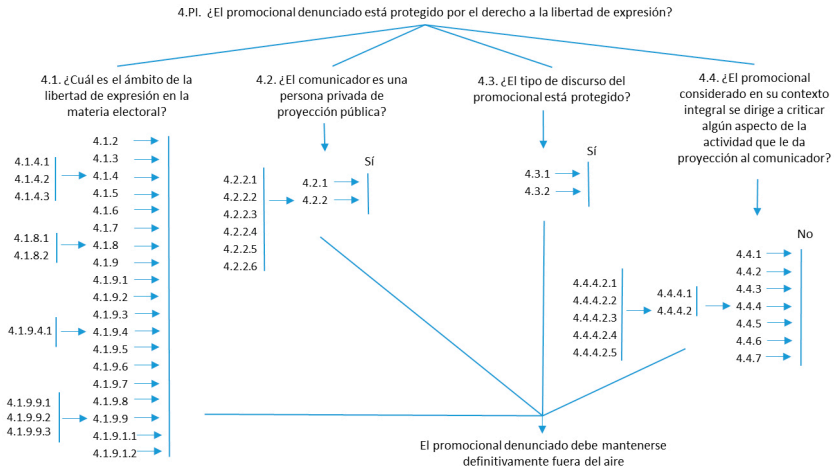
4.4.5. Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal Electoral determina que lo procedente es confirmar la determinación de la Sala Especializada, en la parte conducente a mantener, en definitiva, fuera del aire el promocional denunciado.

4.4.6. Lo anterior, en el entendido, se aclara, de que la decisión no implica la existencia de una especie de velo protector contra las críticas a periodistas en general, sino que reconoce expresamente esa posibilidad, especialmente por su carácter de personas privadas con proyección pública. Lo único que determina en el caso, como en todas las decisiones que implican interacción entre derechos humanos, sin prejuzgar sobre situaciones futuras, es que la presentación del periodista en un promocional crítico de la actividad del gobierno, sin alguna referencia sobre su inclusión, no está protegida por la libertad de expresión.

4.4.7. De igual forma se aclara que la decisión tampoco censura previamente o prejuzga sobre una forma o unos requisitos para cuestionar de manera válida a una persona o a un periodista, sino que simplemente, conforme al criterio que regula el ejercicio de la libertad de expresión, en el sentido de que la crítica se realice sobre personas con proyección pública, debe recaer sobre su actividad; al no advertir algún elemento en tal sentido, el Tribunal conduce a determinar que la inclusión del periodista en el promocional como una persona más del gobierno (sobre el que sí es posible ejercer la libertad de crítica) no está amparada por la libertad de expresión.

B. Esquema de la argumentación mayoritaria

La estructura argumentativa de la posición mayoritaria puede advertirse en el siguiente esquema, en el que se muestran cuatro líneas argumentativas:



C. Crítica a la argumentación mayoritaria

Uno de los puntos débiles de la sentencia bajo estudio es la aplicación errónea del estándar de relevancia pública, como pretendo mostrar a continuación:

Ante todo, cabe advertir que la sentencia de la mayoría es entimemática, en el sentido de que no explicita todas sus premisas, particularmente no desarrolla en forma clara la ponderación que efectúa, razón por la cual a continuación se reconstruye el resultado de la misma, lo que permitirá transparentar la argumentación y analizarla críticamente.

Ahora realizaré una reconstrucción informal del resultado de la ponderación en el caso concreto y para ello seguiré la propuesta de Atienza:²¹

²¹ Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 171.

En primer término, es preciso señalar que en la ponderación que lleva a cabo un órgano jurisdiccional para resolver un conflicto entre principios cabe distinguir dos pasos argumentativos: en el primero (la ponderación en sentido estricto) se pasa del nivel de los principios al de las reglas y se genera una nueva regla que no existía en el sistema anteriormente, y en el segundo, la regla creada constituye la base para resolver el caso mediante la subsunción.

Al respecto, es preciso señalar, como dice Atienza,²² que la "justificación interna" del primer paso de la ponderación sería un razonamiento con las siguientes dos premisas: la primera afirma que, respecto al caso, existen dos principios (o conjunto de principios) aplicables, cada uno de los cuales, como se indicó, llevan a resultados incompatibles entre sí. En la segunda se establece que, en ciertas y determinadas circunstancias *C* que concurren en el caso, uno de los principios precede al otro. La conclusión establecería, en esencia, una regla general según la cual, dadas las circunstancias *C*, debe seguirse (aplicarse) la consecuencia jurídica del principio prevaleciente.

Acorde con lo anterior, una reconstrucción informal del razonamiento que constituye la "justificación interna" de la ponderación en el caso sería la siguiente:

- 1) *Premisa*. En la situación concreta *S*, (a partir del problema *P*, enunciado en el numeral 4, se cuestiona si el promocional está protegido por el derecho a la libertad de expresión?), el derecho al honor (*P*₁)²³ y el derecho a la libertad de expresión (*P*₂) establecen exigencias normativas incompatibles entre sí, o sea, cada uno de esos principios conduce a un resultado opuesto con el del otro, a saber: mantener definitivamente

²² Manuel Atienza, "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial", 2016, pág. 8. En prensa.

²³ Estoy simplificando demasiado las cosas, ya que, en realidad, existe un haz de principios/valores involucrados, tales como el derecho a la propia imagen y otros derechos de la personalidad aducidos como violados por el comunicador, de forma tal que me refiero al derecho al honor sólo por simplicidad. Mi pretensión es mostrar la estructura básica del resultado del procedimiento ponderativo.

fuera del aire el promocional denunciado (prohibido q_1),²⁴ o bien permitir nuevamente la transmisión del promocional (permitido q_1).

- 2) *Premisa*. En la situación concreta S_1 (a partir del problema P_1 enunciado en el numeral 4, se cuestiona si ¿el promocional está protegido por el derecho a la libertad de expresión?), dadas las circunstancias C_1 , es decir, *i*) cuando el comunicador sea una persona privada con relevancia pública; *ii*) el discurso se encuentre especialmente protegido, y *iii*) la inclusión de la imagen del comunicador sea completamente gratuita, el principio P_1 prevalece sobre el principio P_2 .
- 3) Por lo tanto, en la situación concreta S_1 y dadas las circunstancias C_1 , se justifica emitir una regla R_1 que establece que si p_1 (*i. e.*, un conjunto de propiedades –relevantes– que incluye las derivadas de las circunstancias C_1), entonces está prohibido ordenar nuevamente la transmisión del promocional.²⁵

Conviene detenerse un poco más en el análisis de la regla de prioridad a que se refiere la premisa 2) del mencionado razonamiento ponderativo, ya que es una premisa crucial:²⁶

Cuando existe una contraposición entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor:

²⁴ La variable q_1 representa la acción consistente en transmitir el promocional.

²⁵ Una formalización lógica del razonamiento anterior correría en los siguientes términos:

(1) (...) $\rightarrow Phq$ [P_1]

(2) (...) $\rightarrow Pq$ [P_2]

(3) $S_1 // Pq \wedge Php$

(4) $S_1, C_1 // P_1 > P_2$

(5) Por lo tanto, $C_1 // J (p_1 \rightarrow Phq)$

En donde, los paréntesis representan las condiciones abiertas de aplicación de los principios involucrados y J significa "está justificado dictar una regla con dicho contenido".

²⁶ Véase Manuel Atienza, "Juridificar la bioética", *Claves de razón práctica*, núm. 61, Madrid, abril 1996, p. 11.

1. Hay una presunción *prima facie* en favor del derecho a la libertad de expresión.
2. No obstante, el derecho al honor puede prevalecer si:
 - 2.1. La opinión carece de "relevancia pública".

Una opinión tiene "relevancia pública" si (conjuntamente):

- 1) Afecta a una persona privada de relevancia pública;
- 2) Forma parte de un discurso especialmente protegido, y
- 3) La intromisión se vincula con la circunstancia que le da relevancia pública a una persona privada.

Una opinión no tiene (nunca) relevancia pública si (manteniendo las condiciones 1 y 2) no se vincula en forma alguna con la circunstancia que le da relevancia pública a una persona privada de relevancia pública.

Respecto a la premisa 1) anterior, su justificación externa descansa, entre otras razones, en que, si bien la protección de la honra, dignidad y reputación es un derecho humano reconocido en la Constitución mexicana (y otras constituciones), así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, el ejercicio del derecho a la honra, dignidad y reputación debe armonizarse con el de la libertad de expresión, ya que no tiene una jerarquía superior, se considera por la CIDH que, en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de servidores públicos y la libertad de expresión, el ejercicio ponderativo debe partir de la base de la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión, "que adquiere un valor ponderado mayor por tratarse de un discurso objeto de protección" de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁷ Esta razón sobre el peso

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2008*. Capítulo III, párrafo 96.

abstracto de los principios relevantes es aplicable también a las personas privadas de proyección pública, teniendo en cuenta que el discurso político y sobre asuntos de interés público, entre otros, constituye formas discursivas que tienen un "nivel de reforzado de protección", por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia.²⁸

Sin embargo, como se indicó, las razones aducidas por el Tribunal Electoral a favor del derecho al honor del comunicador no tienen el peso o la importancia que dicho órgano jurisdiccional les atribuye, como procuraré mostrar a continuación.

Al efecto, es preciso evaluar críticamente la premisa 2) de la reconstrucción del resultado de la ponderación efectuada implícitamente por el Tribunal Electoral.

En primer lugar, son compartibles las afirmaciones del Tribunal Electoral en el sentido de que el comunicador es una persona privada de proyección pública, como profesional de la comunicación en prensa escrita, radio y televisión, y el tipo de discurso del promocional denunciado está especialmente protegido, de conformidad con los estándares constitucionales (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y convencionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos), y, además, si bien es cierto, como se indicó, que el nivel de intromisiones admisibles en las personas con proyección pública debe relacionarse con aquellos asuntos que sean de relevancia pública, con arreglo al sistema dual de protección, también lo es que este último "test" no se corre correctamente, como se explica a continuación.

²⁸ *Ibidem*, párrafos 32 y 90.

De acuerdo con la valoración del Tribunal Electoral, el hilo conductor del promocional denunciado es una crítica al actuar de ciertas y determinadas personas que son, o han sido, integrantes del gobierno y que han cometido "errores"; crítica que, según el Tribunal Electoral, sí se encuentra dentro del ámbito de la libertad de expresión. A continuación, el Tribunal afirma que se inserta la imagen del comunicador "sin razón, explicación, vínculo, referencia o al menos una afirmación, como si fuera un miembro más de los gobiernos a los que se critica" (4.4.4.1.).

Dicha consideración no se compadece con un análisis integral del promocional denunciado. Si el núcleo del mensaje del promocional consiste en una crítica pretendidamente política tanto a funcionarios como a otros personajes que, sin ser servidores públicos, son personajes públicos o personas privadas con proyección pública por sus actividades o actuaciones, la mencionada aseveración no sólo supone una segmentación artificial del propio mensaje, sino que parece no tener en cuenta que no sólo los funcionarios pueden ser objeto de escrutinio público o crítica, sino, también –de conformidad con el propio sistema dual de protección– las personas de proyección pública por el papel (político) o la influencia que desempeñan en una sociedad democrática.

En ese sentido, el Tribunal Electoral realiza, en mi opinión, una indebida valoración del promocional denunciado, ya que la resolución adolece de una falta de un análisis más fino del contexto integral del promocional,²⁹ en particular del contexto intertextual del mensaje, así como de *lo que se dice sin decir* (aspectos pragmáticos del discurso). Lo anterior, permitiría apreciar en el promocional un mensaje que contiene una alusión a la empresa privada Televisa que patrocina el noticiario que el periodista conducía al momento de la difusión del promocional, en un horario estelar en televisión abierta en el denominado "El Canal de las

²⁹ A pesar de que el Tribunal Electoral ha sostenido reiteradamente el criterio de analizar los promocionales en su contexto integral.

Estrellas". El ciudadano Joaquín López-Dóriga, en cuanto líder de opinión, no puede desvincularse de Televisa que, como dice la resolución, es una empresa declarada como agente económico preponderante en el sector de radiodifusión por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Aunado a lo anterior, se sobreentiende la existencia de un vínculo contractual del comunicador con la empresa televisiva.

Adicionalmente, la sentencia soslaya que no solo se trata de una persona "con proyección pública", sino de un periodista o comunicador en un sentido *político*, cuya actividad recae sobre el mismo ámbito cubierto por la libertad de expresión de los partidos y está expuesto por ello a una mayor intensidad de la crítica. Así, el Tribunal Electoral debió tomar en cuenta que la inclusión de la imagen del conductor entraña, así sea en principio, una crítica política, si se quiere algo velada, pero real, de un influyente comunicador *político* y conductor de uno de los noticiarios principales de una poderosa empresa privada. En apoyo de lo anterior, en el cuadro 14 del promocional (*supra*) aparece el subtítulo: "En el PRD somos muy conscientes de lo que no funciona en México", mensaje que también se dice por una voz superpuesta (o voz en *off*), de donde cabe inferir naturalmente que la labor del comunicador es parte de "lo que no funciona" en el país.

Lo anterior en el entendido de que en un asunto de libertad de expresión no se valora la profundidad o superficialidad del mensaje del promocional político o electoral; en realidad, el promocional, a mi parecer, es bastante superficial, pero ello está más allá del juzgamiento del Tribunal.

Así también, en la resolución bajo estudio se omite realizar un análisis sobre la posición de los sujetos involucrados, en el caso concreto, un partido político y un comunicador *político* que, como se reconoce en la propia sentencia, ejerce una influencia preponderante de opinión en la sociedad. De haberse realizado ese análisis, se podría haber establecido que las condiciones no son tan asimétricas como sí las habría entre un particular y un medio de comunicación. Sin

embargo, en el caso, el comunicador cuenta con espacios regulares en radio y televisión para defenderse. En estos casos debería ser menor el grado de injerencia del juzgador constitucional.³⁰

Por lo tanto, en la sentencia se realizó una valoración errónea del promocional, lo que condujo a una aplicación incorrecta del sistema dual de protección; ya que, como dice la CIDH, "las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público", como acontece en la especie.

En esa línea, en segundo lugar, si bien el Tribunal Electoral sostiene expresamente que su resolución no implica la existencia de una especie de velo protector contra las críticas a periodistas en general, lo cierto es que extendió injustificadamente un manto protector a un comunicador en particular, generando una regla que, si pretende ser universalizable, no sería en absoluto válida, ya que supone dar un trato de privilegio a los comunicadores, protegiéndolos del escrutinio público y restringiendo el derecho a la crítica. Al respecto, hay que tener en cuenta que, frecuentemente, los profesionales de la comunicación se resisten o rechazan ser objeto del escrutinio que ellos realizan a otras personas públicas o personas privadas de relevancia pública.³¹

No pasa inadvertido, en relación con los periodistas en México, el contexto fáctico tan adverso en que se desarrolla su actividad. Sin embargo, de los autos del expediente no se advierte constancia probatoria alguna acerca de que el comunicador en cuestión hubiese recibido amenazas o actos intimidatorios con motivo de la difusión del promocional denunciado.

³⁰ Cfr. José Ramón Cossío Díaz *et al.*, *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, *op. cit.*, p. 12.

³¹ Cfr. Raúl Trejo Delarbre, "López-Dóriga y el derecho a la crítica", art. cit.

De igual forma, es importante señalar que un Tribunal constitucional de carácter límite, como lo es el Tribunal Electoral en materia político-electoral, no debería interferir a tal grado en la determinación del contenido de un promocional pautado por un partido político –en ejercicio de un derecho o prerrogativa conferida constitucionalmente (artículo 41) a los partidos políticos–, si el mismo no contradice ningún extremo constitucional respecto a la protección de la honra, dignidad y reputación de los comunicadores, como en el caso, sino que se enfoca en aspectos –en mi concepción– secundarios o marginales en relación con la protección del derecho a la libertad de expresión, como la exigencia de incluir en el promocional una crítica expresa a la labor del comunicador.

Consecuentemente, la decisión se traduce en que el Tribunal Electoral se erige en un censor del contenido de los promocionales pautados por los partidos políticos, en ejercicio de una prerrogativa constitucional. Cuando analizan un caso de libertad de expresión, los tribunales constitucionales no pueden erigirse válidamente en críticos del diseño de los promocionales de los partidos políticos como, en mi opinión, ocurre en la especie. Si su propósito era, como parecía encaminarse la resolución (4.1.3) a establecer ciertas limitaciones en el ejercicio de esa prerrogativa, es un aspecto que no desarrolló, pero que en cualquier caso sería discutible.

En fin, se trata –considero– de una sentencia en la que se aplica erróneamente el estándar de relevancia pública, lo que da como resultado una ponderación injustificada que privilegia el derecho al honor del comunicador en detrimento de la libertad de expresión.

4. Propuesta de solución y argumentación a favor

A partir de la parte destructiva, en el presente apartado me propongo desarrollar constructivamente una propuesta alternativa de la *ratio decidendi* del caso del

comunicador respecto a la de la sentencia aprobada por la mayoría. Esta propuesta se inspira en las ideas de Moreso sobre la ponderación³² y me propongo mostrar su pertinencia y utilidad en la formulación de las reglas que resuelven el caso bajo estudio, particularmente su convergencia con el análisis crítico de la resolución mayoritaria.

Es preciso señalar que el esquema de Moreso no necesariamente, desde mi perspectiva, es incompatible con el modelo sobre la ponderación desarrollado por Atienza a la luz del cual realicé el comentario crítico de la sentencia bajo estudio. En todo caso excedería el propósito de este trabajo (y las limitaciones personales) comparar y contrastar ambos modelos.

Con todo, vale la pena apuntar que el modelo de Moreso, en primer lugar, si entiendo bien su planteamiento, está motivado por la necesidad de controlar racionalmente la ponderación; en segundo lugar, reconoce que la ponderación no es sino el paso de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios, a las reglas con las que puede llevarse a cabo la subsunción; y, en tercer lugar, consecuentemente, se compromete con la tesis según la cual la ponderación constituye un paso previo a la subsunción. Se trata de ideas básicas con las cuales, creo, Atienza no podría sino estar de acuerdo.

Cabe señalar que la propuesta de Moreso se utilizó por la Sala Superior del TEPJF al resolver el juicio SUP-JDC-393/2005,³³ en que se resolvió un caso de libertad de expresión.

³² Específicamente en J.J. Moreso, "Atienza: dos lecturas de la ponderación". Disponible en: https://www.academia.edu/27556086/ATIENZA_DOS_LECTURAS_DE_LA_PONDERACION (última fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016) y "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales" en Betegón, J., Laporta, F., Páramo, J. R., Sanchís, L. Prieto (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 473-493.

³³ Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-393/2005, Mag. José de Jesús Orozco Henríquez. Sala Superior. Votado por unanimidad el 24 de agosto de 2015. Disponible

Moreso presenta su modelo como "un modo" de entender la ponderación, según el cual la ponderación y la subsunción no son operaciones incompatibles, sino que pueden coexistir, en el entendido de que, como se indicó, la ponderación es un paso previo a la subsunción y las reglas resultantes, si bien decisivas, tienen una limitada generalidad.³⁴

El procedimiento de Moreso consta de cinco etapas y tomaré como supuesto el *caso del comunicador*:

1. *Delimitación del problema normativo, en relación con lo que Alchourrón y Bulygin han denominado el universo de discurso.*³⁵ Delimitar nítidamente el ámbito del problema normativo por resolver permite fundamentalmente enfocar de manera adecuada el problema, ya que no tenemos que referirnos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino solo a un subconjunto mucho más pequeño de las acciones humanas relevantes. En el *caso del comunicador*, el universo de discurso sería el siguiente: acciones expresivas de opiniones en los medios de comunicación acerca de asuntos que afectan a las personas.

2. *Identificación de las normas prima facie aplicables al ámbito de acciones delimitado.* En el caso resultan aplicables el derecho a la libertad de expresión y los derechos a la personalidad, particularmente el derecho al honor y a la propia imagen.

3. *Consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo determinado en la primera etapa.* Esta etapa tiene la importante función de determinar cuáles reconstrucciones son admisibles y cuáles no, al

en: http://intranet.te.gob.mx/Informacion_jurisdiccional/sentencias_word/sword/Superior/JDC/2005/SUP-JDC-393-2005.doc

³⁴ J. J. Moreso, "Atienza: dos lecturas de la ponderación", art. cit., p. 5.

³⁵ C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 32.

introducir la siguiente restricción: son admisibles sólo aquellas reconstrucciones que dan cuenta adecuadamente de los casos paradigmáticos. Según Moreso, los casos paradigmáticos forman el trasfondo, con frecuencia no articulado, en el cual se mueve el razonamiento práctico; constituirían algo así como los "juicios considerados" sobre ciertos casos particulares.³⁶ En el caso podríamos considerar casos paradigmáticos, *v. g.*, los siguientes: *i*) transmitir un promocional de carácter político-electoral en el que se exhibe críticamente al comunicador (una persona privada con proyección pública) en una faceta de su vida privada (supuesta infidelidad por una relación extramatrimonial), supuesto en el cual se consideraría que el derecho al honor (o a la intimidad) prevalece sobre el derecho a la libertad de expresión³⁷ y *ii*) transmitir un promocional de carácter político-electoral en el que se formula al comunicador (una persona privada con proyección pública) una crítica por la forma tan condescendiente en que entrevistó al candidato de un partido político contendiente del que pautó el promocional, supuesto en el cual habría acuerdo en estimar que el derecho a la libertad de expresión derrota al derecho a la reputación. Lo anterior, en el entendido de que los casos difíciles, como el presente, parecen ubicarse dentro del amplio espectro entre los dos extremos. Con todo, los casos paradigmáticos tienen la función de controlar las reconstrucciones admisibles.

4. *Establecimiento de las propiedades relevantes del universo de discurso.* El establecimiento de las propiedades relevantes ha de permitir la definición de las soluciones normativas. En el caso *del comunicador* son propiedades relevantes las siguientes: *i*) que el comunicador sea una persona privada con relevancia pública; *ii*) que el discurso se encuentre especialmente protegido, y *iii*) que la intromisión se vincule con la circunstancia que le da relevancia pública a una persona privada.

³⁶ Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971, p. 47.

³⁷ Este es un caso real, resuelto por el Tribunal Electoral al resolver el recurso SUP-RAP-344/2012.

5. *Formulación de las reglas que resuelven "unívocamente" todos los casos del universo de discurso.* Si bien Moreso no explicita lo que entiende por la expresión "unívocamente", supongo que se refiere a la exigencia, razonable en este contexto, de que las reglas derivadas de este procedimiento correlacionan cada uno de los casos individuales del ámbito normativo seleccionado previamente en la primera etapa con una solución. Algunas de las reglas son las siguientes:

R_1 : Una opinión, vertida en un discurso especialmente protegido, que afecta a una persona de relevancia pública y en la que la intromisión se vincula con la circunstancia que le da relevancia pública a la persona privada, está permitida.

R_2 : Una opinión, vertida en un discurso especialmente protegido, que afecta a una persona de relevancia pública, y en la que intromisión no se vincula en forma alguna con la circunstancia que le da relevancia pública a la persona privada, está prohibida.

Es importante señalar, como dice Moreso,³⁸ que las tres últimas etapas del procedimiento están estrechamente vinculadas entre sí. La piedra de toque de las reglas es su capacidad para reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes deberá adecuarse en la medida en que ese objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, deberá reformularse el conjunto de las reglas que controlan el problema normativo planteado.

La propuesta de Moreso es, en mi concepto, una especie de *equilibrio reflexivo institucional* –tomo la idea de Rawls³⁹ y la expresión "institucional" de Sager–⁴⁰

³⁸ J. J. Moreso, "Atienza: dos lecturas de la ponderación", art. cit., p. 5.

³⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, op. cit., p. 20.

⁴⁰ Lawrence G. Sager, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Aída Torres Pérez (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 93.

en el sentido de que supone una revisión y ajuste mutuo entre reglas y propiedades relevantes, a la luz de los casos paradigmáticos; casos que, incluso, son revisables.⁴¹ El empleo del método del equilibrio reflexivo pretende alcanzar conclusiones justificadas y revisables. Lo anterior, en el entendido de que el equilibrio reflexivo admite revisiones y retracciones de conclusiones alcanzadas a la luz de nueva información o material probatorio adicional, o bien si el contexto cambia. Lo cual no significa, ni implica, renunciar al rigor ni a la racionalidad puesto que la posibilidad de retracción y revisión de puntos de vista es compatible con el rigor y la racionalidad.⁴² Si esto es así, el procedimiento de Moreso ofrece la posibilidad de embarcarse en una deliberación rigurosa y controlable racionalmente para intentar resolver problemas prácticos jurídicos, *v. g.*, de conflictos entre derechos.

Por lo tanto, resulta que las reglas R_1 y R_2 , derivadas del modelo propuesto por Moreso, apuntan en la misma dirección antes sugerida, en el sentido de que el Tribunal Electoral realizó una ponderación mal fundamentada, asignándole al derecho al honor del comunicador, en las circunstancias del caso, un peso que no puede tener frente al derecho a la libertad de expresión; y una razón de ello es que, como se indicó, realizó una indebida valoración del promocional denunciado, ya que no analizó el contexto integral del mismo, sino que se enfocó en aspectos marginales que no tienen que ver con la defensa de la libertad de expresión, sino más bien con cuestiones de diseño del promocional, cuando la realidad es que éste incluye la expresión de una opinión crítica acerca de un comunicador *político*, que califica como una persona de relevancia pública, en un discurso especialmente protegido en un contexto político-electoral. Ello dio como resultado una aplicación incorrecta del estándar de relevancia pública y

⁴¹ Véase W. V. O. Quine, "Two Dogmas of Empiricism", reimpresso en Robert F. Gibson (ed.), *Quintessence*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, pp. 31-53. Según Quine: "...ningún enunciado está inmune a la revisión", p. 51.

⁴² Véase Raymundo Morado, "Problemas filosóficos de la lógica no monotónica", *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 27, *Filosofía de la lógica*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 313-7.

una restricción del escrutinio público, así como de la crítica que deben tolerar las personas privadas de relevancia pública.

Finalmente, cabe considerar una solución alternativa al caso del comunicador, conforme al cual debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión, en virtud de la máxima *in dubio pro libertate*.⁴³ Si bien coincido con la conclusión de esa posición alternativa, no puedo compartir la premisa normativa central, ya que, si tengo razón, me parece que existen buenas razones para creer que –por más que se trate de un caso dudoso o difícil– el Tribunal Electoral realizó una aplicación incorrecta del estándar de relevancia pública.

5. Conclusiones

Del análisis anterior, cabe inferir las siguientes conclusiones:

1. El caso *del comunicador* es un caso difícil en el que se contraponen el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y los derechos a la personalidad de un comunicador, particularmente su derecho al honor y a la propia imagen.
2. En el caso, el TEPJF determinó mantener fuera del aire definitivamente un promocional que había sido pautado por un partido político en ejercicio de su prerrogativa constitucional, al considerar que rebasa los límites a la libertad de expresión.
3. El TEPJF aplicó erróneamente el estándar de relevancia pública, lo que dio como resultado una ponderación injustificada, ya que, en las circunstancias del caso, asignó al derecho al honor un peso mayor del

⁴³ Catalina Botero Marino, "Intervención", art. cit.

que tiene por encima del derecho a la libertad de expresión. Una razón de ello es que, como intenté mostrar, realizó una indebida valoración del promocional denunciado.

4. El TEPJF parece perder de vista que, en el caso, se trata de la expresión de una opinión crítica, en un discurso especialmente protegido en un contexto político-electoral, acerca de un comunicador que no sólo es una persona "con proyección pública", sino un periodista o comunicador *político*, cuya actividad recae sobre el mismo ámbito cubierto por la libertad de expresión de los partidos y está expuesto por ello a una mayor intensidad de la crítica. Así, en lugar de ensanchar la crítica, la decisión implica una restricción del escrutinio público y de la crítica que deben tolerar las personas privadas y de relevancia pública.

Fuentes

Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

ATIENZA, Manuel, "A vueltas con la ponderación", en ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Bogotá, 2012.

_____, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 1999*, CIDH, s.l., 1999.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.*, *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, Tirant Lo Blanch, México, 2014.

MORESO, José Juan, "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", en Betegón, J., Laporta, F., Páramo, J. R., Sanchís, L. Prieto (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971.

SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. de Aída Torres Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Hemerografía

ATIENZA, Manuel, "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial", 2016. En prensa.

_____, "Juridificar la bioética", *Claves de razón práctica*, núm. 61, abril 1996.

MORADO, Raymundo, "Problemas filosóficos de la lógica no monotónica", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 27, *Filosofía de la lógica*, Madrid, Trotta, 2004.

MORESO, José Juan, "Atienza: dos lecturas de la ponderación". Disponible en: https://www.academia.edu/27556086/ATIENZA_DOS_LECTURAS_DE_LA_PONDERACION (última fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016).

NIEVA, Jordi, "'Discurso de odio?' y libertad de expresión". Disponible en: <http://vialegal.news/lugares-adversos/2016/10/05/discurso-de-odio-y-libertad-de-expresion> (última fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016).

QUINE, W. V. O., "Two Dogmas of Empiricism", reimpresso en Gibson, Robert F. (ed.) *Quintessence*, Cambridge, Mass, Harvard University Press.

TREJO Delarbre, Raúl, "López Dóriga y el derecho a la crítica". Disponible en: <http://www.cronica.com.mx/notas/2015/880175.html> (última fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016).

Legislación

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, de 14 de julio de 2014. *Diario Oficial de la Federación*, 14 de julio de 2014, núm. 13, México, p. 2.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de 22 de mayo de 2014. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, núm. 18, México, p. 1.

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Material Electoral, 19 de noviembre de 1996. *Diario Oficial de la Federación*, de 22 de noviembre de 1996, núm. 15, México, p. 2.

Criterios relevantes

Tesis [J] 1ª/J 38/2013, de rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA". *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, abril de 2013, Pág. 538. Reg. 2003303.

Sentencias

Amparo directo en revisión 2044/2008, Min. José Ramón Cossío Díaz. Primera Sala de la SCJN. Votado por unanimidad el 17 de junio de 2009.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-393/2005, Mag. José de Jesús Orozco Henríquez. Sala Superior del TEPJF. Votado por unanimidad el 24 de agosto de 2015.

Recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-55/2015, Mag. Pedro Esteban Penagos López. Sala Superior del TEPJF. Votado por mayoría el 19 de febrero de 2015.

Otras fuentes

BOTERO MARINO, Catalina, "Intervención" (ponencia presentada en el seminario "Libertad de expresión y estándares interamericanos", TEPJF, Ciudad de México, 12 de septiembre de 2016).

LÓPEZ-DÓRIGA, Joaquín. Cuenta de Twitter (última fecha de consulta: 3 de agosto de 2016).

EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO SEXUAL
ANÁLISIS DEL JUICIO DE AMPARO 112/2013,
RESUELTO POR EL JUZGADO PRIMERO
DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL
DISTRITO FEDERAL, EL 31 DE ENERO DE 2014

*RECOGNITION OF SEX WORK.
ANALYSIS OF THE WRIT OF AMPARO 112/2013, RESOLVED
BY THE FIRST COURT OF DISTRICT IN ADMINISTRATIVE
MATTERS OF THE FEDERAL DISTRICT, JANUARY 31, 2014*

Estefanía Vela Barba*

Resumen

En el presente ensayo se ofrece un análisis del Juicio de Amparo 112/2013 – resuelto por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal–, en el que se reconoce al trabajo sexual como un trabajo constitucionalmente protegido. Se analizan, a detalle, los argumentos que se ofrecen en el amparo para sostener este reconocimiento, contrastándolos con los que generalmente se esgrimen para negar estas protecciones.

* Estefanía Vela Barba estudió la Licenciatura en Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y la Maestría en Derecho (LL.M.) en la Universidad de Yale, en donde está desarrollando su Doctorado en Derecho (J.S.D.). Es también Responsable del Área de Derechos Sexuales del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Palabras clave: Trabajo sexual, derecho al trabajo, Derecho Constitucional.

Abstract

This article offers an analysis of the *Amparo* 112/2013, solved by the First District Court in Administrative Law of Mexico City in 2014. In this *amparo*, the District Court recognized sex work as a constitutionally protected form of work. In this essay, the arguments used to uphold the ruling are analyzed in detail and are contrasted with those generally used to deny these types of protections.

Keywords: Sex work, right to work, Constitutional Law.

Introducción

En el presente ensayo ofrezco un análisis del Juicio de Amparo 112/2013, resuelto por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, el 31 de enero de 2014. En el amparo se reconoce al trabajo sexual como un trabajo constitucionalmente protegido. Por lo mismo, se sostiene que los y las trabajadoras sexuales tienen derecho a gozar de las protecciones legales que se le reconocen a trabajos similares. Si bien el caso está acotado a las protecciones reconocidas en el Reglamento para los Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal, fija las bases argumentativas que ultimadamente permitirían extender cualquier tipo de protección legal al trabajo sexual. Esto, en México, es inédito.

En el país, cuando las leyes se refieren al trabajo sexual, hablan, por lo general, de "prostitución" y hacen una de dos cosas: o bien castigan sus abusos –criminalizando el lenocinio o la trata sexual, por ejemplo– o buscan contenerla de alguna manera, estableciendo, por ejemplo, que no se puede ejercer en ciertos lugares. Si bien el ejercicio del trabajo sexual no es, en sí, un delito, no tiene, de cualquier forma, ningún tipo de protección laboral explícita.¹ Aquí es donde

¹ Para un análisis detallado de la relación entre el régimen penal de la trata sexual y las escasas normas que existen en el país sobre el trabajo sexual –así como la manera en la que el primero impide el pleno ejercicio

innova el Amparo 112/2013: es el primero en el que se sostiene que, por virtud de la Constitución, se debería reconocer y proteger al trabajo sexual *como trabajo*, otorgándoles a los y las trabajadoras sexuales los beneficios correspondientes.

En el presente ensayo analizo los argumentos que se ofrecen para tal efecto, contrastándolos con los que por lo general se esgrimen para negar esta protección. Desde mi perspectiva, el fallo es acertado: no hay nada en la Constitución ni en los tratados internacionales que impida reconocer al trabajo sexual como trabajo. Por el contrario: creo que, como bien sostiene el amparo, la Constitución y los tratados mandatan su protección, por distintas razones. Espero que, con este ensayo, quede claro el porqué.

1. Síntesis y antecedentes del caso

Este caso se origina a partir de una solicitud que realizó un grupo de trabajadoras y trabajadores sexuales de la Ciudad de México al Subdirector de Trabajo No Asalariado de la Secretaría de Trabajo y Fomento al Empleo y al Jefe del Gobierno del Distrito Federal en agosto de 2012.² Con base en el derecho de petición, consagrado en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y en el derecho al trabajo, reconocido en el artículo 5o. de la Constitución, **solicitaron que se les expidieran credenciales de "trabajadores**

del trabajo sexual—, véase Claudia Torres, "Ambigüedades y complejidades: la ley de trata con fines de explotación sexual y el no reconocimiento del trabajo sexual en México".

² Según Marta Lamas ("¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, p. 160), fueron 61 mujeres y seis varones los que iniciaron la demanda. Esta labor es parte de un largo proceso de lucha por el reconocimiento de los derechos de las y los trabajadores sexuales que, en México, inició desde mediados de los noventa y está "estrechamente vinculado al trabajo de acompañamiento político que realiza Brigada Callejera en Apoyo a la Mujer 'Elisa Martínez'". En el texto "Trabajadoras sexuales conquistan derechos laborales" (*Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 137-59), Elvira Madrid Romero, Jaime Montejo y Rosa Icela Madrid, de Brigada Callejera, hacen un recuento del trabajo que han realizado a favor de los derechos de los y las trabajadoras sexuales, incluido este amparo.

no asalariados", conforme al Reglamento para los Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal (el Reglamento).

De acuerdo al Reglamento, un "trabajador no asalariado es la persona que presta a otra física o moral, un servicio personal en forma accidental u ocasional mediante una remuneración sin que exista entre este trabajador y quien requiera sus servicios la relación obrero patronal que regula la Ley Federal de Trabajo".³ Como ejemplos de este tipo de "trabajadores" (todo está redactado en masculino en el Reglamento), se mencionan a los cuidadores y lavadores de vehículos, los mariachis, los organilleros, los albañiles, los pintores, los artistas de la vía pública, los mecanógrafos y los peluqueros, entre otros.⁴ El Reglamento determina que también se podrán considerar trabajadores no asalariados "los individuos que desarrollen cualquier actividad similar a las anteriores (...), de no existir normas especiales que los rijan".⁵

Para ejercer sus actividades, estos trabajadores deben solicitar una licencia ante las autoridades correspondientes.⁶ Conforme al Reglamento, tienen "derecho de asociarse para el estudio, mejoramiento y defensa de sus intereses".¹⁷ Los que no están incorporados al régimen de seguridad social, tienen además derecho a recibir servicios médicos gratuitos (derecho que se extiende a los familiares que dependan económicamente de ellos).⁸

Básicamente: los y las trabajadoras sexuales de la Ciudad de México pidieron que formalmente se reconozca y se proteja el trabajo que realizan.

³ SEGOB, Reglamento para los Trabajadores no Asalariados del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, art. 2 (Mx.)

⁴ *Ibidem*, art. 3.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, art. 9.

⁷ *Ibidem*, art. 15.

⁸ *Ibidem*, art. 50.

Las autoridades no respondieron a su petición, por lo que el 20 de febrero de 2013 presentaron un amparo. Dentro de este proceso, el 4 de marzo de 2013,⁹ el Subdirector de Trabajo No Asalariado finalmente dio su respuesta, negándoles la solicitud. Argumentó, básicamente, que la Constitución establece límites al derecho al trabajo. "El ejercicio de esta libertad", señaló el Subdirector, citando la Constitución, "podrá vedarse [...] por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad."¹⁰ El artículo 24, fracción VII, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, razonó el Subdirector, determina que es una infracción "contra la tranquilidad de las personas [...] invitar a la prostitución o ejercerla, así como solicitar dicho servicio," infracción que se activa "cuando exista queja vecinal". Por virtud de esta Ley, sostuvo el Subdirector, los y las trabajadoras sexuales quedan fuera de las protecciones ofrecidas por el Reglamento para los Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal, precisamente porque se trata de la "norma especial" que los exceptúa de la protección del Reglamento.

"Para estar en condiciones de atender su solicitud", afirmó el Subdirector, "será necesario primeramente impulsar la reforma de la fracción VII, del artículo 24, de la Ley de Cultura Cívica, de tal manera que la actividad de las y los sexoservidores en la vía pública deje de ser considerada [una] infracción administrativa."¹¹

Como respuesta al Subdirector, los y las trabajadoras sexuales interpusieron su demanda de amparo, impugnando, además de su negativa, la inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 24 de la Ley de Cultura Cívica.

⁹ En la página 3 de la resolución del Juicio de Amparo 112/2013, resuelto por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal el 31 de enero de 2014, se afirma que el 7 de marzo de 2013 se recibió el informe justificado de esta autoridad; en la página 92, se afirma que la respuesta se dio el 4 de marzo.

¹⁰ Citado en el Juicio de Amparo 112/2013, *loc. cit.*, p. 92.

¹¹ *Ibidem*

Originalmente, la demanda de amparo fue presentada en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal. El Juzgado Primero de Distrito –que es el que finalmente resolvió el asunto– declinó en un inicio, argumentando que era incompetente para conocerlo. El amparo pasó al Juzgado Federal en Materia de Trabajo, el cual tampoco aceptó la competencia. El caso finalmente terminó en manos del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, mismo que le ordenó al Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del entonces Distrito Federal, hoy Ciudad de México, resolver el asunto.¹² Este Juzgado decidió el caso el 31 de enero de 2014, casi un año y medio después de que se presentó la solicitud original.

2. La resolución del Juzgado

El fondo de la resolución de amparo comienza hasta la página 57 de la sentencia. Tiene tres grandes apartados: en el primero, ofrece consideraciones "previas" que "hay que tener en cuenta" para resolver el asunto (págs. 57-62); en el segundo, se dedica al análisis de la constitucionalidad de la Ley de Cultura Cívica (págs. 63-87); y, en el tercero, se dedica al análisis de la constitucionalidad de la respuesta del Subdirector de Trabajo No Asalariado del 4 de marzo de 2013 (págs. 88-97). Me dedicaré a repasar cada uno de los apartados.

2.1. Las consideraciones previas

Este apartado es sumamente importante porque le permite al Juzgado aclarar los alcances del caso. Se trata, insiste, de un grupo de trabajadores y trabajadoras sexuales de la Ciudad de México que son *mayores de edad*.¹³ Trabajadores y

¹² Todo el proceso se recuenta en el Amparo 112/2013, *loc. cit.*, pp. 4-7.

¹³ *Ibidem*, pp. 57-58.

trabajadoras que, además, solicitan que su trabajo sea reconocido como trabajo. No es, por lo tanto, un caso que tenga que ver con la prostitución infantil ni con la trata sexual.¹⁴ Este es el primer "movimiento" fundamental que hace el Juzgado: diferencia el asunto. Este, sostiene, tiene que ver con la regulación del trabajo sexual y no con la trata sexual.

Por supuesto, reconoce el Juzgado, que "esto no significa que pase desapercibido que el asunto es complejo porque está envuelto en una problemática social y jurídica profunda."¹⁵ Valga la cita extensa a su caracterización de esta "problemática":

Las personas que prestan su trabajo como sexo servidoras/es se encuentran en la mayoría de casos en una situación de vulnerabilidad extrema que cargan a costas desde muy tierna edad[.] En muchos casos, si no es que en la mayoría, cuando ingresaron al oficio del sexo servicio, lo hicieron con engaños, a veces siendo menores de edad, habiendo sido abandonados/as familiar y socialmente[.] Y también, por qué no exponerlo, habiendo fracasado el Estado en su conjunto en la atención de diversos derechos fundamentales, como el de la educación –de calidad–, derechos laborales, derecho a una vivienda digna, a la alimentación, y entre otros, a la salud, especialmente a la salud sexual y reproductiva.

En ese contexto, las y los sexoservidoras/es normalmente son víctimas de explotación por un proxeneta y en la mayoría de las ocasiones, no tienen otra alternativa de vida, por lo que una vez dentro de este oficio, hace muy compleja su salida y aún más grave es que mientras más se adentran en el oficio y el lustro de los años se va reflejando en su rostro y cuerpo, más marginadas socialmente van siendo.

A lo antes precisado, se debe adicionar la falta de conocimiento de sus derechos, falta de alternativas de vida, falta de dinero para mantenerse tanto a ellas como en muchos casos a su familia y, el hecho de que con cada servicio que prestan en su mayoría a desconocidos, ponen en riesgo su vida.

¹⁴ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵ *Ibidem*, p. 59.

Todo lo anterior no puede pasarse de alto [...], ni tampoco el hecho objetivo y real de que a lado de la prostitución de mujeres mayores de edad y que voluntariamente (o en un principio orilladas por la vida a ello) se dedican a ese oficio, se encuentra la droga, la prostitución infantil y la trata de personas, que es una forma de esclavitud moderna. [...]

Pero aunado a todo lo anterior, una mala regulación hace que las mujeres y hombres que se dedican al sexo servicio todavía se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad porque están a expensas del control que sobre ellas ejercen los ya referidos proxenetas [...], asimismo, son sujetos a intimidación por policías y agentes ministeriales, quienes en muchas ocasiones las extorsionan, discriminan, ejercen sobre ellas violencia física y verbal y obstaculizan su oficio pues tienen que pagarles por realizarlo.¹⁶

Sobre la extorsión a la que están sujetas las personas que se dedican al trabajo sexual, el Juzgado cita a los y las quejasas: "[...] Las autoridades ordenan y ejecutan actos [...] de intimidación, extorsión y discriminación, así como [de] violencia física y verbal, y nos obstaculizan e impiden que las hoy quejasas llevemos a cabo nuestro trabajo lícito, [... trabajo que] no está prohibido en ningún ordenamiento jurídico".¹⁷ La Ley de Cultura Cívica, señala el Juzgado citando a los y las quejasas, "conlleva a que seamos objeto de actos de hostigamiento, extorsión y detenciones arbitrarias."¹⁸

Lo manifestado por los y las quejasas, señala el Juzgado, coincide con "lo narrado en múltiples estudios sobre el tema de prostitución,"¹⁹ como el libro *Gritos en el silencio: niñas y mujeres frente a redes de prostitución. Un revés para los derechos humanos* (2007) de Elvira Reyes Parra,²⁰ el libro *Análisis del delito de lenocinio y los derechos humanos de las mujeres* (2013) de la Suprema Corte de Justicia de

¹⁶ *Ibidem*, pp. 59-61.

¹⁷ *Ibidem*, p. 61.

¹⁸ *Ibidem* p. 62.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Cfr. Elvira Reyes Parra, *Gritos en el silencio: niñas y mujeres frente a redes de prostitución. Un revés para los derechos humanos*, Miguel Ángel Porrúa-H. Cámara de Diputados, LX Legislatura, México, 2007. Disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LX/gritos.pdf>

la Nación²¹ y el de *Prostitución y derecho* de Fernando Rey Martínez, Ricardo Mata Martín y Noemí Serrando Argüello.²²

2.2. La (in)constitucionalidad de la Ley de Cultura Cívica

Después de sus "consideraciones previas", el Juzgado analiza la constitucionalidad de la Ley de Cultura Cívica. Aquí divide su análisis en cuatro rubros importantes: primero, revisa el contenido de la Ley; después, repasa el "panorama general de la prostitución"; de ahí continúa analizando el contenido del derecho al trabajo, a la luz de la Constitución y diversos tratados internacionales; y, por último, analiza la constitucionalidad de la Ley.

Para el análisis del fallo, sin embargo, seguiré un orden distinto: 1) primero me detendré en su caracterización del trabajo sexual; 2) después ahondaré en su conceptualización del derecho al trabajo; y, por último, 3) voy a exponer su análisis de la constitucionalidad de la Ley.

2.2.1 *El panorama general de la prostitución*

El Juzgado ofrece un "panorama general de lo que es la prostitución".²³ En este rubro, comienza por ofrecer una definición de prostitución, basándose en el libro *Rethinking Prostitution* editado por Graham Scambler y Annette Scambler:²⁴ "La prostitución", escribe el Juzgado traduciendo el texto estadounidense, es "el intercambio de dinero por el uso del sexo (como la dinámica suscitada en todas

²¹ Cfr. Irma Rivero Ortiz de Alcántara (coord.), *Análisis del delito de lenocinio y los derechos humanos de las mujeres*, vol. IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.

²² Cfr. Fernando Rey Martínez, Ricardo Mata Martín y Noemí Serrando Argüello, *Prostitución y derecho*, Editorial Aranzadi, España, 2004.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. Graham Scambler y Annette Scambler (eds.), *Rethinking Prostitution: Purchasing Sex in the 1900s*, Routledge, EUA, 1997.

las formas de trabajo)[.] El trabajo sexual se distingue por la venta de prácticas sexuales a cambio de dinero.²⁵ Así, afirma el Juzgado, "la prostitución ejercida libremente y por personas mayores de edad plenamente conscientes de ello puede considerarse como un oficio, puesto que es el intercambio de una labor (sexual) por dinero." Sin más, así determina que el trabajo sexual es trabajo, porque implica el intercambio de una labor por dinero.

Después, en unos cuántos párrafos, pasa a revisar las "tres posturas" que el derecho ha adoptado frente al tema del trabajo sexual. La primera es la prohibicionista, que se caracteriza por prohibir el trabajo sexual, penalizando "tanto a la sexo servidora, como al cliente".²⁶ La segunda es la abolicionista, "que nació de la necesidad de reprimir la explotación sexual por parte de terceros de las personas dedicadas al sexo servicio".²⁷ Bajo este modelo, lo que se persigue no es "la prohibición de la prostitución, sino [...] la libertad de ejercerla bajo ciertos lineamientos y [conforme a la] igualdad [entre los] sexos. Por ello, la autora Giménez Barbat, opina que es el modelo más sensato, puesto que no castiga la conducta de las sexo servidoras."²⁸ Por último, está el esquema regulacionista, que "parte de la idea de que la prostitución es un mal social", que, sin embargo, "no se puede combatir".²⁹ Lo que "conviene es reglamentarla, mediante

²⁵ Juicio de Amparo 112/2013, *supra*, p. 68.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁸ *Ibidem*. Se refiere al artículo de María Teresa Giménez Barbat, "Prostitución femenina", *Claves de Razón Práctica*, núm. 187, 2008, pp. 12-17. Según Claudia Torres, el abolicionismo sí busca *abolir* la prostitución, ya que "es una forma de legitimar la opresión de las mujeres que la ejercen." Para la mayoría de quienes se inscriben al abolicionismo no existe una distinción entre el trabajo sexual y la trata sexual. El trabajo sexual es explotación sexual. La diferencia importante con el prohibicionismo es que, por lo general, bajo el abolicionismo, no se criminaliza a las personas prostituidas (o sea, explotadas), sino a quienes las explotan. Para Torres, el régimen que busca desterrar la explotación, al mismo tiempo que permite espacios de libertad para ejercer el trabajo sexual, sería el neo-reglamentarismo (o la legalización o reglamentarismo liberal). Véase Claudia Torres, *Sobre modelos de regulación de la prostitución y el régimen legal vigente a nivel federal y en el Distrito Federal*, Documento de trabajo no. 65, CIDE, México, 2014, pp. 4-5. Disponible en: <http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DTEJ%2065.pdf>

²⁹ Juicio de Amparo 112/2013, *supra*, p. 69.

la regulación de zonas de trabajo y con el establecimiento de medidas higiénicas y sanitarias.³⁰

En el Distrito Federal, afirma el Juzgado, "se ha optado por el régimen abolicionista, puesto que no está prohibida [la prostitución], pero tampoco está reglamentada, y si bien el lenocinio y la prostitución de menores son ilegales, el trabajo sexual en sí no lo es, *tal como se advierte de la redacción del artículo 24, fracción VII, de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal.*"³¹

Este rubro es fundamental para el fallo, ya que precisamente se trata del lugar en el que el Juzgado 1) reconoce al trabajo sexual *como trabajo*; y 2) reconoce que es un trabajo *que no es ilegal*. Aquí es donde distingue el trabajo sexual del régimen que busca sancionar su *explotación*, lo que implica, precisamente, que no entiende al trabajo sexual de antemano como explotación. Son dos cosas distintas.

2.2.2 El derecho al trabajo

Al ser el trabajo sexual un trabajo, es posible, entonces, utilizar el régimen constitucional y convencional del derecho al trabajo para analizar la Ley de Cultura Cívica.

En relación con el orden internacional, el Juzgado analiza el derecho al trabajo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cita, de manera extensa, la Observación General No. 18 del 2005 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se aclaran los alcances de este derecho; y también hace

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Idem.* Énfasis de la autora.

referencia al Convenio No. 122 de 1964 de la Organización Internacional del Trabajo, que obliga a los Estados a formular y llevar a cabo "una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido."³² De las múltiples transcripciones que realiza, queda claro que el orden internacional mandata el respeto a la libertad laboral, al mismo tiempo en el que mandata la protección y el fomento de un trabajo digno y libre.

Ahora, de una lectura del fallo, queda claro que el orden internacional se enfoca más en las obligaciones de los Estados para garantizar este derecho, que en los límites a la libertad de trabajo. Sobre los límites a esta libertad, es la Constitución la que los fija.

Conforme al artículo 5o. de la Constitución, afirma el Juzgado, a ninguna persona podrá impedirle que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siempre que se cumpla con tres requisitos, cuya interpretación complementa el Juzgado con una tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³³ Parafraseando a la sentencia: las personas son libres de dedicarse al trabajo que quieran, siempre que:

- a) no se trate de una actividad ilícita, esto es, que esté prohibida por la ley;
- b) no se afecten derechos de terceros; [y]
- c) no se afecten derechos de la sociedad en general, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular [...] cuando

³² *Ibidem*, p. 79.

³³ Tesis de jurisprudencia P/J. 28/99, de rubro: LIBERTAD DE TRABAJO, NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, abril de 1999, Pág. 260, Reg. IUS 194152.

con éste puede afectar a aquél en una proporción mayor al beneficio que obtendría el gobernado.³⁴

Sobre el primer requisito –esto es, sobre la licitud del trabajo–, el Juzgado realiza una consideración ulterior: como está redactada la Constitución, "podría considerarse que se desdibuja la libertad del trabajo", ya que bastaría que una ley proscriba un trabajo, para que se cumpla con el requisito constitucional. Esto no puede ser así: "el Estado debe limitar legítimamente [a la libertad], estableciendo prohibiciones y requisitos razonables, que no contradigan lo que establece el marco nacional e internacional de protección de derechos humanos."³⁵

2.2.3 La inconstitucionalidad de la ley

Hasta aquí, el Juzgado ha realizado dos operaciones fundamentales: 1) ha determinado que el trabajo sexual es un trabajo; y 2) ha determinado, por lo tanto, que está tutelado por el régimen constitucional y convencional que rige a la libertad de trabajo. Lo que procede analizar es si la Ley de Cultura Cívica se apega al marco constitucional y convencional.

Esta caracterización es fundamental, precisamente porque se opone a la erigida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al defender la Ley de Cultura Cívica. Para la Asamblea, "a la prostitución no puede [dársele] la misma connotación de un trabajo, ya que la prostitución es un 'sexo pago'; en cambio, el trabajo es la ejecución de tareas que implican un esfuerzo físico o mental y que tienen como objetivo la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas."³⁶ Más aún, el trabajo sexual "no puede considerarse como

³⁴ *Ibidem*, p. 71.

³⁵ *Ibidem*, p. 80.

³⁶ *Ibidem*, p. 82.

trabajo honesto, digno y socialmente útil".³⁷ "La prostitución", concede la Asamblea, "quizá sea lícita, sin embargo, afecta los derechos de la sociedad, es decir, transgrede los valores, principios y hábitos de toda una sociedad."³⁸

Para el Juzgado no se puede adoptar la visión de la Asamblea Legislativa, pues ésta aborda el problema "con una visión muy estrecha y sin tomar en cuenta todas las aristas sobre las que gira, pues es verlo desde el punto de vista de si escandaliza la moral de algunos miembros de la sociedad."³⁹

Al analizar la Ley, el Juzgado comienza por repasar su exposición de motivos. Según la lógica de la legislatura, esta Ley "constituye un instrumento de prevención, al dirigirse a aquellas conductas que si bien no constituyen delitos, sí vulneran la armonía de la convivencia ciudadana al afectar no solo a las personas, sino también a los bienes que pertenecen a todos, al respeto a los demás, a la tranquilidad pública, a la seguridad ciudadana y al entorno urbano."⁴⁰ Se trata, concluye el Juzgado, de una Ley instaurada para "la preservación de la paz social", que busca promover "una convivencia armónica entre los ciudadanos del Distrito Federal."⁴¹

Si bien podría decirse que la Ley tiene un fin válido, el artículo 24, fracción VII es de cualquier manera inconstitucional. Conforme a la Ley, el ejercicio del trabajo sexual queda al arbitrio de un tercero: el vecino que se queja. Esto "posiciona a las y los sexoservidores en una situación de vulnerabilidad aún mayor", porque ahora no sólo quedan al arbitrio de las autoridades, sino se fomenta que "sean objeto de explotación económica también por los vecinos".⁴²

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 82-83.

⁴⁰ Juicio de Amparo 112/2013, *supra*, p. 67, énfasis del Juzgado.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, p. 86.

No existe una razón constitucional, afirma el Juzgado, para que a los y las trabajadoras sexuales se les de un trato distinto que a quienes se dedican a otro oficio, en el sentido de tratarlo como una infracción administrativa.⁴³ La legislatura, "en lugar de considerarla como una infracción administrativa... [debe] velar porque los y las sexo servidoras/es que se dediquen al oficio de la prostitución voluntariamente y una vez que puedan tener otras alternativas de vida y que conozcan sus derechos, que se delimiten las zonas en las que se ejerza, que se soliciten certificados médicos para practicarla, y demás cuestiones que tienen dentro de sus límites de lo posible a la prohibición como un oficio seguro."⁴⁴

2.3. La respuesta de la autoridad administrativa

En el último apartado de la resolución, el Juzgado se dedica a analizar la respuesta de la autoridad administrativa, en la que se les negó a los y las trabajadoras su reconocimiento como "trabajadores no asalariados". Lo que determina es que **procede a expedirles una credencial como trabajadoras/es no asalariados**.

En concreto, le ordena a la autoridad –al Subdirector de Trabajo No Asalariado de la Secretaría de Trabajo y Fomento al Empleo del Gobierno del Distrito Federal– realizar las siguientes actividades, para darle cumplimiento a la sentencia:

- 1) Dejar insubsistente el oficio en el que les negó su reconocimiento como trabajadores y trabajadoras no asalariados y emitir uno nuevo, en el que se les reconozca ese carácter.
- 2) Explicarles a los y las trabajadoras "a través de cursos y con un lenguaje claro y comprensible cuáles son sus derechos, entre otros a la educación,

⁴³ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁴ *Ibidem*.

a la salud en general –a la salud sexual y reproductiva en particular–, a una vivienda digna, a la alimentación, y a sus derechos laborales, como por ejemplo el derecho a formar sindicatos, para lo cual deberá presentar las pruebas correspondientes para generar en el ánimo de esta Jueza que los quejosos conocen esos derechos".⁴⁵

- 3) Explicarles qué "autoridades administrativas competentes son responsables de velar y vigilar que los agentes policíacos o ministeriales no las/los hostiguen, intimiden o extorsionen al ejercer su oficio".⁴⁶
- 4) Ofrecerles "gratuitamente cursos y talleres para que puedan tener otra alternativa laboral a efecto de que, en su caso, puedan si así lo desean dedicarse a otro oficio o, si por el contrario, elijan si es su libre deseo, dedicarse a la prostitución".⁴⁷

3. Análisis de la resolución

¿En qué acierta y por qué acierta la resolución? ¿En qué se queda corta? ¿En qué es problemática y por qué?

Para responder estas preguntas, me parece importante hacer una primera distinción. Existen, desde mi óptica, al menos dos debates desde los cuales se puede analizar la sentencia. Dos debates que, por supuesto, están relacionados, pero que no son idénticos.⁴⁸ El primero es el debate ético: ¿se debe o no reconocer

⁴⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 98-99.

⁴⁸ Hay un tercer debate, también relacionado, sobre la regulación específica que debe regir para el trabajo sexual. Asumiendo que debe ser reconocido como trabajo, ¿qué clase de normas deberíamos erigir para tal efecto? ¿Cómo regularlo, adecuadamente? La respuesta no es fácil. Como señala Torres, los países que han

al trabajo sexual como trabajo? ¿Por qué sí o por qué no? El segundo es el debate constitucional: ¿la Constitución mexicana –y los tratados internacionales– reconocen al trabajo sexual como trabajo? ¿Por qué sí o por qué no? Se pueden –y deben– tener ambos debates. Pero, desde mi óptica, es crucial siempre aclarar desde *dónde* se discute:

¿Dentro del marco constitucional –por ejemplo– o fuera de él?

Segundo punto: ¿en qué consiste el debate sobre el trabajo sexual? ¿Por qué hay un debate, en primer lugar? Hay, como bien reconoce la sentencia del Juzgado, distintas concepciones del trabajo sexual. Hay quienes lo ven como un "mal", aunque las razones por las cuales lo conceptualizan así son distintas. Una es la concepción de la Asamblea Legislativa, tal y como la articuló en el amparo: el trabajo sexual no es trabajo, sino una actividad que puede "perjudicar a la sociedad" –por lo que debe ser limitada–. En décadas recientes, sin embargo, las objeciones al trabajo sexual han sido mucho más sofisticadas y se han articulado, sobre todo, en el nombre de los derechos de las mujeres, desde el feminismo abolicionista.⁴⁹ Desde esta visión, se entiende al trabajo sexual como algo inherentemente explotador, que violenta a las mujeres. El trabajo sexual, en otras palabras, es siempre *trata* sexual, una "forma de esclavitud".⁵⁰ Por lo mismo, se

implementado distintos regímenes han tenido resultados muchas veces inesperados y contraproducentes. Por lo mismo, aboga por hacer "un uso creativo y cuidadoso de las herramientas jurídicas, para generar respuestas pragmáticas a la complejidad económica y social que impone el heterogéneo mercado" del trabajo sexual. Véase Torres, *Sobre modelos de regulación de la prostitución...op. cit.*, pp.13-17.

⁴⁹ Ha sido ampliamente estudiado cómo el asunto de la trata sexual resultó en una unión extraña entre feministas abolicionistas y conservadores "de derecha" que, de repente, se encontraron luchando del mismo "lado". Véase Ronald Weitzer, "El movimiento para criminalizar el trabajo sexual en Estados Unidos", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 189-218; Elizabeth Bernstein, "¿Las políticas carcelarias representan la justicia de género? La trata de mujeres y los circuitos neoliberales del crimen, el sexo y los derechos", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 282-321; y Janie A. Chuang, "Rescuing Trafficking From Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 1696-1697. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669973

⁵⁰ Para entender bien esta postura, véase Catharine MacKinnon, "Trafficking, Prostitution, and Inequality", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 46, 2011. Disponible en: <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/MacKinnon.pdf>

ha buscado modificar los regímenes jurídicos –desde lo internacional y hasta lo local– para que se proscriba la trata, *así entendida*. Por lo general, los grupos que impulsan este tipo de medidas se oponen a la criminalización de las trabajadoras sexuales, ya que son consideradas "víctimas". Abogan, más bien, por la criminalización de quienes las explotan –proxenetas y clientes incluidos–. Aunque también se oponen, por lo general, al reconocimiento del trabajo sexual *como trabajo* porque consideran que es una forma de "legalizar" la trata. La pregunta, siguiendo esta lógica, es: ¿es el trabajo sexual *trata*? ¿Por qué sí o por qué no? Y, fundamental: ¿según qué o quién?

Habiendo hecho estas aclaraciones, procedo al análisis de la sentencia.

3.1. Los aciertos del fallo

El Juzgado tenía que resolver un problema jurídico muy concreto en este caso: ¿era constitucionalmente válido *excluir* a los y las trabajadoras sexuales de las protecciones que otorgaba el Reglamento multicitado?

El argumento que ofreció la Asamblea Legislativa es que sí era constitucionalmente válido *excluir*las de esta protección. ¿Por qué? Por dos razones. La primera: porque el trabajo sexual *no es trabajo*, por lo que el régimen constitucional –y legal– del trabajo *no le es aplicable*. ¿La segunda razón? Suponiendo que se reconoce al trabajo sexual como trabajo, la Constitución de cualquier forma le impone límites a la libertad laboral. Uno de esos límites es que no se vulneren los "derechos de la sociedad". Para la Asamblea, la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal le imponía un límite *legítimo* a la libertad laboral, ya que buscaba proteger a "la sociedad" de "la prostitución". De ahí que fuera "legítima" la exclusión de los y las trabajadoras de las protecciones laborales.

Es importante, en este punto, notar que en ningún momento la Asamblea hizo un argumento relacionado con la trata. Jamás sostuvo que el trabajo sexual no

debía ser reconocido porque implicaba legalizarla. La Asamblea ofreció, más bien, argumentos conservadores para negar el reconocimiento del trabajo sexual como trabajo. En todo momento, por lo tanto, el caso estaba exclusivamente enfocado en desentrañar si el trabajo sexual quedaba o no protegido por el 5o. constitucional y si esa protección invalidaba o no la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal.

¿En qué acierta el fallo? En que reconoce el trabajo sexual como trabajo. Si se entiende que un trabajo es la prestación de un servicio o la realización de una actividad, por lo general a cambio de algo –como dinero–, es trabajo.

¿En qué más acertó el Juzgado? En su réplica al argumento de la Asamblea relacionado con los límites de la libertad laboral. Creo que el Juzgado tiene razón cuando sostiene que la referencia a la "ilicitud" no puede entenderse como una "carta en blanco" para las autoridades. Si se va a negar la tutela constitucional, deben existir argumentos de peso para ello. No basta que una ley simplemente "declare" que algo es ilícito para que eso sea válido. Debe comprobar que esa ilicitud tiene un propósito y que la ilicitud de hecho sirve para alcanzarlo. Es similar a lo que ocurre con la libertad de expresión.

También acierta el Juzgado cuando aborda el argumento de que el trabajo sexual daña "los derechos de la sociedad". De la misma forma en la que la "moral pública", tratándose de la libertad de expresión, no puede simplemente interpretarse como una puerta para que la "moral de la mayoría" se imponga a una minoría,⁵¹

⁵¹ El Juzgado se apega a la lógica que ha sido avanzada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al desarrollar, por ejemplo, el criterio de la "moral pública" como límite a ciertas libertades (como la libertad de expresión). La "moral pública" no es una carta abierta; tiene que interpretarse conforme al marco de una democracia constitucional. Véase la Tesis jurisprudencial 1a. L/2014, de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN LA QUE LA "MORAL" O LAS "BUENAS COSTUMBRES", PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Primera, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 3, febrero de 2014, tomo I, Pág. 672, Reg. IUS 2005536.

el concepto de "los derechos de la sociedad" no pueden ser el punto de entrada para que se vede un trabajo, simplemente porque "ofende" a algunas personas. Se tiene que *demonstrar* que el ejercicio de un trabajo genera un daño que debe *y puede* ser contenido a través de una medida específica. La Asamblea en ningún momento mostró este daño. Simplemente lo presupuso.

3.2. Las insuficiencias del fallo

Es importante reconocer, de nuevo, que el caso estaba sumamente acotado. No tenía que ver, en sentido estricto, con la trata. ¿Por qué? Primero: la ley que se impugnó fue la Ley de Cultura Cívica, no la regulación penal de la trata. El acto de autoridad que se impugnó fue la negativa de las autoridades laborales de reconocer a los y las trabajadoras sexuales como trabajadores para efectos del Reglamento multicitado. No se impugnó en ningún momento una imputación penal de trata. Y, finalmente, los argumentos que se ofrecieron para justificar tanto la ley, como el acto de autoridad, eran conservadores, no abolicionistas.

También es importante reconocer que no se trató de una impugnación en "abstracto", sino de un caso presentado por personas de carne y hueso. Esto dificulta "hablar en nombre de las víctimas", porque ya hay una voz que habla y es la de los y las trabajadoras sexuales, adultos todos en este caso. Ellos mismos no se enuncian como "víctimas" a "rescatar", sino como trabajadores y trabajadoras a respetar y a proteger de la discriminación. No es, además, un caso que se presta para especular sobre la mejor manera de otorgar esta protección, sino que consiste en avalar el camino que los y las trabajadoras mismos han identificado como el idóneo. El Juzgado tenía la labor de resolver *su* caso, de acuerdo con sus competencias y al marco jurídico vigente.

La única forma en la que la trata entraba al caso era reconociendo cómo puede ser *parte* de la realidad del trabajo sexual. Y esto lo hace el Juzgado. En esto, acierta. En lo que se quedó corto, sin embargo, es en ofrecer la justificación

constitucional y convencional que permite separar el trabajo sexual de la trata. Esta justificación existe.

Actualmente, la Constitución hace referencia a la "trata de personas" en múltiples artículos: en el artículo 19, cuando determina que el Juez puede ordenar la prisión preventiva de manera oficiosa en casos de "trata de personas"; en el artículo 20, apartado C, cuando enuncia los derechos de las víctimas en los procesos penales, incluyendo el derecho de las víctimas de trata al resguardo de su identidad y otros datos personales; en el artículo 22, cuando establece que la extinción de dominio procederá en casos de trata; y, finalmente, en el artículo 73, fracción XXI, cuando establece que le corresponde al Congreso federal emitir una ley general de trata. Como puede verse, en ningún momento ofrece una definición de trata, ni la trata se limita solamente a la sexual.

Si se analizan los tratados internacionales, se verá algo similar. A nivel internacional, el instrumento más importante es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo). Para entender el alcance del Protocolo, es importante ver su historia. Como señala Claudia Torres, mientras se discutía la elaboración del Protocolo, "las organizaciones de la sociedad civil que participaron en las discusiones tenían visiones y propuestas muy distintas en torno al fenómeno de la prostitución."⁵² Por un lado, "estaban las organizaciones en pro del trabajo sexual, de defensa de los derechos humanos y en contra del tráfico", que "propusieron una definición de tráfico que no se limitara a la prostitución, sino que la respetara, y que diera a la prostitución masculina igual atención que a la de mujeres, niños y niñas".⁵³ La idea, señala Torres, "de que la prostitución

⁵² Claudia Torres, Problemas de las normas sobre lenocinio y trata de personas: la vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales, 2016, p. 8.

⁵³ *Ibidem*.

puede ser ejercida sin coacción subyace en la visión de estos grupos.⁵⁴ Por otro lado, "ciertas feministas y algunos grupos conservadores consideraron que la prostitución es *siempre* una violación de derechos semejante a la esclavitud. Estos grupos propusieron una definición centrada en la *explotación* de las mujeres, los niños y las niñas mediante la prostitución."⁵⁵ Dada la falta de consenso, "la definición de la trata dentro del [Protocolo] permitió un cierto grado de flexibilidad para la interpretación de los Estados".⁵⁶

Según Torres, el Protocolo de Palermo "sanciona la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas cuyo fin sea la explotación, entre otros, de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual (turismo sexual, por ejemplo), siempre que se haga uso de amenazas, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o una situación de vulnerabilidad, o pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima."⁵⁷ En ningún momento, sostiene Torres, el Protocolo de Palermo "prejujga sobre la licitud o ilicitud de la prostitución ajena u otras actividades sexuales remuneradas."⁵⁸ "Deliberadamente", dice, "la explotación sexual (igual que otros términos clave) se dejó sin definir en el instrumento internacional, para permitir que los Estados trataran las actividades sexuales a conveniencia."⁵⁹

Además del Protocolo de Palermo, están la Convención Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La primera califica a la "prostitución forzada" como una forma de violencia contra la mujer –énfasis en el carácter *forzado* de la prostitución–, mientras que la segunda mandata "suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁷ Torres, "Ambigüedades y complejidades"..., pp. 5-6.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

de la prostitución de la mujer" –énfasis en la *explotación*–. Conceptualmente, *de acuerdo con estos instrumentos*, puede haber prostitución que no es forzada, como puede haber prostitución sin explotación.

Desde esta óptica, las disposiciones sobre la trata deben leerse en armonía con las disposiciones sobre el trabajo, *como ocurre con todos los trabajos*. Las disposiciones *se complementan*, no se anulan mutuamente.

Creo que el régimen constitucional e internacional permiten distinguir entre el trabajo sexual y la trata y proteger el primero y castigar la segunda. Como dije: el Juzgado no ahondó en estas disposiciones y esa fue una oportunidad perdida.

Más allá de las disposiciones constitucionales e internacionales, sin embargo, me parece que existen distintos argumentos, que se han articulado por distintas personas en disciplinas ajenas al derecho, que permiten evidenciar lo que para mí es un punto central: lo parecido que es el trabajo sexual a muchos otros trabajos. De la misma forma en la que el Juzgado apeló a la literatura académica para reconocer los problemas que existen en la práctica en relación con el trabajo sexual y la trata sexual, pudo también haber recurrido a esta literatura para desmitificar la "excepcionalidad" del trabajo sexual.

En este punto, me gustaría retomar un texto de la filósofa Martha Nussbaum, en el que se encarga de analizar los argumentos que se esgrimen para no considerar al trabajo sexual como trabajo. Su primer párrafo es contundente:

Todas nosotras, con la excepción de las adineradas independientes y las desempleadas, aceptamos dinero por el uso de nuestro cuerpo. Profesoras, trabajadoras de fábrica, abogadas, cantantes de ópera, prostitutas, doctoras, legisladoras— todas hacemos cosas con partes de nuestro cuerpo por las cuales recibimos un salario a cambio. Algunas personas reciben buenos salarios y otras no; algunas tienen un grado relativamente

alto de control sobre sus condiciones laborales, mientras que otras tienen poco control; algunas tienen muchas opciones de empleo, mientras que otras tienen muy pocas. Algunas son estigmatizadas socialmente y otras no.⁶⁰

Con este primer párrafo, Nussbaum hace algo crucial: asemeja el trabajo sexual a otros trabajos. El resto de su texto consiste en ahondar en las similitudes, para así también ver qué es lo que *sí* lo distingue del resto de los empleos. Siguiendo sus argumentos, abordaré las objeciones que tienden a esgrimirse en contra del reconocimiento del trabajo sexual como trabajo.

Una de las primeras objeciones que pueden hacerse a la consideración del trabajo sexual como un trabajo tiene que ver con lo que se intercambia: un bien –por lo general, dinero– a cambio de un servicio –la provisión de placer sexual–. Esta objeción la hace, de hecho, la Asamblea Legislativa, al excluir al trabajo sexual de su definición de trabajo. Este –afirma– "es la ejecución de tareas que implican un esfuerzo físico o mental y que tiene como objetivo la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas."⁶¹ Tomando esta misma definición, el trabajo sexual es un trabajo. La ejecución de un acto sexual implica un esfuerzo físico y un esfuerzo mental (no se puede ignorar que la creatividad y la imaginación pueden ser componentes cruciales para un ejercicio satisfactorio de la sexualidad).⁶² Y existen trabajos sexuales que dependen predominantemente del esfuerzo mental (como el que realizan quienes se dedican a hablar por teléfono en las *hotlines*). Estos "esfuerzos" sirven para satisfacer una "necesidad humana": la sexualidad (que puede ser tan superficial o tan profunda como

⁶⁰ Martha Nussbaum, "'Whether from Reason or Prejudice': Taking Money For Bodily Services", *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. S2, junio 1998, pp. 693-694, traducción propia, disponible en: <http://philosophy.uchicago.edu/faculty/files/nussbaum/Whether%20From%20Reason%20or%20Prejudice.pdf> En el párrafo en inglés, no se puede distinguir el género de quienes habla: "all of us", "independently wealthy", "unemployed" y "professors, factory workers, lawyers, opera singers, prostitutes, doctors, legislators" no tienen género.

⁶¹ Juicio de Amparo 112/2013, *supra*, p. 82.

⁶² Este es un punto reconocido por Melissa Ditmore, en "In Calcutta, Sex Workers Organize", Patricia Ticineto Clough y Jean Halley (eds.), *The Affective Turn. Theorizing the Social*, Duke University Press, 2007, p. 172.

la queramos caracterizar).⁶³ Desde esta perspectiva, la única manera de sostener que el trabajo sexual no es trabajo es considerando que la sexualidad no es una "necesidad humana", algo que me parece imposible de argumentar.

Aquí es útil, siguiendo a Nussbaum, una primera comparación: aquella entre el trabajo sexual y los masajes. Por lo general, un masaje implica que una persona tocará el cuerpo de otra y casi siempre lo hará con su propio cuerpo (aunque puede involucrar otros artefactos, más o menos sofisticados). Qué parte y de qué forma dependerán de las necesidades y deseos de quien quiere el masaje y de las capacidades y la tradición "terapéutica" de la que abreva quien lo da. El masaje se busca por una variedad de razones: desde quererse simplemente "relajar" hasta buscar "sanar" (como puede ser el caso de personas que lo buscan por razones médicas). Esto abre un abanico de posibilidades en las que este "intercambio" puede ocurrir: desde los centros para masajes rápidos en aeropuertos –en donde se ofrecen masajes de cuello, de pies, de espalda–, hasta los masajes a domicilio y los centros terapéuticos. Y por todo esto, se paga un precio. El trabajo sexual es similar. Puede ser más o menos sofisticado, más o menos rápido, más o menos trivial. Puede buscarse por puro placer, por soledad, o por otro tipo de razones relacionadas (pienso en las personas que se dedican a dar "terapias sexuales", por ejemplo, a personas con alguna discapacidad).⁶⁴ En ambos casos,

⁶³ Si bien aquí no voy a ahondar en ello, me parece importante señalar que no considero que exista "un derecho al sexo", entendido este como un derecho a *acceder al cuerpo de una persona para la gratificación sexual personal*. Desde mi óptica, la libertad sexual como derecho existe, por supuesto, pero esta tutela que las personas puedan ejercer su sexualidad sin límites injustificados. Uno de esos límites es la libertad sexual del resto de las personas. La libertad sexual no tutela la violación, obviamente. Adicionalmente, me parece importante señalar que este caso lidia con la libertad de trabajo, que, aplicado al trabajo sexual, tiene que ver con la libertad de los y las trabajadoras sexuales de dedicarse a él, sin límites injustificados. No presupone un derecho a "consumir el trabajo sexual".

⁶⁴ Dentro del movimiento por los derechos de las personas con discapacidad, existen cada vez más esfuerzos por hablar de la sexualidad –específicamente del placer sexual– de las personas con discapacidad. Véase Mitchell S. Tepper, "Sexuality and Disability: The Missing Discourse of Pleasure", *Sexuality and Disability*, vol. 18, núm. 4, 2000, pp. 283-290; Dikaios Sakellariou, "Sexuality and Disability: A Discussion on Care of the Self", *Sex Disability*, vol. 30, 2012, pp. 187-197; Amanda M. Jungels y Alexis A. Bender, "Missing Intersections: Contemporary Examinations of Sexuality and Disability", *Handbook of the Sociology of Sexualities*, Springer

tiende a estar involucrado el cuerpo de la persona que provee el servicio, como está involucrado el cuerpo de la persona que lo recibe.⁶⁵ ¿Por qué reconocer la posibilidad de dar y obtener placer corporal a través de los masajes, pero no placer sexual, a través del trabajo sexual?

Aquí es donde resulta importante entender la historia de la concepción que se tiene de la sexualidad. Precisamente el problema con el trabajo sexual es *lo sexual*. Siguiendo a la antropóloga Gayle Rubin,⁶⁶ es fundamental reconocer que, en sociedades como la mexicana, la sexualidad es vista, por lo general, como algo *negativo*. Siempre se le ve con sospecha, porque se le entiende como algo "pecaminoso", "peligroso" o "bajo" (dependiendo de la tradición religiosa, filosófica o científica de la que se abreve).⁶⁷ La única manera en la que la sexualidad deja

International Publishing, Suiza, 2015, cap. 10. Dentro de la amplia gama de posibilidades que existen para su placer sexual, está la de acudir a terapeutas sexuales. Véase el reportaje de Mark O'Brien, "On Seeing A Sex Surrogate", *The Sun*, núm. 174, mayo 1990. Disponible en: http://thesunmagazine.org/issues/174/on_seeing_a_sex_surrogate; la película *The Sessions*, 2012, EUA (Dir. Ben Lewin); y los artículos Margrit Shildrick, "Contested Pleasures: The Sociopolitical Economy of Disability and Sexuality", *Sexuality Research and Social Policy*, vol. 4, núm. 1, marzo, 2007, p. 61 y de Robert McRuer, "Disabling Sex: Notes for a Crip Theory of Sexuality", *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 112-115.

⁶⁵ Existen muchos tipos de trabajos sexuales, que varían, al menos, por el tipo de servicios que se ofrecen, por los lugares en los que ocurren y por los costos que tienen. Gracias a la tecnología, cada vez es más posible que ni siquiera exista un contacto físico *entre* quienes estén involucrados en el intercambio. Está, por una parte, el trabajo que realizan las personas de las *hot lines* –que consiste en hablar por teléfono, lo que permite que la persona que ofrece el servicio ni siquiera tenga que *hacer* algo con su cuerpo (sino solo decir que lo está haciendo)–. Por otra parte, también están las personas que, desde sus casas, transmiten a través del internet espectáculos sexuales a cambio de un pago (este es el fenómeno del "webcam sex" o sexo por cámara virtual). Este es un tipo de trabajo sexual que no se asemeja al del masaje.

⁶⁶ Cfr. Gayle Rubin, "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad", en Carole Vance (ed.), *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, Revolución, Madrid, 1989. Disponible en: <http://programadederechoalasalud.cide.edu/ADSyR/wp-content/uploads/2012/01/04-Rubin.pdf>

⁶⁷ Por ejemplo, desde el catolicismo, la sexualidad es *esencialmente* pecaminosa y sólo puede redimirse en el contexto del matrimonio. Existen tradiciones filosóficas –como la platónica– en la que se divide al "cuerpo" del "alma" y se le da primacía y valor a la segunda, por encima del primero. Existe, desde la psiquiatría y otras "ciencias modernas", una historia de concebir a la sexualidad como una fuerza potencialmente "peligrosa" que debe ser cuidadosamente controlada. Véase Michel Foucault, *La historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*, Siglo XXI, Argentina, 2005; Jeffrey Weeks, *Sexualidad*, Paidós-Ibérica, Barcelona, 1998; John D'Emilio, "Capitalism and Gay Identity", en Michele Aina Barale y David M. Halperin (eds.), *The Lesbian and Gay Studies Reader*, Henry Abelove, Routledge, Nueva York, 1993; Estefanía Vela Barba, *La Suprema Corte y el matrimonio: una relación de amor*, Tesis para obtener el título de licenciada en derecho, ITAM, México, 2011; Laura Rosenbury

de ser "sospechosa", es si se ejerce en un contexto específico, por razones que se consideran válidas. Históricamente, el espacio legítimo para el ejercicio de la sexualidad ha sido el matrimonio, teniendo un fin reproductivo. Si bien hoy la exigencia de atar el sexo al matrimonio y a lo reproductivo se ha aminorado, persiste la tendencia de vincularlo con lo afectivo. El sexo que no tiene como propósito lo emocional, que solo persigue el placer sexual, sigue incomodando –convirtiéndose en objeto de crítica y vigilancia social–. El trabajo sexual desafía esta visión de lo sexual. Presenta una sexualidad meramente recreativa y, además, contractual. Mercantiliza el placer, cuando este, en el mejor de los casos, se entiende como algo que debe darse "desinteresadamente" (o, al menos, no porque hay un pago económico de por medio).⁶⁸

Desde esta perspectiva, el problema con el trabajo sexual sería la visión conservadora que se tiene del sexo. Una visión que no se sostiene desde una perspectiva constitucional y convencional, en la que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha reconocido a la libertad sexual como derecho –derivado del mismo derecho al libre desarrollo de la personalidad–.⁶⁹ Éste es un derecho que

y Jennifer E. Rothman, "Sex In and Out of Intimacy", *Emory Law Journal*, vol. 59, 2010. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646504

⁶⁸ MacKinnon afirma: "Cuando tienes sexo con alguien con quien quieres tener sexo, por lo general no se están pagando por ello. [...] Cuando el sexo [la atracción sexual] es mutuo, el sexo es su propia recompensa." C. MacKinnon, "Trafficking, Prostitution...", art. cit., p. 281. Véase también Stewart Cunningham, "Reinforcing or Challenging Stigma? The Risks and Benefits of 'Dignity Talk' in Sex Work Discourse", *International Journal for the Semiotics of Law*, 2015 (argumentando cómo la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India erigen un concepto de la sexualidad que privilegia la intimidad emocional y relacional que las lleva a caracterizar al trabajo sexual como algo "indigno").

⁶⁹ Esta libertad ha sido reconocida tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su fundamento puede encontrarse en los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ambos establecen que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada". La Corte Interamericana le llama el derecho a la vida privada; la Suprema Corte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ambos, para efectos prácticos, tutelan lo mismo: que las personas pueden desarrollar sus vidas, en todos los ámbitos, de manera libre. Ambos suponen, en palabras de la SCJN, que es la persona "quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera." ¿Qué cubre esta libertad? Ejemplifica la Suprema Corte: "el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué

tutela con quién, cuándo, cómo, dónde y para qué ejercen las personas su sexualidad.⁷⁰ Por supuesto que tiene límites –como todos los derechos–, pero estos sólo pueden establecerse atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este punto, los argumentos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal también son sintomáticos de la debilidad del conservadurismo sexual visto desde el constitucionalismo. No logra apuntar a un daño concreto lo suficientemente importante como para limitar el trabajo sexual (más aún: un daño a algún derecho humano); sólo refiere a cómo "transgrede los valores, principios y hábitos de toda una sociedad". Es una concepción en la que los "valores" de la mayoría, por el solo hecho de ser de la mayoría, deben imponerse a los derechos de una minoría. Lo que importa es lo numérico, no la justificación de esos valores (que ni siquiera se molesta en ofrecer). El Juzgado lo dice bien: adoptar esta concepción es preocuparse por si el trabajo sexual "escandaliza la moral de algunos miembros de la sociedad." Algo que no se sostiene constitucionalmente.

Ahora, podría sostenerse que el trabajo sexual es problemático por los riesgos de salud que implica, sobre todo para quien lo ejerce. Las infecciones de trans-

momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, *la libre opción sexual*, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma." Ejemplifica la Corte Interamericana: la protección de la vida privada de una persona abarca "la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones [y] determinar su propia identidad [...]. Incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás. [...] La decisión de ser o no madre o padre es parte de [este] derecho" y también lo es "*la vida sexual* y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos". La SCJN desarrolló el libre desarrollo de la personalidad en el Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno en enero de 2009 (derecho que luego recogió en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010); la Corte Interamericana, por su parte, desarrolló el derecho a la vida privada en la sentencia del caso de *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (los párrafos 161-165, especialmente) y *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (los párrafos 142 y 143). Véase Estefanía Vela Barba, "¿Derechos sexuales y reproductivos? ¿DE NIÑOS Y NIÑAS?!", *Animal Político*, 4 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogeros-intersecciones/2014/11/04/derechos-sexuales-y-reproductivos-de-ninos-y-ninas/>; Alejandro Madrazo Lajous y Estefanía Vela Barba, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011. Disponible en: <http://www.texaslawreview.com/89-texas-l-rev-1863/>.

⁷⁰ Para un análisis de la libertad sexual de los y las trabajadoras sexuales (más que desde la perspectiva del "cliente"), véase Jeffrey Gauthier, "Prostitution, Sexual Autonomy, and Sex Discrimination", *Hypatia*, vol. 26, núm. 1, invierno 2011.

misión sexual son un ejemplo perfecto del riesgo al que me refiero. ¿Por qué reconocer un trabajo que puede mermar la salud de las personas? Aquí es donde vuelve a ser útil una comparación: el trabajo sexual no es el único que pone en riesgo la salud de las personas; existen muchos trabajos así. Nussbaum refiere al trabajo de fábrica que muchas veces implica exponerse a procesos químicos o físicos extenuantes, en los que el cuerpo, incluso cuando se cumplen con los estándares mínimos de higiene, se ve afectado. El hecho de que el/la trabajador/a esté en riesgo no se usa como una razón para prohibir o no reconocer estos trabajos; al revés: se vuelve el fundamento para exigir una regulación que garantice condiciones de higiene básicas y protecciones para los y las trabajadoras. ¿Por qué sería distinto el trabajo sexual? Si lo que importa son los riesgos de salud, se podría pensar en políticas públicas para promover, por ejemplo, el uso del condón o garantizar el acceso a servicios médicos. Es lo que se haría con cualquier otro trabajo: reducir los riesgos que conlleva, más que prohibirlo.

Se podría volver a argumentar, siguiendo a la Asamblea Legislativa, que la diferencia estriba en lo que se produce. Los trabajos de fábrica llevan a la producción de bienes que, como sociedad, deseamos. Por esta razón, estamos dispuestos a pagar el precio que implica para la salud de las personas involucradas en el proceso. El trabajo sexual no. Nussbaum hace otra analogía en este punto: compara al trabajo sexual con el box. Un boxeador, por definición, va a recibir golpes. En eso consiste el deporte. En el box profesional, aceptan dinero a cambio de golpear y ser golpeados, todo por el placer de quien los ve. Lo mismo puede decirse de cualquier deporte similar (el fútbol americano, el rugby, etc.). Todos, trabajos legítimos, incluso admirados. Y todo por entretenimiento. ¿Por qué, de nuevo, señalar como excepcional al trabajo sexual?

Nussbaum aborda otra objeción: si bien hay muchos trabajos que involucran al cuerpo –en los que el daño al mismo es inherente–, el trabajo sexual es distinto porque implica una intromisión a lo que es considerado "íntimo". Recibir un golpe en la cara no es lo mismo a "ser penetrada". En relación con este punto, Nussbaum

compara a la trabajadora sexual con la que llama la "artista de la colonoscopia":⁷¹ una persona que recibe dinero a cambio de permitir que su colon sea examinado con instrumentos nuevos, para valorar su alcance y capacidad. Este no es un ejemplo tan hipotético, dice: quienes estudian medicina necesitan "modelos" para aprender a hacer exámenes. ¿En qué estriba la diferencia, si ambos implican la "invasión" del cuerpo? La distinción, de nuevo, tiene que ver con el propósito: en uno lo que se persigue es el conocimiento "científico" (o médico), mientras que en otro es el placer sexual.

Todas las objeciones en cuanto a lo que se intercambia tienen que ver con la visión que se tiene del placer sexual. Si este es sospechoso, indeseable o inmoral, el trabajo sexual será problemático. Si, en cambio, la búsqueda de placer sexual es legítima, el trabajo sexual se convierte en una vía para obtenerlo (con sus límites). Las razones para no reconocerlo como trabajo, por lo tanto, tienen que ser de otro tipo.

El segundo tipo de objeciones más comunes al reconocimiento del trabajo sexual tiene que ver con las condiciones en las que ocurre. Dedicarse a esto, se afirma, es estar expuesta a una violencia constante: por parte de los "clientes", por parte de "terceros" como los lenones o los tratantes, o de las mismas autoridades. Es vivir en un mundo de riesgo incesante. Esto es innegable. Lo importante es entender a *qué se debe esa violencia*: ¿es inherente al trabajo o se debe, más bien, al entramado jurídico, económico y social que se ha construido en torno a él?

Es en este punto, precisamente, que se vuelve importante el contraste entre el trabajo sexual y otros trabajos que ocurren en condiciones semejantes de explotación y discriminación. Trabajos que, precisamente, también presentan problemas

⁷¹ M. Nussbaum, "Whether from Reason or Prejudice'..." art. cit., p. 706.

de trata. Aquí vale una cita extensa de la académica Hila Shamir, que se ha dedicado a criticar la excesiva atención que se le ha puesto a la trata sexual, en comparación a lo escasa que ha sido la preocupación por otros tipos de trata:

Hay una gran diversidad de contextos de trata. En efecto, varios sectores laborales, como el de la construcción, la agricultura, el trabajo doméstico y el trabajo sexual, han sido identificados en la última década como tendientes a tener trata laboral. La trata se puede encontrar en hogares privados del Reino Unido en el abuso de trabajadoras domésticas filipinas que han sido contratadas utilizando visas especiales. Incluye la situación de trabajadores en sistemas tradicionales de servidumbre por deuda en el sur de Asia, en donde el pago de las deudas contraídas por generaciones pasadas forma parte de los términos de su empleo. Los niños y niñas que son obligados a mendigar en las calles de Senegal y la vieja práctica de esclavizar hombres, mujeres, niños y niñas en Mauritania también son manifestaciones de la trata humana. Otras personas traficadas son los hombres tailandeses que trabajan en granjas de piñas en Washington, que son forzados a vivir en condiciones inhumanas y que están efectivamente encarcelados, y los migrantes del Sur de Asia que trabajan en la construcción en Baréin, cuyos salarios por lo general son retenidos y sus pasaportes son confiscados y que están expuestos a viviendas inseguras y abuso físico. La trata se puede encontrar en la industria sexual francesa, en la que mujeres de Europa del Este están sujetas a servidumbre por deuda; y en los barcos pesqueros tailandeses, donde trabajadores camboyanos están sujetos a la violencia, la intimidación, el encarcelamiento y a condiciones laborales precarias.⁷²

En relación con las condiciones en las que ocurre el trabajo sexual, también es sumamente útil contrastarlo con otros trabajos porque obliga a cuestionar la estrategia que se busca para erradicar la explotación y la discriminación. Al respecto del trabajo sexual, la trata que de hecho ocurre –y que nadie cuestiona– es utilizada como un argumento para no reconocer al trabajo sexual como trabajo. Se sostiene que este reconocimiento llevaría a la "legalización" de la

⁷² Hila Shamir, "A Labor Paradigm for Human Trafficking", *UCLA Law Review*, vol. 60, 2012, p. 88. La traducción es mía.

explotación.⁷³ Esta es, de hecho, una de las críticas que la sección latinoamericana de la *Coalition Against Trafficking in Women* lanzó a la resolución del Juzgado:⁷⁴ como si la emisión de las credenciales fuera una manera de "legalizar" la trata.

Aquí valen las preguntas: ¿cuándo se ha planteado no reconocer a la pesca como un trabajo, a pesar de la evidencia que existe de que en ciertos contextos se presta para la trata? ¿Al trabajo en el campo? ¿En construcciones? ¿En fábricas? Si la explotación fuera una razón suficiente para no reconocer a un trabajo como trabajo, serían pocas las profesiones que se salvarían. Ante la explotación y la discriminación, la solución para todos los trabajos es la misma: entender las causas estructurales que las provocan y tratar de erradicarlas.⁷⁵ *La explotación y la discriminación*, no el trabajo.⁷⁶ ¿Por qué el trabajo sexual debería ser distinto?

⁷³ En "Buying Sex Should not be Legal" (*New York Times*, 28 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.nytimes.com/2015/08/29/opinion/buying-sex-should-not-be-legal.html>), Rachel Moran, fundadora de Space International, una organización que se dedica a la abolición de la industria sexual argumenta precisamente esto en contra de la recomendación de Amnistía Internacional de despenalizar todos los aspectos del trabajo sexual voluntario: esta medida no despenaliza el trabajo sexual, sino que "despenaliza la violación a los derechos humanos" de las víctimas.

⁷⁴ M. Lamas, "¿Prostitución, trabajo o trata?...", art. cit., p. 163.

⁷⁵ Hay quienes argumentan que no se debe reconocer al trabajo sexual porque incita a la trata; tal cual afirman: "La prostitución crea la demanda para la trata", por lo que debe ser abolida. (Melissa Farley, citada por Ronald Weitzer, "Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, núm. 4, 2012, p. 1343, nota 32, disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7413&context=jclc>) Ronald Weitzer contesta a esto: "La demanda para el consumo es la condición para la supervivencia de cualquier mercado." (*Ibid.*, p. 1363.) En este documento, se dedican a analizar los problemas con esta manera de entender a la trata: Global Alliance Against Traffic in Women (GAATW), "Moving Beyond 'Supply and Demand' Catchphrases: Assessing the uses and limitations of demand-based approaches in anti-trafficking", 2011. Disponible en: http://www.gaawt.org/publications/MovingBeyond_SupplyandDemand_GAATW2011.pdf

⁷⁶ El punto es entender el fenómeno de la trata como uno complejo, que depende de factores económicos, sociales y jurídicos (por decir lo menos). Una lectura del Informe Mundial sobre la Trata de Personas del 2014 deja claro cómo no se trata de un fenómeno que se da de la misma manera en todos los países. A partir del contexto específico, varía cuáles son los delitos de trata más comunes, quiénes son sus víctimas y quiénes son sus perpetradores. En América, el mayor número de víctimas de trata son hombres (68% contra 32% de mujeres); mientras que en África y Medio Oriente, son mujeres (55% contra 45% de hombres). En América, el 48% de la trata es explotación sexual y el 47% es laboral; en Asia Oriental, Asia Meridional y el Pacífico, por ejemplo, las víctimas de trata laboral son la mayoría (64%), seguidas por las de explotación sexual (26%). Si bien la trata ocurre "en todo el mundo", son ciertas regiones las que se convierten en el destino "más atractivo" del

Aquí es donde acierta la resolución del Juzgado: acepta que los y las trabajadores sexuales están sometidos a un *sistema* que favorece su explotación y discriminación. Pero más que tomarlo como una razón para no reconocer su labor, lo convierte en la base de su protección.

De la misma manera en la que la regulación de la trata no debe contraponerse con la regulación laboral de trabajos como la pesca o la agricultura, no tiene por qué contraponerse con la regulación del trabajo sexual. Cuando todos los elementos del tipo penal de la trata están comprobados, no hay contrato o credencial que pueda excusar a las personas acusadas (esto conforme al mismo Protocolo de Palermo, que impide utilizar el "consentimiento" de las víctimas como una excusa para la comisión del delito).⁷⁷

En relación con el abuso y a la explotación, es útil volver a contrastar el trabajo sexual con la profesión de dar masajes. Como mencioné párrafos atrás, estas profesiones son similares en cuanto a lo que se intercambia: conllevan, por lo general, un contacto directo e "íntimo". Pero tienen una gran diferencia: el abuso y la explotación que ocurre en el trabajo. Lo importante es señalar hasta qué punto esta diferencia se debe no al tipo de trabajo del que se trata, sino a las condiciones en las que ocurre, condiciones que, en uno, protege a las trabajadoras y, en otro, las margina aún más. Imaginemos a una masajista: está sola

movimiento. La trata depende del contexto. UNODC, *Informe Mundial sobre la Trata de Personas*, 2014. Resumen ejecutivo, disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf; para el informe completo, véase su versión en inglés: UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf

⁷⁷ De acuerdo con Claudia Torres, "el texto del Protocolo de Palermo establece que el consentimiento resulta irrelevante *si y sólo si* se prueba que el tratante empleó algún medio comisivo. Con ello, el Protocolo admite que el consentimiento puede ser válido siempre que no esté viciado por la fuerza, el engaño u otras circunstancias análogas." En Claudia Torres, "Ambigüedades y complejidades: la ley de trata con fines de explotación sexual y el no reconocimiento del trabajo sexual en México", *Cátedra Extraordinaria sobre Trata de Personas*, UNAM, pp. 50-51. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/270846543/Ambigüedades-y-Complejidades-la-trata-con-fines-de-explotacion-sexual-y-el-no-reconocimiento-del-trabajo-sexual-en-Mexico#scribd>

con un cliente en un cuarto. Él está parcialmente desnudo. Ella lo está tocando. Ese es su trabajo. Pensemos, ahora, en todo lo que puede contribuir a que él abuse de ella o, por el contrario, a que no lo haga. Hay reglas por lo general aceptadas sobre lo que es válido y sobre lo que no lo es. Si él exige algo que no le corresponde, ella tiene la legitimidad de rehusarse a dárselo. Él no tiene armas para amenazarla. Si esto ocurre en un espacio comercial, es probable que ella no esté sola. Que exista un equipo de personas que la puedan respaldar. Que la ayuden a controlar al cliente si se pone violento o que simplemente la apoyen si algo ocurre. Si ella decide, ante un acto de violencia, interponer una denuncia, no existe un estigma que de antemano la descalifique, ni un sistema jurídico que sirva para amenazarla aún más (por ejemplo: acusándola de cometer un ilícito o amenazándola con perder a sus hijos porque es una madre "indigna"). La violencia depende del *contexto*. Hay entramados institucionales que la facilitan. La lógica detrás de la exigencia de reconocer al trabajo sexual como trabajo es, precisamente, cambiar el contexto que favorece esa violencia. Reducir los espacios de explotación, de extorsión.

El Juzgado entiende bien este punto: la importancia de las credenciales estriba en la legitimidad que les otorga a los y las trabajadoras sexuales frente a terceros. Las credenciales tienen el poder de dificultar la extorsión y de legitimar la denuncia; dejan claro que no todo se vale, dado que se trata de un trabajo que tiene que respetarse. Aquí no se puede ignorar otra de las ventajas del Reglamento para los Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal: permite que se asocien para luchar por sus intereses comunes. Hay fuerza en los números. Los y las trabajadoras dejan de ser personas aisladas, vulnerables, y se convierten en un grupo. En su crítica a la regulación de la trata, Hila Shamir sostiene, precisamente, que lo que hace falta es una "aproximación laboral" al problema de la trata. Este es un enfoque que se preocupa por los elementos del orden jurídico que condicionan el "poder de negociación" de los y las trabajadoras, como "las leyes de trabajo y empleo, los regímenes nacionales de migración, el derecho

penal, la legislación social y las normas de derecho privado.⁷⁸ Si se quiere combatir la explotación, lo que hay que atender es el entramado que le otorga poder a unos frente a otros. Más que desampararlos, es necesario darles herramientas a los y las trabajadoras sexuales para que estén libres de explotación.

Otro argumento que se utiliza para no reconocer al trabajo sexual como trabajo está relacionado con las condiciones en las que las personas entran a él. Uno de los requisitos para considerar a un trabajo como válido es que este sea elegido. El mismo artículo 5o. de la Constitución, en su párrafo tercero, establece que "nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento." La lógica, en este punto, es la siguiente: incluso cuando las mujeres no son directamente coaccionadas a ejercer "la prostitución", se encuentran por lo general en una situación de vulnerabilidad tal, ante un panorama de oportunidades tan escasas, que no puede considerarse que este trabajo sea realmente "elegido".

Una vez más, es útil distinguir. Hay personas que se dedican a "la prostitución" porque, efectivamente, son coaccionadas. Los testimonios abundan. Mujeres que son prácticamente encarceladas, sujetas a violencia y amenazas constantes para "trabajar". En ningún supuesto, esto es un ejercicio válido de la libertad profesional; por el contrario, es su violación. Pero las objeciones al trabajo sexual no se quedan ahí: la "libertad" a la que apuntan es más amplia. La gran mayoría de las personas que se dedican al trabajo sexual lo hacen, se argumenta, porque no tienen de otra, especialmente las mujeres. En un mundo en el que persiste la discriminación por género y por clase en el empleo, el trabajo sexual es el único recurso que tienen muchas mujeres para subsistir.⁷⁹

⁷⁸ H. Shamir, "A Labor Paradigm for Human Trafficking", art. cit., pp. 94-98.

⁷⁹ Tal cual lo dice Catharine MacKinnon: "Si la prostitución es una elección, ¿por qué siempre son las mujeres con las menos opciones las que encontramos ejerciéndola?", en Catharina MacKinnon, "Prostitution and Civil Rights", *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 1, 1993, p. 28. Disponible en: <http://www.prostitutionresearch.com/MacKinnon%20Prostitution%20and%20Civil%20Rights.pdf> (traducción mía).

Hay que reconocer, con Nussbaum, que muchas personas tienen escasas oportunidades laborales. La pobreza se encarga de ello. Lo que, de nuevo, no deja de llamar la atención es cómo el trabajo sexual por lo general es el único que se señala como problemático. ¿Quién va a querer elegir este trabajo, se dice? Las innumerables "historias de terror" que se cuentan en los medios sobre la trata sirven para afianzar esta visión: ninguna mujer, teniendo otra oportunidad, "elegiría" este "trabajo". Desde esta perspectiva, sin embargo, son muchas las labores que podrían ser problemáticas. ¿Quién, teniendo más opciones, querría dedicarse a recoger basura? ¿A quién le gusta un trabajo de fábrica enajenante, con poca estimulación mental y una exigencia física constante? Desde el elitismo y el conservadurismo es fácil ver con lástima a la gran mayoría de las personas, condenadas a labores "serviles", "sucias", "monótonas" e "intrascendentes". No hay razón para detenerse en el trabajo sexual y no cuestionar muchos otros empleos.⁸⁰

La "falta de oportunidades" nunca ha sido un argumento utilizado para no reconocer a los trabajos a los que las personas llegan por esa razón. Más bien, se hace lo posible por "dignificarlos" –combatiendo, por supuesto, la trata–,⁸¹ al

⁸⁰ En "Rescuing Trafficking From Ideological Capture" (art. cit.), J. A. Chuang analiza brevemente cómo hay una cobertura desproporcionada, por parte de los medios, de historias sobre trata sexual en comparación a las de trata laboral. En Estados Unidos, en particular, también es impresionante la comparación entre los casos procesados por trata sexual y por trata laboral después de la aprobación su propia Ley para la Protección de Víctimas de Trata (*Trafficking Victims Protection Act of 2000*) –ley que se aprobó en el mismo año que el Protocolo de Palermo de las Naciones Unidas–. Después de la ley, afirma Chuang, los casos por trata sexual aumentaron en un 871%; los que no tenían que ver con la trata sexual, solo en un 109%. A pesar de que la trata existe en trabajos no-sexuales, la indignación y movilización que provoca parece no ser la misma.

⁸¹ Para un artículo dedicado a desentrañar el elemento de la "coerción" en el tipo penal de la trata (en la legislación de Estados Unidos que es similar a la mexicana en esta materia), analizando casos tanto de trata sexual como no sexual, véase Kathleen Kim, "The Coercion of Trafficked Workers", *Iowa Law Review*, vol. 96, 2011, disponible en: <http://traffickingroundtable.org/wp-content/uploads/2013/09/The-Coercion-of-Trafficked-Workers.pdf>. En este artículo, Kim propone su teoría de la "coerción situacional", que es aquella que ocurre no solo a través de amenazas o daños físicos, sino aprovechando el contexto de vulnerabilidad –legal, por ejemplo, como puede ser el caso de los y las migrantes– de las víctimas de trata. Su teoría me parece una manera mucho más interesante y creativa de incorporar la realidad de la desigualdad sistémica de las víctimas de trata a las normas, sin que ello lleve al no reconocimiento de un trabajo.

mismo tiempo en el que se busca remediar esa "falta de oportunidades" con políticas públicas encaminadas a combatir la pobreza, garantizar la educación y promover el empleo.⁸² El trabajo sexual no tiene porqué ser un caso aparte. Utilizando el lenguaje constitucional, se puede proteger como un trabajo que "se le acomoda" a algunas personas, mientras se invierten recursos en ampliar sus oportunidades. Esto es algo que intenta hacer el Juzgado, al instruirle a las autoridades administrativas ofrecer a los y las trabajadoras "cursos y talleres para que puedan tener otra alternativa laboral".⁸³

La última objeción más común al reconocimiento del trabajo sexual como trabajo tiene que ver con su relación con la desigualdad de género específicamente. El problema con "la prostitución", se afirma, no es sólo la explotación a la que se presta, ni que se llega a ella a través de la coacción, el engaño o la falta de oportunidades, sino que es la manifestación por excelencia de la desigualdad de género: de la *cosificación* de las mujeres para el consumo masculino. Las mujeres, en esta lógica, no "prestan un servicio", sino que son *vendidas* y *consumidas*, como cosas. Legalizar "la prostitución", se dice, es legalizar su "degradación". Más aún: los "daños" de "la prostitución" no se circunscriben a cada mujer que es *prostituida*, sino que impacta a las mujeres en su conjunto, ya que persiste la idea de que son enajenables.

⁸² No estoy afirmando que no deben existir esfuerzos para combatir la trata, en el trabajo sexual o en otro tipo de trabajos. Lo que estoy afirmando es que la existencia de la trata nunca ha llevado a no reconocer a otros trabajos como trabajos. La trata lleva a la penalización de su explotación; pero no a la prohibición del trabajo en sí.

⁸³ Por supuesto, este es un punto en el que quedan claros los límites del Poder judicial: el amparo le sirve solo a los y las quejas. No es una política pública para la población en general. Precisamente si se quiere combatir la explotación y aumentar las oportunidades laborales de las personas, se requiere de un esfuerzo del Estado en su conjunto. Ahora, siguiendo a Hila Shamir, se puede afirmar que aquí es donde el régimen de trata se queda corto. Tal y como se ha diseñado –basado en lo punitivo y en lo individual–, sirve para "rescatar" a las víctimas de un contexto de explotación. La gran pregunta es: ¿y qué pasa con esas víctimas una vez que son rescatadas? ¿En dónde se "insertan"? Las personas no sólo buscan no ser explotadas, sino tener un buen trabajo. ¿Qué esfuerzos se están haciendo para garantizárselos? H. Shamir, "A Labor Paradigm for Human Trafficking", art. cit., pp. 93-125.

Sobre estas ideas, Nussbaum tiene mucho qué decir. Que una mujer acceda a realizar ciertos servicios sexuales a cambio de dinero no significa que *ella*, como persona, se está vendiendo. Presta un servicio, como muchas otras personas.⁸⁴ Pero su sexualidad, su vida, queda en sus manos (volvamos a la masajista: no "se vende" con cada masaje; presta un servicio).⁸⁵ En relación con la "perpetuación" de la "dominación masculina", Nussbaum insiste que, en última instancia, "la prostitución" no es la única institución problemática que es alimentada por y que perpetúa esta dominación. El matrimonio ha sido y es igual de preocupante en estos términos. De hecho, el matrimonio bien puede verse como un contrato en el que lo que se "intercambiaba" eran las capacidades sexuales, reproductivas y afectivas de las mujeres a cambio de dinero y protección. "Pero determinar que el matrimonio como tal debe ser ilegal porque refuerza la dominación masculina sería una intrusión excesiva en la libertad, incluso si uno cree que es irremediamente desigual. Lo mismo, creo, aplica para la prostitución."⁸⁶ Sumando al ejemplo de Nussbaum, podría pensarse en aquellos trabajos en los que las mujeres reciben dinero precisamente por comportarse conforme a los ideales de "feminidad" sexual –como "cosas bellas" a "poseer", como la "fantasía última del hombre"–, tal y como ocurre con las modelos, las actrices o las cantantes populares. Modelar hoy es casi siempre presentarse como un objeto para la "mirada masculina"; para tener éxito como actriz o cantante, es casi un prerrequisito contar con ciertos atributos de la "feminidad" sexual para ser "atractiva" para un público (masculino). Si lo que preocupa son las profesiones en las que se perpetúa la idea de la disponibilidad sexual femenina, de nuevo,

⁸⁴ M. Nussbaum, "Whether from Reason or Prejudice'...", art. cit., pp. 714-718.

⁸⁵ Creo que la insistencia en decir que "la prostitución" implica *vender* a "una mujer" tiene que ver con la noción de que la sexualidad es algo tan íntimo, tan *inherente* a lo que una persona (mujer) es, que vender sexo es venderse. Aunque una trabajadora de fábrica pase 14 horas del día usando su cuerpo, tendemos a separar *lo que hace* de lo que es. Con el sexo, esto parece ser más difícil. Pero creo, de nuevo, que tiene que ver con cómo concebimos a la sexualidad, más que con lo que ocurre (realiza *actos* a cambio de dinero, no se "vende").

⁸⁶ M. Nussbaum, "Whether from Reason or Prejudice'...", art. cit., p. 720.

no hay razones para detenerse en el trabajo sexual.⁸⁷ ¿Por qué reconocer a estas profesiones como *profesiones* –a pesar de que dependen y reproducen un sistema de desigualdad de género–, pero no al trabajo sexual?⁸⁸

Hasta aquí he abordado algunas de las objeciones más comunes al reconocimiento del trabajo sexual como trabajo. Como espero haber demostrado, las objeciones no llevan a que el trabajo sexual *no* se reconozca como trabajo, sino más bien a atender el contexto en el que ocurre. No es que el trabajo sexual no sea problemático, pero lo es no por su "naturaleza", sino por el sistema de desigualdad y marginación en el que se desarrolla. Esto no le quita el carácter de "trabajo"; lo que hace es que se trata de un trabajo peligroso y desigual, que se presta a las violaciones de derechos humanos –como muchos otros–. Lo que importa, de nuevo, es entender cuáles son los mecanismos –jurídicos, políticos, económicos, sociales– que lo convierten en una fuente de discriminación y explotación, para así transformarlo. Y si lo que se busca es que las personas no tengan que recurrir a él, más que no reconocerlo como una opción que, por ahora, se le "acomoda" a ciertas personas, habría que implementar políticas públicas para que las personas tengan, de hecho, otras opciones de vida.

4. Conclusiones

Al caracterizar al trabajo sexual como trabajo, el Juzgado pudo utilizar el marco de la "libertad de trabajo" para resolver el caso. En este punto, tuvo que ahondar en una cuestión adicional: ¿es válido limitar este trabajo, de acuerdo con la lógica

⁸⁷ No estoy afirmando que estas profesiones no son criticables por el papel que juegan en la perpetuación de la desigualdad de género. Por supuesto que lo son, como lo es el trabajo sexual. Pero creo que una cosa es que, éstas sean criticables y que se busque cambiarlas, y otra cosa es no reconocerlas legalmente como trabajos.

⁸⁸ Marta Lamas insiste en que una de las razones por las que el trabajo sexual incomoda tanto es porque *subvierte* los estereotipos de género que se tienen de las mujeres y su sexualidad. Véase Marta Lamas, "Trabajadoras sexuales: del estigma a la conciencia política", *Estudios Sociológicos*, XIV: 40, 1996. Disponible en: http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/68H5YA9LBIU89SFIXRJB19HDT7B7NY.pdf

constitucional? Existen dos límites importantes a la "libertad de trabajo": que se trate de una actividad lícita y que no "ofenda los derechos de la sociedad". En relación con el primero, tanto las autoridades del Distrito Federal, como el Juzgado reconocieron que el trabajo sexual, como tal, no está prohibido en ninguna ley, lo que significa que es "lícito", por lo que realmente no fue un punto de conflicto. Pero el Juzgado de cualquier manera sentó las bases para que, en caso de que estuviera proscrito legalmente, el trabajo sexual pudiera defenderse constitucionalmente. La "licitud" no es una "carta abierta" para que las legislaturas proscriban cualquier trabajo; tienen que hacerlo apejándose a los derechos humanos, siendo capaces de soportar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad.⁸⁹ Conforme a estos criterios –y todo lo hasta ahora analizado–, dudo que se sostendría una ley en el que se prohibiera el trabajo sexual. En relación con el segundo límite a la "libertad de trabajo" –que no "ofenda los derechos de la sociedad"–, el Juzgado es claro respecto de cómo no es válido argumentar que se vale limitar al trabajo sexual simplemente porque "escandaliza" la moral de la mayoría. Desde esta perspectiva analiza la Ley de Cultura Cívica y la declara inconstitucional, por constituir un límite *inválido* al trabajo sexual.

Conforme a la lógica del Juzgado, queda claro que el trabajo sexual es un *trabajo* constitucionalmente protegido. Como tal, por supuesto, puede limitarse, pero para que los límites sean válidos, se tiene que cumplir con estándares de proporcionalidad y razonabilidad. Siguiendo a Martha Nussbaum, al aproximarnos al trabajo sexual, tenemos que cuestionarnos en todo momento si nuestras ideas se derivan de un prejuicio o, por el contrario, de argumentos sólidos (de "razones", constitucionalmente válidas, podríamos decir).

⁸⁹ El Juzgado se apega a la lógica que ha sido avanzada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al desarrollar, por ejemplo, el criterio de la "moral pública" como límite a ciertas libertades (como la libertad de expresión). La "moral pública" no es una carta abierta; tiene que interpretarse conforme al marco de una democracia constitucional. Véase tesis 1a. L/2014, de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN LA QUE LA "MORAL" O LAS "BUENAS COSTUMBRES", PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Pág. 672, Reg. IUS 2005536.

Ahora, lo importante de utilizar el marco de la libertad de trabajo no es sólo que obliga constantemente a cuestionar los límites que se le quieren imponer, sino que obliga a voltear la mirada a las *condiciones que hacen posible la libertad de facto*. De acuerdo con el régimen constitucional mexicano, los derechos humanos le generan a las autoridades distintas obligaciones: la de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos. La libertad no sirve sólo para "estar libre de intervenciones" estatales, sino para *exigir* una intervención que tenga por objeto proteger derechos. Aquí, de nuevo, la resolución del Juzgado acierta: no se limita a declarar al trabajo sexual como un trabajo que se puede ejercer, sino que se *debe proteger*, al menos a través del reconocimiento de los y las trabajadoras conforme al Reglamento multicitado. Y, en esta "protección", el "lente del género" es crucial. El Juzgado no es ciego a las realidades que viven los y las trabajadoras sexuales del Distrito Federal; atenderlas es lo que le permite llegar a la resolución a la que llega. Lo que demuestra el Juzgado, sin embargo, es que no basta apelar a "los intereses de las mujeres" para implementar la perspectiva de género; sino que es necesario en todo momento atender al contexto, a los *efectos* de ciertas prácticas y políticas públicas para ver cuál es la ruta de acción deseada. Ver qué, de hecho, daña y qué, de hecho, puede mejorar las vidas de las personas (o, al menos, detener la extorsión y la marginación).

Por supuesto, la resolución no resuelve "el" problema del trabajo sexual (ni de la trata sexual). Precisamente, si algo queda claro de un análisis del fenómeno es que se requiere de la intervención de todo el aparato estatal, a partir de una multiplicidad de políticas públicas (y no solo del derecho penal) para que las vidas de los y las trabajadoras sexuales no sea una de violencia y discriminación constante. Pero la resolución es una contribución importante al desarrollo de una doctrina constitucional que respete y proteja el trabajo sexual. Revierte una historia de exclusión⁹⁰ y nos permite imaginar un mundo distinto. Nos provee un nuevo

⁹⁰ Para una revisión rápida de la jurisprudencia mexicana en torno a "la prostitución", véase C. Torres, *Sobre modelos de regulación de la prostitución*, *op. cit.*, pp. 10-11.

"mapa de acción". Si el trabajo sexual es trabajo constitucionalmente hablando, ¿qué sigue?⁹¹

Fuentes

BERSTEIN, Elizabeth, "¿Las políticas carcelarias representan la justicia de género? La trata de mujeres y los circuitos neoliberales del crimen, el sexo y los derechos", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 282-321.

CHUANG, Janie A., "Rescuing Trafficking From Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 1696-1697. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1669973

DITMORE, Melissa, "In Calcutta, Sex Workers Organize", en Patricia Ticineto Clough y Jean Halley (eds.), *The Affective Turn. Theorizing the Social*, Duke University Press, 2007.

⁹¹ En agosto de 2015, Amnistía Internacional emitió una recomendación para despenalizar el trabajo sexual (Amnesty International, "Press Release: Policy on State Obligations to Respect, Protect, and Fulfil the Human Rights of Sex Workers (International Board)". Disponible en: <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/policy-on-state-obligations-to-respect-protect-and-fulfil-the-human-rights-of-sex-workers-internatio>). Hay que atender tanto los argumentos que se utilizan para apoyar la medida, como su desenlace. Si bien no es el objeto de este ensayo, me gustaría de cualquier manera apuntar a cómo el reconocimiento del trabajo sexual es un primer paso, pero no es, definitivamente, el único que se tiene que tomar para proteger los derechos de los y las trabajadoras sexuales. La gran pregunta, en efecto, es: ¿qué clase de regulación (secundaria) tiene que desarrollarse para tal propósito? Una lectura de múltiples estudios me lleva a afirmar que, cualquiera que sea la legislación que se implemente, la solución no será "fácil". Los problemas de discriminación y explotación no se erradicarán con una simple "despenalización" o con una "legalización" escueta, que no atienda a *todo* el régimen jurídico y que no se enfoque, además, en la discriminación por nacionalidad, raza y clase (además de género). Sugiero la lectura de Janet Halley, Prabha Kotiswaran, Hila Shamir y Chantal Thomas, "From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism", *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 29, 2006. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlg/vol292/halley.pdf> (especialmente el análisis de Hila Shamir en relación a los regímenes del comercio sexual, pp. 394-408).

GAUTHIER, Jeffrey, "Prostitution, Sexual Autonomy, and Sex Discrimination", *Hypatia*, vol. 26, núm. 1, invierno 2011.

GIMÉNEZ Barbat, María Teresa, "Prostitución femenina", *Claves de Razón Práctica*, núm. 187, 2008, pp. 12-17.

HALLEY, Janet, KOTISWARAN, Prabha, SHAMIR, Hila y THOMAS, Chantal, "From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism", *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 29, 2006. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlg/vol292/halley.pdf>

KIM, Kathleen, "The Coercion of Trafficked Workers", *Iowa Law Review*, vol. 96, 2011.

LAMAS, Marta, "¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 160-186.

_____, "Trabajadoras sexuales: del estigma a la conciencia política", *Estudios Sociológicos*, XIV: 40, 1996. Disponible en: http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/68H5YA9LBIU89SFIXRJBIBI9HDT7B7NY.pdf

MACKINNON, Catharine, "Trafficking, Prostitution, and Inequality", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 46, 2011. Disponible en: <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/MacKinnon.pdf>

_____, "Prostitution and Civil Rights", *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 1, 1993.

MADRAZO, Lajous Alejandro y VELA Barba, Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

MADRID ROMERO, Elvira, MONTEJO, Jaime y MADRID, Rosa Icela, "Trabajadoras sexuales conquistan derechos laborales", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 137-59.

MORAN, Rachel, "Buying Sex Should not be Legal", *New York Times*, 28 de agosto de 2015.

NUSSBAUM, Martha, "'Whether from Reason or Prejudice': Taking Money For Bodily Services", *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. S2, junio 1998, pp. 693-694.

REY Martínez, Fernando, MATA Martín, Ricardo y SERRANDO Argüello, Noemí, *Prostitución y derecho*, Editorial Aranzadi, España, 2004.

REYES Parra, Elvira, *Gritos en el silencio: niñas y mujeres frente a redes de prostitución. Un revés para los derechos humanos*, Miguel Ángel Porrúa-H. Cámara de Diputados, LX Legislatura, México, 2007.

RIVERO ORTIZ de Alcántara, Irma (coord.), *Análisis del delito de lenocinio y los derechos humanos de las mujeres*, Volumen IV de la serie "Voces sobre Justicia y Género", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.

SCAMBLER, Graham y SCAMBLER, Annette (eds.), *Rethinking Prostitution: Purchasing Sex in the 1900s*, Routledge, EUA, 1997.

SHAMIR, Hila, "A Labor Paradigm for Human Trafficking", *UCLA Law Review*, vol. 60, 2012, pp. 77-136.

TORRES, Claudia, *Sobre modelos de regulación de la prostitución y el régimen legal vigente a nivel federal y en el Distrito Federal*, Documento de trabajo no. 65, CIDE, México, 2014.

_____, "Ambigüedades y complejidades: la ley de trata con fines de explotación sexual y el no reconocimiento del trabajo sexual en México", *Cátedra Extraordinaria sobre Trata de Personas*, UNAM, pp. 50-51.

VELA Barba, Estefanía, "¿Derechos sexuales y reproductivos? ¿IDE NIÑOS Y NIÑAS?!", *Animal Político*, 4 de noviembre de 2014.

WEITZER, Ronald, "El movimiento para criminalizar el trabajo sexual en Estados Unidos", *Debate Feminista*, año 25, vol. 50, octubre 2014, pp. 189-218.

_____, "Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 101, núm. 4, 2012.

SEGOB, Reglamento para los Trabajadores no Asalariados del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*.

Jurisprudencia

Tesis de jurisprudencia P./J. 28/99, de rubro: LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, abril de 1999, Pág. 260. Reg. IUS 194152.

Tesis aislada 1a. L/2014, de rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN LA QUE LA "MORAL" O LAS "BUENAS COSTUMBRES", PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Primera, *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Pág. 672. Reg. IUS 2005536.

TENSIONES ENTRE SEGURIDAD NACIONAL
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA;
UN RECUENTO DEL RECURSO DE REVISIÓN
EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL ANTE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*TENSIONS BETWEEN NATIONAL SECURITY
AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION; AN ACCOUNT
OF THE NATIONAL SECURITY'S JUDICIAL REVIEW
BEFORE THE NATION'S SUPREME COURT OF JUSTICE*

Alfredo Delgado Ahumada*

Mariana Morante Aguirre**

Resumen

La reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia representó un hito en la consolidación del derecho de acceso a la información en México. Una de las cuestiones más relevantes fue el carácter vinculatorio, inatacable y definitivo de las resoluciones del órgano garante, con la excepción del Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal,

* Titular de la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara.

** Secretaria Auxiliar II de la Unidad General de Transparencia y Sistematización de la Información Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Maestra en Política Global y Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Texas en Austin.

que puede —únicamente cuando considere que se pone en riesgo la seguridad nacional— interponer un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Este artículo analiza, basado en los cuatro de estos recursos resueltos hasta el momento por el Alto Tribunal, los parámetros y criterios que se han perfilado durante las discusiones y resoluciones del Pleno de la Corte. El análisis revela que han existido claras convergencias en torno a la necesidad de analizar caso por caso cada uno de los asuntos, y sobre el marco normativo que rige al recurso de revisión; además de que se han presentado divergencias sobre la naturaleza y alcances del recurso de revisión.

Palabras clave: Reforma constitucional en materia de transparencia 2014, recurso de revisión, seguridad nacional, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract

The 2014 constitutional reform regarding transparency marked a critical step in the consolidation of the right to access information in Mexico. One of its most relevant provisions is the definitive and compulsory character of the national guarantor's resolutions, with the notable exception of the Advisor for the Federal Executive, who can —only when considering national security is at risk— challenge the decision before the Nation's Supreme Court of Justice. This article analyzes, based on the four cases brought so far before the Supreme Court, the guidelines and criteria that have been delineated by its' plenary discussions and resolutions. The analysis reveals that while there have been clear consensus on the need to analyze the issues with a case by case approach, and on the normative framework pertaining the review, there have also been sharp divergences when approaching the nature and scope of the judicial review.

Keywords: Constitutional reform 2014 transparency, Judicial Review on national security, Nation's Supreme Court of Justice.

1. Introducción

La reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia inauguró un nuevo paradigma en México. Entre las implicaciones más destacadas se encuentran: la ampliación del catálogo de los sujetos obligados; la reserva de información por razones de seguridad nacional; el establecimiento de las bases

para legislar en materia de acceso a la información, archivos y protección de datos personales; la autonomía de todos los organismos garantes del país y un organismo nacional rector en la materia; la facultad de atracción del organismo garante nacional, así como la definitividad de sus resoluciones, excepto por razones de seguridad nacional, mismas que pueden ser impugnadas por el Consejero Jurídico.¹ Esta última excepción es la que se analiza en este documento desde la perspectiva del medio de impugnación previsto en el texto constitucional.

A cuatro años de esta reforma, y tres años de la entrada en vigor de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), cuatro recursos de esta naturaleza han sido presentados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) por el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal (CJEF).

El objetivo del texto es emprender un recuento legislativo sobre este recurso, contrastarlo con algunas posiciones teóricas y analizar los parámetros de los criterios que se han perfilado durante las discusiones del Pleno de la Corte respecto a la figura del recurso de revisión, a partir de los cuatro recursos interpuestos y resueltos en el Pleno del Alto Tribunal.

El texto se divide en cuatro apartados. Primero, se realiza un recuento del proceso legislativo que siguió la reforma constitucional, así como las discusiones y los argumentos que se dieron en el Senado de la República y la Cámara de Diputados con relación a la naturaleza del recurso de revisión en materia de seguridad nacional. Segundo, una revisión breve de las tensiones que existen entre los principios de seguridad nacional y acceso a la información/transparencia, así como del marco normativo que rige estos dos conceptos, ambas cuestiones clave para acercarnos a la naturaleza del recurso y sus implicaciones. Tercero,

¹ Benjamín A. Cervantes Pérez y Issa Luna Pla, "El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano", en Miguel Carbonell (ed.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9a. ed., vol. V, Miguel Ángel Porrúa, México, p. 534.

se presentan los cuatro recursos de revisión mencionados, y los criterios y parámetros que se han delineado derivado de las discusiones en el pleno de la SCJN y sus resoluciones. En el cuarto y último, se esbozan algunas consideraciones finales.

2. La reforma constitucional y el origen del recurso de revisión

La reforma constitucional en materia de transparencia buscó darle consistencia y sistematización a los principios, bases y procedimientos de la materia en todo el país.² Para ello, amplió el número y naturaleza de los sujetos obligados (incluye sindicatos, a partidos políticos y a organizaciones privadas que reciben recursos públicos); sometiéndolos a la autoridad del órgano garante, que se convirtió en un órgano constitucional autónomo. Asimismo, propició la creación legal del Sistema Nacional de Transparencia para dar homogeneidad a aspectos tales como los criterios de clasificación y desclasificación en todas las entidades del país.³

El proceso legislativo para las reformas constitucionales en materia de transparencia inició en septiembre de 2012, con la presentación de la primera iniciativa de Reforma en el Senado de la República, pero no fueron aprobadas sino hasta febrero de 2014 (véase cuadro 1).

A lo largo de las discusiones, tanto en la Cámara de Diputados como del Senado, la inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante fue uno de los puntos

² Jacqueline Peschard, "El régimen legal: disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias", Ponencia presentada en la mesa redonda *Transparencia y Rendición de Cuentas en la Reforma Energética* SUT-UNAM. 02 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.pued.unam.mx/archivos/mesas020516/JPM.pdf>

³ *Ibidem*.

más controversiales. Por tanto, sufrió diversas modificaciones durante del proceso legislativo.

En esta sección se presentan las etapas más relevantes del proceso, así como los argumentos a favor y en contra del recurso de revisión expuestos por los legisladores durante los debates en las Cámaras.

Cuadro 1. Proceso legislativo ante la reforma constitucional en materia de transparencia y el recurso de revisión ante la SCJN

	Estatus	Fecha de aprobación	Postura sobre inatacabilidad
1	Dictamen a discusión en la Cámara de Senadores (cámara de origen), aprobación del mismo, y turnado a la Cámara de Diputados (cámara revisora)	20/12/2012	"Las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados."
2	Dictamen aprobado en Comisiones en la Cámara de Diputados	19/08/2013	La PGR, el Consejero Jurídico, el Gobernador del Banco de México, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos podrán interponer un recurso de revisión ante la SCJN en caso de que las resoluciones pongan en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica, o transgredan los derechos humanos.
3	Dictamen a discusión en el Pleno de la Cámara de Diputados y aprobado con modificaciones	21/08/2013	El Consejero Jurídico podrá interponer un recurso de revisión ante la SCJN en los términos que establezca la ley, solo en el caso en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley en la materia.
4	Devuelto a la Cámara de Senadores	22/08/2013	

5	Dictamen aprobado en Comisiones de la Cámara de Senadores	14/11/2013	El Consejero Jurídico podrá interponer un recurso de revisión ante la SCJN en los términos que establezca la ley, solo en el caso en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley en la materia.
6	Dictamen a discusión en la Cámara de Senadores, aprobado con modificaciones y devuelto a la Cámara de Diputados	20/11/2013	
7	Dictamen aprobado en la Cámara de Diputados, y turnado a los Congresos Locales	26/11/2013	
8	Aprobado por los Congresos Locales y turnado al Ejecutivo para su publicación	22/01/2014	
9	Publicación de la Reforma Constitucional en materia de transparencia en el Diario Oficial de la Federación	07/02/2014	

Fuente: Elaboración propia. *Cfr.* SEGOB, "Reporte de Seguimiento de Asuntos Legislativos", publicado en el Diario Oficial de la Federación, 07 de febrero de 2014.

2.1 Proceso Legislativo

La reforma constitucional en materia de transparencia nace de tres iniciativas distintas presentadas en el Senado: la primera por el Senador Alejandro Encinas Rodríguez (6 de septiembre de 2012, PRD); la segunda por la Senadora Arely Gómez González (12 de septiembre de 2012, PRI); y la tercera por la Senadora Laura Angélica Rojas Hernández (4 de octubre de 2012, a su nombre y en representación de los senadores Fernando Torres Graciano, Víctor Hermosillo y Celada y Martín Orozco Sandoval, integrantes del Grupo Parlamentario del PAN).

En dos de estas iniciativas, se establecía que las resoluciones del organismo garante serían inatacables y definitivas para los sujetos obligados, y sólo los particulares tendrían la opción de impugnarlas mediante un juicio de

amparo.⁴ Por otro lado, el tercer proyecto proponía que las resoluciones del órgano autónomo pudieran ser sujetas de un recurso de revisión interpuesto ante la SCJN en casos excepcionales en los que existiera "*una alta probabilidad de daño directo y trascendente a la seguridad nacional*".⁵ De acuerdo con esta propuesta, el recurso podría ser interpuesto por el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, los Presidentes de las Cámaras de Diputados y Senadores, y los titulares de los órganos constitucionales autónomos.⁶

Luego de diversas mesas de trabajo entre los grupos parlamentarios, y de contar las opiniones de órganos como el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI), la academia y de organizaciones de la sociedad civil,⁷ el dictamen fue presentado en el Pleno del Senado el 20 de diciembre de 2012. En el mismo, quedó establecido que las resoluciones del órgano autónomo serían inatacables y definitivas para los sujetos obligados, eliminando la posibilidad de que existiera un recurso de revisión.

Sin embargo, al ser turnado el dictamen aprobado a la Cámara de Diputados para su estudio en Comisiones y posterior dictaminación por la Cámara revisora, resolvieron agregar el recurso de revisión que podría ser presentado por el Procurador General de la República, el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, el Gobernador del Banco de México y el Presidente del Banco de México en caso de las resoluciones pusieran en peligro la seguridad nacional, la estabilidad económica o que transgredieron los derechos humanos reconocidos en la Constitución o tratados internacionales de los que México formara parte.⁸

⁴ Cámara de Senadores, "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales"; De Estudios Legislativos; De Gobernación; y De Anticorrupción y Participación Ciudadana en materia de Transparencia, LXII Legislatura Senado de la República, 19 de diciembre de 2012, pp. 138-139.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 137.

⁷ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁸ Cámara de Diputados, "Declaratoria de publicidad de dictámenes". LXII Legislatura Cámara de Diputados. Año XVI, Número 3842-A. 21 de agosto de 2013, pp. 132-133. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/ago/20130821-A.pdf>

El 21 de agosto de 2013, el mismo día en que el dictamen fue presentado ante el Pleno de la Cámara de Diputados, se presentó un escrito suscrito por los Presidentes de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Transparencia y Anticorrupción, y Prácticas Parlamentarias en el que solicitaban se modificara esta previsión –entre otras– para establecer que sólo el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal pudiera interponer el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando las resoluciones del órgano garante pusieran en riesgo la seguridad nacional.⁹ El dictamen fue aprobado por mayoría en la Cámara de Diputados y devuelto al Senado para su aprobación.

El 20 de noviembre de 2013, el Senado aprobó el dictamen enviado por la Cámara de Diputados dejando la redacción sobre el recurso de revisión como facultad exclusiva del CJEF, no sin antes haberse generado un debate en el Pleno en el que uno de los puntos ante el que nuevamente se inconformaron algunos senadores fue precisamente el del recurso de revisión.

Posterior a su aprobación, el dictamen regresó a la Cámara de Diputados en donde fue aprobado y turnado a los Congresos locales para su aprobación. A pesar de que en la mayoría de las entidades la reforma pasó en los Congresos locales sin mayor discusión, en casos como el de Campeche, los disensos con la iniciativa de reforma se centraron en el recurso de revisión. Por ejemplo, en este Congreso se expresó la preocupación sobre la excepcionalidad a la definitividad de las resoluciones del INAI, como facultad exclusiva del Consejero Jurídico, pues dicho recurso se prestaría como un control del titular del Ejecutivo Federal para impedir que se conozca información acerca de su patrimonio a alguna otra que generara incomodidad.¹⁰

⁹ *Diario de los Debates*, LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año I, Periodo Extraordinario, 22 de agosto de 2013, pp. 12-15. Disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/ago/130822-1.pdf>

¹⁰ Manuel Jesús Zavala Salazar, Diputado independiente Congreso de Campeche. "Diario de Debates". LXI Legislatura Campeche. Primero periodo ordinario, Segundo año de Ejercicio Constitucional, 12 de diciembre de 2013, p. 3.

El 22 de enero de 2014, la iniciativa fue aprobada por 18 Congresos Locales,¹¹ y turnada al Ejecutivo Federal para su promulgación. La reforma constitucional en materia de transparencia fue finalmente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014.¹²

2.2 Argumentos en torno al recurso de revisión en el Congreso de la Unión

La inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante por los sujetos obligados y, en consecuencia, el recurso de revisión del CJEF ante la SCJN fue de los puntos más controversiales de la reforma y en los que se centraron gran parte de las discusiones tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado.

Los argumentos en contra del recurso de revisión provinieron principalmente de los legisladores del Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), de Movimiento Ciudadano (MC) y del Partido del Trabajo (PT), y se refirieron a tres aspectos: primero, al impacto que tendría el establecer este recurso de revisión sobre la naturaleza y alcances del órgano garante; segundo, a la amplitud con que se podría interpretar el concepto de seguridad nacional y su repercusión en el principio de máxima publicidad de la información y el derecho de acceso a la información; y tercero, la laxitud con que el procedimiento del recurso se encontraba definido en la Constitución.

Dentro de las posiciones de los legisladores sobre la naturaleza y alcances del órgano garante, destaca el relacionado con la idea de que se le restaba autonomía al órgano garante, en la medida en que sus resoluciones dejan de ser inatacables

¹¹ *Diario de los Debates*, LXII Legislatura Cámara de Diputados. Año I, sesión 2. 22 de enero de 2014, p. 52.

¹² "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014.

y definitivas, como se proponía en el primer dictamen del Senado de la República.¹³

Además, se argumentó que el recurso de revisión perpetuaba una visión patrimonialista de la información con respecto a la inatacabilidad de las resoluciones del órgano de transparencia y acceso a la información, pues "se privilegia la opacidad y la visión autoritaria de la información pública."¹⁴

Respecto al segundo argumento, relativo a la amplitud con que podría interpretarse el concepto de seguridad nacional, se expresó que exceptuar el recurso de revisión bajo esa categoría podría abrir un mundo de posibilidades para reservar información, con el peligro de que dicho recurso fuera utilizado discrecionalmente y puesto al servicio de los intereses privados de las autoridades.¹⁵

Por último, respecto a la laxitud con que fue definido el procedimiento del recurso de revisión, se argumentó que el periodo en que se pueda resolver un recurso de esta naturaleza ante la Suprema Corte, podría ampliarse lo suficiente como para que la solicitud de información se volviera caduca o inútil, pues no se garantizaría el derecho de acceso a la información adecuadamente.¹⁶

En este punto, la preocupación central se basaba en que no se especificaran tiempos para que la SCJN resolviera los recursos, y por tanto, que la información solicitada por los ciudadanos perdiera su relevancia o pertinencia.

¹³ Loretta Ortiz Ahlf, diputada de MORENA, *Diario de los Debates*, LXII Legislatura Cámara de Diputados. Año I, Periodo Extraordinario, 22 de agosto de 2013, p. 61.

¹⁴ Luisa María Alcalde Luján, Diputada de MC, *loc. cit.*, pp. 37-38.

¹⁵ Javier Corral Jurado, Senador del PAN. "Diario de los Debates" LXII Legislatura de la Cámara de Senadores. Año II, primer periodo ordinario, número 29. 20 de noviembre de 2013. p. 368.

¹⁶ Manuel Bartlett Díaz, Senador del PT, *loc. cit.*, p. 353.

El Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido Verde Ecologista de México (PVEM), la mayoría de los integrantes del Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD) aprobaron la inclusión de la facultad del Consejero del Ejecutivo Federal para interponer el recurso de revisión cuando se viera afectada la seguridad nacional.

Entre los argumentos a favor del recurso se encuentra: primero, el que se trate de un recurso extraordinario, cuyo objetivo –si fuera el de esconder información– resultaría contraproducente debido a la publicidad que recibiría tan solo el que el Consejero presentara el recurso ante la SCJN; y en segundo lugar, la idea de que el recurso abonaría a la construcción de equilibrios y contrapesos, necesarios también para los órganos autónomos que contribuyen al diseño constitucional y democrático del país.

De la siguiente manera se expresó el Diputado Belaunzarán Méndez:

(...) Por supuesto, también es correcto buscar que los órganos autónomos tengan equilibrios y contrapesos.

En una democracia nadie puede ser absoluto, nadie puede ser todopoderoso. Aun en esa extraordinaria, digo extraordinaria porque a algunos les preocupa que esto suceda, he dicho: pago por ver que eso suceda. Porque en un sistema en donde un órgano autónomo, con el poder que le hemos dado al IFAI, y el Poder Ejecutivo tengan una confrontación, una controversia, un diferendo y sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que dirima ese diferendo, esa diferencia entre el órgano autónomo y el Poder Ejecutivo, es un país en el que quiero vivir. Es un correcto esquema constitucional para una República democrática, que la Suprema Corte pueda hacer en ese dado caso que insisto, va a ser excepcional –quiero ver que suceda alguna vez– en ese caso va a ser –insisto– un país en donde nos podamos sentir orgullosos por ver esa discusión pública

en el máximo tribunal de la nación, entre el Poder Ejecutivo y un órgano autónomo fortalecido como el que estamos haciendo.¹⁷

3. Seguridad nacional y transparencia

La inclusión del recurso de revisión por razones de seguridad nacional en la reforma constitucional, y los debates derivados en el Congreso de la Unión son reflejo de las tensiones que existen entre los principios de máxima publicidad (transparencia) y de seguridad nacional.

Para Eduardo Guerrero Gutiérrez, esta tensión nace de la naturaleza y objetivos de ambos conceptos, ya que mientras la "transparencia extiende el universo de información gubernamental accesible a ciudadanos", la seguridad nacional "traza los límites de la información pública y busca restringir el acceso a varios segmentos de información gubernamental."¹⁸ Sin embargo, ambos principios son necesarios para el funcionamiento del Estado que, por un lado, tiene que hacer valer los derechos de los ciudadanos, tales como el acceso a la información; y por el otro, protegerse de quienes busquen debilitarlo.¹⁹

Ante el escenario en el que la divulgación de cierta información podría resultar dañina para la seguridad nacional, pero al mismo tiempo podría ser valiosa para la rendición de cuentas, la pregunta fundamental es dónde trazar la línea entre información pública e información reservada por motivos de seguridad nacional.²⁰

¹⁷ Fernando Belaunzarán Méndez, Diputado del PRD, *Diario de los Debates*, LXII Legislatura Cámara de Diputados. Año II, sesión 32, 26 de noviembre de 2013, p. 75.

¹⁸ Eduardo Guerrero Gutiérrez, *Transparencia y Seguridad Nacional*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, Ciudad de México, México, 2015, p. 13.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 8.

Algunas organizaciones no gubernamentales a nivel internacional han delineado una serie de criterios y parámetros para coadyuvar en la conciliación de ambos principios. Uno de los documentos más importantes son los Principios Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, redactados en 1995 por 36 expertos en la materia convocados por la organización ARTÍCULO 19 y el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios Legales Aplicados de la Universidad de Witwatersrand, en Johannesburgo.²¹ El objetivo de la declaración, que consta de 25 principios, es promover un reconocimiento claro del alcance limitado de las restricciones a la libertad de expresión y la libertad de información que pueden imponerse en el interés de la seguridad nacional.²²

A continuación se presentan algunos de estos principios relacionados con el acceso a la información pública y la seguridad nacional:²³

Cuadro 2.

Principio	Descripción
Principio 2	Una restricción legítima por motivos de seguridad nacional no puede serlo sin un propósito genuino y un efecto demostrable, o si busca proteger intereses no relacionados con la seguridad nacional, tales como: "proteger a un gobierno de una situación embarazosa o de la revelación de algún delito, o el de ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o el de afianzar una ideología en particular, o el de suprimir la conflictividad industrial." ²⁴
Principio 11	Todas las personas tienen derecho a obtener información pública, incluso la relacionada con la seguridad nacional. Solo podrá existir restricción a esta información cuando la autoridad demuestre que la reserva está prescrita por ley, y que sea necesaria para proteger un interés de seguridad nacional legítimo.

²¹ "Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información" Article 19. Serie de Estándares Internacionales. Londres. Noviembre de 1996. Disponible en: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1803/Johannesburg-Principles.Spa.pdf>

²² *Ibidem*, p. 21.

²³ *Ibidem*, pp. 4-9.

²⁴ *Ibidem*, p. 5.

Principio 12	El Estado no puede negar el acceso a toda a información relacionada con la seguridad nacional, sino que tendrá que especificar en una ley las categorías estrictas que serán reservadas por motivos de seguridad nacional.
Principio 13	El acceso a la información pública, y el interés que derive de ella debe ser una consideración primordial.
Principio 14	Si la autoridad niega información deberá hacerlo precisando las razones para ello, y se establecerá un procedimiento de revisión de la decisión por parte de una figura independiente.
Principio 17	Una vez que la información haya sido pública y/o puesta a disposición del público, no podrá reservarse.

Fuente: elaboración propia con base en "Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información" Article 19. Serie de Estándares Internacionales, Londres, noviembre de 1996 [Recurso en línea].

Adicionalmente, Eduardo Guerrero identifica dos criterios señalados por Gutman y Thompson indispensables para evitar la sobre clasificación de la información, particularmente la relacionada con la seguridad nacional: primero, la información motivo de reserva son los detalles operativos de los programas, pero no los programas en sí mismos; y segundo, no debe mantenerse oculto que existen detalles operativos "secretos"; es decir, debe buscarse una deliberación pública *ex ante*, sobre qué información y detalles deben de reservarse.²⁵

Finalmente, antes de su transformación en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI), el IFAI, emitió dos criterios relacionados a la información pública, y su relación con la seguridad nacional: el primero señala que los datos estadísticos no vulneran la capacidad de quienes realizan actividades de seguridad nacional y el segundo, que no se puede reservar información que ya se haya hecho pública con anterioridad.²⁶

²⁵ Eduardo Guerrero Gutiérrez, *Transparencia y Seguridad Nacional*, op. cit., p. 22-23.

²⁶ Ángel Trinidad Zaldívar, Panel 7: El Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional. Semana Nacional de la Transparencia 2015.

Estos criterios, como se verá más adelante, han formado parte de las argumentaciones y razonamientos del INAI al resolver recursos de revisión.

3.1 Marco normativo

El recurso de revisión en materia de seguridad nacional está previsto en el artículo 6o., fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución). Además, en la LGTAIP –publicada el 4 de mayo de 2015–, se define, por un lado, la reserva de la información así como los criterios para ello; y por otro lado, se describen los aspectos formales relacionados con el procedimiento de revisión.

El artículo 6o., fracción VIII de la Constitución señala que la Ley establecerá la información que se considere reservada o confidencial, y que las resoluciones del organismo garante serán inatacables, con la excepción del recurso de revisión que el CJEF podrá interponer ante la SCJN únicamente cuando considere que la resolución del organismo garante ponga en peligro la seguridad nacional.

Derivado de esta previsión, la LGTAIP señala que la información solo podrá ser clasificada como reservada excepcional y temporalmente cuando se afecte el interés público y la seguridad nacional (art. 4o.), y enumera las causas de reserva de la información, entre las que destaca aquella que "comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable" (art. 113). Además, establece que todas las causales de reserva deberán estar fundadas y motivadas a través de la aplicación de una prueba de daño (art. 114).

Finalmente, la LGTAIP contiene un apartado que regula el recurso de revisión en materia de seguridad nacional (arts. 189 al 193). Ahí se describen, si bien de manera general, los aspectos formales que se deben seguir para interponer el recurso ante la SCJN. Uno de ellos es que el recurso se interponga durante los

siete días siguientes al que el sujeto obligado fue notificado por el órgano garante. Además, se prevé que sea el CJEF el que señale, funde y motive las razones por las que se considera se pone en peligro la seguridad nacional, y que la Suprema Corte de Justicia resolverá con plenitud de jurisdicción, no procediendo el reenvío.

Otro marco normativo fundamental para el recurso de revisión es la Ley de Seguridad Nacional de 2008. En ella, se define el concepto de seguridad nacional, y se enumeran las amenazas y los motivos de reserva de la información relacionada a la misma.

La Ley de Seguridad Nacional (LSN) define a la seguridad nacional como aquellas "acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano" (art. 3o.) y enlista las amenazas de seguridad nacional, entre las que se encuentran: "actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; actos en contra de la seguridad de la aviación; y actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia"; entre otros (art. 5o.).

Si bien estos supuestos son, hasta cierto punto, específicos, en su artículo 51 la LSN establece los motivos generales de seguridad nacional por los cuales la información podría ser reservada: "aquella cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo útiles a la generación de inteligencia para la Seguridad Nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent; o aquella cuya revelación pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza".

El marco normativo que rige este recurso ha generado dudas entre expertos y miembros de la sociedad civil pues temen que al carecer de normas procedimentales específicas, no exista claridad y certeza en los tiempos y criterios con

los que éstos sean resueltos. Por ejemplo, académicos como Alejandro Madrazo han sugerido que se requiere que estos cumplan con los principios mínimos procesales, y que además la SCJN o el Congreso, doten de contenido y sentido al recurso con el objetivo de evitar que se convierta en un vehículo de discrecionalidad para bloquear el acceso a la información.²⁷

Además, Ángel Trinidad Zaldívar ha señalado que al ser la seguridad nacional un concepto en constante cambio debido a la redefinición de circunstancias tanto externas como internas se corre el riesgo de que se amplíe el catálogo de amenazas a la seguridad nacional, llegando al extremo de suponer que toda información cabría en ese supuesto; ello particularmente a partir de la interpretación que se le podría dar al artículo 51 de la LSN, pues contrario al artículo 3o., no enumera específicamente las razones de reserva de la información.²⁸

En conclusión, el recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la Suprema Corte, es un tema de trascendencia, y una herramienta necesaria para definir los parámetros nacionales entre dos principios en pugna: transparencia y seguridad nacional. En el siguiente capítulo profundizaremos en la revisión que aquella ha realizado ante la presentación de los primeros recursos de esta naturaleza y las definiciones sobre el tema.

4. Recursos de revisión presentados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y criterios relevantes adoptados

El CJEF ha presentado ante la SCJN cuatro recursos de revisión en materia de seguridad nacional. Uno de ellos nace de la solicitud de transparencia al Centro

²⁷ Alejandro Madrazo Lajous, Panel 7: El Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional. Semana Nacional de la Transparencia 2015.

²⁸ Ángel Trinidad Zaldívar, Panel 7: El Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional. Semana Nacional de la Transparencia 2015.

de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN) acerca del número de personas y dispositivos intervenidos durante el 2014. Los tres restantes tienen su origen en solicitudes dirigidas a la presidencia de la República relacionadas con información de bitácoras de los helicópteros y aviones de los que hace uso el Presidente de la República. Los cuatro recursos han sido ya discutidos y votados por el Pleno de la SCJN.²⁹

Como se puede observar en el cuadro 3, "Recursos Interpuestos por el CJEF ante la SCJN", la SCJN ha confirmado la resolución del INAI en una ocasión y, en tres ocasiones, revocado sus resoluciones del órgano autónomo. La resolución del Pleno de la SCJN que confirma la decisión del INAI se refiere al expediente 1/2016, en el que se solicitó se informara el número de personas y dispositivos intervenidos en 2014, mientras que las resoluciones que han revocado la decisión del INAI, reservando la información por considerar que podrían causar afectaciones a la seguridad nacional, han sido aquellas relacionadas con la solicitudes de información de las bitácoras de la flota área de la presidencia de la República (1/2015, 1/2017 y 2/2017).

²⁹ Para un resumen de cada uno de los cuatro recursos véase Anexo 1.

Cuadro 3. Recursos Interpuestos por el CJEF ante la SCJN

Expediente	Tema	Fecha resolución INAI	Resolución INAI	Fecha resolución SCJN	Ministro Ponente	Sentido de la resolución
RDA 0740/15 1/2015	Rutas de los aviones, y horarios de salida y llegada de aviones y helicópteros de toda la flota aérea a disposición de la Presidencia de la República durante el periodo de julio, agosto, septiembre y octubre de 2014.	15.07.15	Modifica la respuesta de Presidencia. Confirma la reserva de los datos de altura y velocidad de las aeronaves y de los helicópteros, e instruye se den a conocer de forma pública los lugares y horarios de salida y llegada de todo tipo de aeronaves; así como la ruta correspondiente a los aviones.	03.04.2017	Ministro Laynez Potisek	Se revoca la decisión del INAI y se reserva la información.
RDA 2149/16 1/2016	Personas y dispositivos intervenidos por el CISEN en 2014.	25.05.16	Modifica la respuesta de Presidencia. Instruye al sujeto obligado la entrega de la información solicitada.	05.12.2016	Ministro Cossío Díaz	Se confirma el sentido de la resolución del INAI.
RDA 4114/16 1/2017	Entrega de bitácoras de vuelo de cada uno de los viajes realizados durante 2015 y 2016 por los 9 aviones y 8 helicópteros que forman parte de la flota		Modifica la respuesta de Presidencia, declarando improcedente la reserva los datos relacionados con las millas náuticas; el número de pasajeros; la	10.05.2018	Ministra Luna Ramos	Se revoca la decisión del INAI y se reserva la información.

Expediente	Tema	Fecha resolución INAI	Resolución INAI	Fecha resolución SCJN	Ministro Ponente	Sentido de la resolución
	aérea asignada a la Presidencia de la República.	18.01.17	carga; el tiempo de vuelo y de aterrizaje; los lugares de origen y destino; las horas de salida y llegada; y las matrículas.			
RRA 4171/16 2/2017	Copia de las bitácoras de los vuelos de la flota aérea presidencial con las matrículas XC-UJN, XC-UJO, XC-IPP, XC-UJP, XC-IMF y XC-UTA . desde el 1 de enero de 2011 y hasta el momento de recibir la solicitud (5 de octubre de 2016). ¿Cuáles han sido las ciudades de origen y destino en México y en el extranjero, así como la lista de pasajeros de cada vuelo.	1.03.2017	Declara parcialmente fundado el recurso, solicitando al Estado Mayor Presidencial: a. Clasifique el nombre y firma de los miembros del Estado Mayor Presidencial contenidas en las bitácoras de vuelo como información confidencial; b. Declare la inexistencia de la listas de pasajeros; y c. Entregue las versiones públicas de las bitácoras sin que sean reservados los datos concernientes a: origen y destino de las aeronaves; horas de salida y de llegada; millas náuticas;	30.10.2017	Ministro Franco Salas	Se revoca la decisión del INAI y se reserva la información.

Expediente	Tema	Fecha resolución INAI	Resolución INAI	Fecha resolución SCJN	Ministro Ponente	Sentido de la resolución
			número de pasajeros; carga, tiempos de vuelo, aterrizaje y ciclos adicionales, o indicios en el apartado "Reportes de Tripulación".			

Fuente: elaboración propia con información de la SCJN e INAI.

Al ser este un recurso relativamente nuevo y sin una norma reglamentaria, las resoluciones y discusiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultan primordiales en la construcción de parámetros y bases para el desarrollo del derecho del acceso a la información, y están estrechamente relacionadas al principio de seguridad nacional en nuestro país.

Con la discusión y la resolución de los cuatro primeros recursos de esta naturaleza en el Pleno de la SCJN, se perfilan los criterios y características del recurso de revisión en materia de seguridad nacional. Si bien no ha existido un consenso absoluto en todas las cuestiones, es posible identificar algunos criterios con los que se definirán este tipo de recursos, y pueden agruparse en tres grandes temas: el marco normativo utilizado dentro de las resoluciones de la SCJN; la naturaleza y los alcances del recurso de revisión y sus implicaciones; y el análisis del fondo de los asuntos.

4.1 Marco Normativo

En los cuatro asuntos resueltos hasta este momento, los Ministros y Ministras se han referido fundamentalmente a:

- la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (fracción VIII del artículo 6o.);
- la Ley Federal de Transparencia e Información Acceso a la Información Pública Gubernamental (artículos 2o., 3o. fracción VI, 13 y 14),³⁰ y
- la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (artículo 113 sobre la reserva de la información, y el "Capítulo IV. Del Recurso de Revisión en materia de Seguridad Nacional", artículos 189 al 192); y
- la Ley de Seguridad Nacional (arts. 3o, 5o. y 51).

Asimismo, la resolución del expediente 1/2015, al referirse a las restricciones excepcionales del derecho de acceso a la información, cuyo propósito es el de salvaguardar otros bienes constitucionalmente tutelados como la seguridad nacional,³¹ se refiere a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la resolución de la SCJN de la contradicción de tesis 56/2011 sobre las restricciones al derecho a la información deben ser interpretadas restrictivamente.

Además, la resolución 1/2015, menciona marcos normativos adicionales como el Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y diversos lineamientos emitidos por el IFAI. Sin

³⁰ "La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, constituye el ordenamiento legal aplicable al asunto que se analiza porque bajo ese marco legal fue sustanciado el recurso de revisión 1/2015 del que deriva la resolución del INAI que es objeto de impugnación mediante el recurso de revisión en materia de seguridad nacional que por esta sentencia se resuelve." Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 36.

³¹ *Ibidem*, p. 46.

embargo, tanto en la sesión del Pleno en la que se discutió el expediente 1/2015, como en uno de los votos particulares fue cuestionada su pertinencia como fuentes normativas que deba tomar en cuenta la SCJN:

A pesar de que el Reglamento y los Lineamientos sean vinculantes para los sujetos obligados al momento de llevar a cabo la clasificación de una información, eso no significa que esta Suprema Corte deba resolver un caso en el que se plantea un conflicto entre un derecho fundamental y su límite –el derecho a la información frente a la seguridad nacional– con apoyo en lo que disponen esas dos fuentes infralegislativas. Como he señalado, al tratarse de un supuesto de colisión entre dos principios constitucionales, esta Suprema Corte debía resolver el caso a partir de lo que disponen las normas de rango constitucional y las leyes relevantes.³²

En ese sentido, para la interpretación del recurso de revisión se perfila un marco normativo centrado en, la LSN y la LGTAIP y el artículo 6o de la Constitución.

4.2. Naturaleza y alcance del recurso

La discusión, primordialmente del expediente 1/2015, permitió a los(as) Ministros(as) ahondar en la naturaleza y el alcance del recurso de revisión, resaltando las discusiones que contemplan ya como un recurso extraordinario con pocas normas procedimentales; si es un recurso de naturaleza constitucional o legal y sus implicaciones; y sobre la perspectiva desde la cual abordar la materia de seguridad nacional.

a. Recurso extraordinario con pocas normas procedimentales

Un tema recurrente relacionado con el recurso de revisión en materia de seguridad nacional desde las discusiones en el Congreso de la Unión, incluyendo las

³² *Ibidem*, p. 41.

opiniones de expertos y académicos en la materia, ha sido el de las pocas normas procedimentales del recurso, y la SCJN no ha sido la excepción en resaltar esta característica.

El Pleno de la SCJN ha señalado que la característica excepcional del recurso de revisión y las pocas normas procedimentales con que se regula el mismo, obliga a ir construyendo criterios y doctrina a través de las resoluciones de sus recursos.³³

Durante la primera exposición del recurso de revisión 1/2015 se señaló que en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública está desarrollado el recurso de manera muy clara, es un recurso muy sencillo y con pocas normas procedimentales,³⁴ y que se está construyendo tanto una visión como una doctrina alrededor de la naturaleza de este recurso.³⁵

Por otro lado, durante la discusión del mismo asunto, algunas intervenciones de los Ministros y las Ministras buscaron delinear las características procedimentales del recurso basándose en las características de un recurso de revisión ordinario, ahondando en temas como las partes del recurso, su *litis*, la dependencia jerárquica del INAI frente a la SCJN a efecto de la revisión del recurso; y la sustitución del revisado.³⁶

³³ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 3 de abril de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 12.

³⁴ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 28 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2017, p. 5.

³⁵ *Ibidem*, p. 21.

³⁶ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 30 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 de marzo de 2017, pp. 8-12.

Aunque la Constitución y la LGTAIP no definieron las normas procedimentales específicas para los recursos de revisión que presentara el CJEF ante la SCJN, el Alto Tribunal ha sido consistente en el trámite de los cuatro recursos presentados hasta el momento.

Tres características comunes del proceso que resultan relevantes destacar son: primero, que se ha concedido la suspensión de la resolución recurrida en tanto que la SCJN resuelve el asunto; segundo, que se ha dado vista al INAI para el envío de las constancias que integran el expediente; y tercero, que como terceros involucrados se han tenido tanto al sujeto obligado en posesión de la información, como al solicitante de la información.

b. Recurso constitucional o recurso de legalidad

Una de las reflexiones fundamentales en la resolución de la SCJN, y en las discusiones del Pleno, se ha centrado en definir si la naturaleza del recurso de revisión es constitucional o legal. Se han expresado diversas visiones al respecto que resulta importante exponer.

Existe una visión que considera al recurso como de naturaleza constitucional, resaltando que éste se encuentra definido en la CPEUM y que el recurso trata de la ponderación de un conflicto entre el derecho al acceso a la información y el principio de seguridad nacional. Así lo expresa el Ministro Arturo Zaldívar en su voto particular del recurso de revisión 1/2015:

(...) considero que este recurso debe entenderse como una vía en la que este Alto Tribunal tiene como mandato resolver una genuina cuestión de constitucionalidad, para lo cual puede examinar de una manera amplia el problema, incluso en algunos casos sin apegarse estrictamente a lo aducido en el escrito de revisión, pues no hay que perder de vista que lo que hay que resolver es un tema de constitucionalidad,

respecto del cual existe un desacuerdo interpretativo entre el INAI y el sujeto obligado.³⁷

Por otro lado, la visión compartida en las resoluciones de los expedientes 1/2015 y 2/2017 aprobadas por la mayoría, considera al recurso de revisión solamente como uno de legalidad, subrayando que el recurso no es una vía de control constitucional, sino que únicamente busca que el CJEF pruebe el daño que habría a la seguridad nacional si se cumpliera con la resolución del órgano garante.³⁸

La definición de la naturaleza del recurso es de vital importancia, pues impacta, como se verá a continuación, en los alcances y el estudio de fondo del recurso de revisión.

c. Alcance del recurso de revisión

La SCJN también abordó la cuestión del alcance y, consecuentemente, los parámetros que deberían de trazar la *litis* del recurso. Para ello, los argumentos se centraron en que el espíritu de la reforma constitucional y del recurso de revisión excepcional establecido en el artículo 6o. de la Constitución merecían realizar una evaluación restringida de los motivos de reserva, privilegiando el derecho al acceso a la información. No obstante, también se señaló que tanto el principio de máxima publicidad como el de seguridad nacional se encontraban resguardados por la Constitución, y por tanto, se debía evaluar la afectación a la seguridad nacional de la forma más amplia posible.

³⁷ Voto Particular Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea. Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 6.

³⁸ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 30 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 de marzo de 2017, p. 20.

La resolución del recurso 1/2015 aprobado por la mayoría, advierte que el recurso constituye un medio de defensa legal extraordinario o de carácter excepcional,³⁹ y, que por tanto, el recurso se limita al análisis de aquéllas determinaciones, ya sean de carácter sustantivo o adjetivo, que tengan como resultado la divulgación de cierta información que pueda poner en peligro la seguridad nacional, cuestión que será resuelta de manera definitiva y con plena jurisdicción.⁴⁰

Desde este punto de vista, solo debieran de revisarse los agravios señalados por el CJEF; evaluar si existe, en efecto, un daño a la seguridad nacional con la entrega de la información; y modificar o confirmar la resolución del órgano garante, para lo cual no procede el reenvío.

Por otro lado, durante la discusión del expediente 1/2015, y en algunos votos particulares de las Ministras y los Ministros, también se señaló que la Suprema Corte puede analizar cualquier apartado de la sentencia, es decir, incluyendo aspectos meramente procesales o de procedencia del recurso de revisión ante el INAI que vayan a tener siempre una incidencia o no en la seguridad nacional.⁴¹ Lo anterior implicaría, a su vez, que el estudio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fuera lo más amplio posible.⁴²

Las reflexiones del Alto Tribunal en cuanto al alcance del recurso de revisión en materia de transparencia y acceso a la información se han centrado en definir la *litis* de los recursos presentados por el CJEF y si el estudio de los mismos debe

³⁹ Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 33.

⁴⁰ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 28 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2017, p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, p. 20.

⁴² *Idem*.

limitarse a lo expuesto por el recurrente, o por el contrario, analizar ampliamente si la entrega de la información causaría un afectación a la seguridad nacional.

d. Seguridad Nacional

Respecto de la seguridad nacional han habido consensos en los artículos de la LSN que definen la seguridad nacional (art. 3o.), enumeran las amenazas a la seguridad nacional (art. 5o.), y señalan las causales de reserva de la información (51). Sin embargo, en las discusiones del Pleno se ha marcado una diferencia en la perspectiva desde la cual debe acercarse a la seguridad nacional.

Por un lado, la resolución del expediente 1/2015, así como algunos posicionamientos de las Ministras y los Ministros, consideran que la Suprema Corte no evalúa qué significa la seguridad nacional ni genera argumentos para reservar u otorgar la información, sino que se limita a analizar –a la luz de los agravios hechos valer– si fue correcta la resolución del INAI, relativa a la existencia o inexistencia de un daño presente, probable y específico a la seguridad nacional.⁴³ Desde esta perspectiva, se enfatiza el riesgo de convertir a la seguridad nacional en una restricción al derecho de acceso a la información, al ser un recurso de legalidad que promueve la autoridad para restringir un derecho humano.⁴⁴

Por otro lado, durante la discusión del mismo expediente, se enfatizó que la seguridad nacional no es una restricción general del derecho de acceso a la información, sino un límite legítimo que amerita se analice caso por caso, por lo que

⁴³ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 28 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2017, p. 13.

⁴⁴ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 3 de abril de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 22.

es necesario definir constitucionalmente las relaciones entre un derecho y su límite.⁴⁵

La divergencia fundamental en este punto se basa, entonces, en acercarse al recurso de revisión a partir de su concepción como un límite legítimo al acceso a la información; o bien, como una restricción a este derecho.

4.3 Análisis de los asuntos

Respecto al análisis del fondo de los asuntos presentados hasta este momento, dos aspectos han destacado: primero, la necesidad de analizar caso por caso los asuntos que se presentaron ante el Pleno; y segundo, ahondar en las características de la prueba de daño.

a. Necesidad de análisis casuístico

En el Pleno de la SCJN ha habido consenso unánime en cuanto a la necesidad de realizar análisis caso por caso, evitando la aplicación de criterios generales y tomando en cuenta el contexto en que se entrega la información.

Elo fue especialmente evidente durante la discusión del expediente sobre la solicitud del número de equipos y personas que habían sido intervenidos por el CISEN en 2014 (1/2016). Si bien el Pleno de la Corte confirmó la resolución del INAI en cuanto a instruir al sujeto obligado entregar la información requerida, también señaló, unánimemente, que el criterio con que había resuelto el INAI el recurso de revisión interpuesto por el particular no podría ser válido. El INAI resolvió el recurso basándose en un criterio del IFAI, que señalaba que la información

⁴⁵ Voto Particular Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 7.

estadística era de naturaleza pública, independientemente de la materia con la que se encontrara vinculada.⁴⁶

Durante la discusión en el Pleno, los Ministros y las Ministras coincidieron en que no puede ni debe hacerse una generalización del concepto de que toda información estadística es de naturaleza pública, independientemente de la materia con que se encuentre vinculada.⁴⁷

Relacionado a este punto, la SCJN también ha hecho notar que la entrega de la información en estos casos no debe de examinarse de manera aislada, sino que debe analizarse a la luz de teorías de interpretación constitucional como la del mosaico:

(...) a partir de la cual una información aparentemente inocua, sin mayor importancia o trascendencia, cuando se une a otro tipo de información resulta que puede desprenderse –de ahí– información relevante que comprometa la seguridad nacional, y esto –como ya se ha indicado, particularmente por el Ministro Medina Mora– requiere un análisis, caso por caso, en el cual se tenga que estudiar si, en la 28 hipótesis concreta, esa información numérica o estadística puede o no resultar en una afectación.⁴⁸

A partir de estos elementos, queda claro que los asuntos de este recurso que se resuelvan en el Pleno buscarán, más allá de generar criterios generales al respecto del fondo de los mismos, analizar cada asunto en su contexto y especificidades.

⁴⁶ Resolución 2149/16, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, 25 de mayo de 2016, p. 31.

⁴⁷ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 3 de abril de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 33.

⁴⁸ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 5 de diciembre de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2016, pp. 27-28.

b. Prueba de daño

Respecto de la prueba de daño, particularmente en la discusión del expediente 1/2015 referente a las bitácoras de vuelo de la flota aérea de uso de la Presidencia de la República, se señaló que el CJEF es quien debe explicitar la prueba de daño y ser específico en ello, debiendo identificar la forma en la que la información requerida pone en riesgo la seguridad nacional.⁴⁹

Por tanto, en la resolución de este asunto, se estimó que el CJEF presentó únicamente una prueba de daño general, y no una específica:

En el proyecto se relaciona –a continuación– la parte de la prueba de daño que ofrece la recurrente, y que –a juicio del proyecto– no ofrece una prueba concreta del daño para cada uno de los supuestos que formaron parte de la Litis. (...) Por lo tanto, esta prueba de daño no resulta –a mi juicio– óptima para acreditar un daño concreto.⁵⁰

En la discusión de este mismo asunto se expusieron dos criterios distintos para la realización de las pruebas de daño. Por un lado, la resolución del expediente 1/2015 establece, basándose en los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, que la prueba de daño debe de mostrar "un daño presente, probable y específico a la seguridad nacional".⁵¹

Asimismo, la resolución del expediente 1/2016, basada en lo establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (art. 104), señala que el sujeto obligado deberá justificar que hacer pública la información "repre-

⁴⁹ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 28 de marzo de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2017, pp. 8-9.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 13.

senta un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o la seguridad nacional", que el riesgo de daño sea mayor al interés público que traería consigo la publicación de la información; y que la limitación sea el medio menos restrictivo para evitar el daño.⁵²

Por otro lado, en el expediente 1/2015, uno de los votos particulares de los Ministros señala que al realizar un análisis de la prueba de daño, específicamente en el tema de seguridad nacional, tendría que hablarse más de un daño potencial: "(...) más que una prueba de daño, esta técnica consiste en condicionar la reserva de una información a una evaluación en la que se determine si existe un riesgo de daño ante la eventual entrega de la información".⁵³

Más allá de las diferencias entre estas dos perspectivas, se puede concluir que la especificidad y contundencia con las que el CJEF pueda demostrar un potencial daño a la seguridad nacional, resultan parte crucial para las decisiones del Pleno de la Corte, ya que si bien existen posiciones que pugnan por analizar el posible daño a la seguridad nacional más allá de los agravios presentados por el CJEF, también existe coincidencia en que es éste quien debe demostrar las afectaciones a la seguridad nacional a través de la prueba de daño.

5. Consideraciones finales

La reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia marcó una etapa importante en la consolidación del derecho de acceso a la información en nuestro país. Una de las cuestiones más relevantes que definió es el carácter vinculatorio,

⁵² Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2016, p. 5.

⁵³ Voto Particular Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea. Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 9.

inatacable y definitivo de sus resoluciones para todos los sujetos obligados, con la trascendental excepción del CJEF, el cual puede –únicamente cuando considere que se pone en riesgo la seguridad nacional– interponer un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Desde la discusión de esta excepción en el Poder Legislativo, y a lo largo de la discusión los asuntos presentados ante el Alto Tribunal, la constante tensión entre los principios del derecho al acceso a la información y el concepto de seguridad nacional, ambos reconocidos en la Constitución, ha sido evidente.

Las discusiones del Alto Tribunal reflejan las preocupaciones que teóricos a nivel internacional y nacional han expresado respecto del acceso a la información y la máxima publicidad y la seguridad nacional, ambos imprescindibles para el funcionamiento del Estado.

El reto se encuentra en trazar la línea que divide la información pública, de aquella que debe ser reservada por cuestiones de seguridad nacional, tarea que en tales recursos y en cierta medida, ha asumido la SCJN como máximo intérprete de los derechos humanos en nuestro país.

Lo anterior resulta de mayor relevancia si se toma en cuenta que el recurso de revisión en materia de seguridad nacional establecido en la reforma de transparencia, cuenta con pocas normas procedimentales, criterios, parámetros y plazos específicos para su resolución. En ese sentido, al interior del Pleno de la SCJN existen claras convergencias en torno a la necesidad de analizar caso por caso cada uno de los asuntos, y sobre el marco normativo que rige al recurso de revisión.

Por otro lado, en la discusión de los primeros asuntos han existido distintas aproximaciones a la naturaleza y alcance del recurso de revisión en materia de seguridad nacional, así como a las características de la prueba de daño. Discu-

siones y aproximaciones que irán robusteciendo y dando contenido al recurso en materia de seguridad nacional, y con ello, abonando a la construcción de una doctrina respecto del acceso a la información y la seguridad nacional en nuestro país.

ANEXO 1. RECURSOS DE REVISIÓN PRESENTADOS POR EL CONSEJERO JURÍDICO ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

a) Expediente 01/2016 – RDA 2149/16 (Intervención de comunicaciones)

El expediente 01/2016 se refiere a la resolución del INAI relacionada con una solicitud presentada al CISEN en la que se requería información respecto de las intervenciones de comunicaciones privadas realizadas en 2014. En los cinco incisos de la solicitud de información se pedía: a) el número de solicitudes de intervenciones comunicaciones privadas que realizó la autoridad judicial federal; b) el número de solicitudes de información de comunicaciones privadas fueron autorizadas y cuántas rechazadas; c) el fundamento legal sobre el cual se realizaron estas solicitudes; d) el número de personas o dispositivos que fueron intervenidos en sus comunicaciones privadas por parte del CISEN; y e) el número de ocasiones y fundamento legal en que se intervinieron comunicaciones privadas sin autorización judicial.⁵⁴

El CISEN entregó la información solicitada con excepción de la relacionada con el inciso d), referente al número de personas o dispositivos intervenidos durante 2014 argumentando motivos de seguridad nacional. El particular interpuso un recurso de revisión ante el INAI y el 25 de mayo de 2016 resolvió el expediente

⁵⁴ Resolución 2149/16. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, 25 de mayo de 2016, p. 1.

RDA 2149/16 por unanimidad, e instruyó al sujeto obligado entregar la información solicitada.

El argumento fundamental del proyecto de resolución del INAI para modificar la respuesta del CISEN se basó en el criterio 11/09 del Pleno del IFAI que establece: "La información estadística es de naturaleza pública, independientemente de la materia con la que se encuentre vinculada". Lo anterior se debe también a que, por definición, los datos estadísticos no se encuentran individualizados o personalizados a casos o situaciones específicas que pudieran llegar a justificar su clasificación".⁵⁵

Como consecuencia, el CJEF interpuso un recurso de revisión ante la SCJN, el cual fue admitido por el Alto Tribunal para formar y registrar el expediente; concedió la suspensión a la resolución recurrida en tanto la SCJN resolviera el asunto; dio vista al INAI para que enviara las constancias de la resolución impugnada; tuvo como terceros interesados al solicitante de la información y al sujeto obligado, dándoles vista para que hicieran sus manifestaciones; y turnó el expediente al Ministro Cossío Díaz.⁵⁶

El agravio expresado por el CJEF consistía en señalar que otorgar la información ponía en riesgo la seguridad nacional al "violiar la reserva de información relacionada con la intervención de comunicaciones privadas prevista en los artículos 37, 42, 47 y 48 de la Ley de Seguridad Nacional, y que vulneran los principios de supremacía constitucional, legalidad y seguridad jurídica".⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, p. 31

⁵⁶ Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2016, p. 7.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 9-10.

La SCJN resolvió, con 10 a votos a favor y un voto en contra,⁵⁸ confirmar la decisión del INAI –si bien con una precisión importante– basándose en los siguientes argumentos:⁵⁹

Primero, que la Ley de Seguridad Nacional establece: a), que "(...) los datos obtenidos de las actividades autorizadas mediante resolución será información reservada"⁶⁰ (Sección II); b), que "claramente es reservada toda la información derivada de la actividad de intervención, así como la información relacionada con hechos y situaciones específicas"⁶¹ (Sección IV); y los criterios de reserva de la información (artículo 51).

Con base en ello, se subraya que no toda la información relacionada con la intervención de comunicaciones privadas del CISEN debe ser reservada, aún más si se considera que la misma entidad proporcionó información de la materia al responder a otros incisos de la solicitud:

aun no siendo un elemento observable o expreso de las distintas fases del propio procedimiento establecido en la Ley de Seguridad Nacional, no se estaría haciendo pública información reservada relacionada con las actividades materiales, procesos, métodos o tecnologías utilizadas por el Centro, ni del producto o material de ejecución de una intervención, por lo que esta información no se encuentra dentro de lo que la Ley de Seguridad Nacional determina como reservado, aplicando específicamente sus artículos 37, 42, 47 y 48 que establecen la información que debe considerarse como reservada⁶²

Segundo, que considerando la necesidad de analizar caso por caso con el objetivo de evaluar cada pregunta concreta para determinar si la entrega parcial de la

⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 13-18.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁶¹ *Ibidem*, p. 17.

⁶² *Ibidem*, pp. 21-22.

información pudiera ayudar a la formación de patrones que vulneren la seguridad nacional, se determina que otorgar el dato numérico de las personas o dispositivos intervenidos, no cae en ese supuesto.

Además, la resolución aprobada por el Pleno de la SCJN cuestiona el criterio y argumentación utilizado por el órgano autónomo en la resolución del recurso de revisión por dos cuestiones fundamentales: primero, al señalar que se encuentra problemático que el INAI aplique un criterio por cuestiones relacionados con su vigencia (órgano y Ley abrogada); y segundo, al establecer que no puede hacerse una afirmación genérica sobre información estadística.⁶³

Con base en estas consideraciones la SCJN declaró procedente pero infundado el recurso de revisión en materia de seguridad nacional, confirmando el sentido de la resolución del INAI dictada en el recurso de revisión RDA 2149/16.

b) Expediente 01/2015 – RDA 0740/15 (Vuelos Presidencia de la República)

El expediente 01/2015 surge de una solicitud de información a la Presidencia de la República en la que se pide al Estado Mayor Presidencial (EMP) "*los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota aérea a disposición de la Presidencia de la República durante el periodo de julio, agosto, septiembre y octubre de este 2014. También el número y nombres de la tripulación y pasajeros...*".⁶⁴

El Estado Mayor puso a disposición del peticionario para consulta la información relativa a los planes de vuelo, itinerarios y pasajeros que viajaron con el Presidente durante sus giras, y reservó la información relacionada con el número y los nombre del personal del EMP argumentando que podría existir una afectación

⁶³ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁴ Resolución 0740/15. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. 7 de julio de 2015, *loc. cit.*, p. 1.

a la seguridad nacional al poner en riesgo las actividades tendientes a brindar seguridad al Presidente. En su respuesta, la Presidencia de la República realizó una prueba de daño especificando el daño presente, daño probable y daño específico que habría al revelar la información.

El peticionario presentó un recurso de revisión ante el INAI aceptando la reserva de los nombres y número de los integrantes del EMP, pero subrayando que no solicitó únicamente la información relativa a las giras del Presidente, sino de todas las actividades para las que se haya utilizado la flota área de la Presidencia de la República.

El recurso fue admitido por el INAI, y el sujeto obligado notificado; en su respuesta, la Presidencia de la República solicitó el sobreseimiento del recurso toda vez que había cumplimentado con el requerimiento del peticionario; modificó la modalidad de entrega de la información para que correspondiera con el formato solicitado por el peticionario. Además, informó que únicamente se elaboran listados de pasajeros del avión presidencial para las giras del Presidente, por lo que no cuentan con la información adicional; y finalmente hizo entrega de las versiones públicas de los planes de vuelo (omitiendo altura, velocidad de las aeronaves, rutas, origen, destino, horarios de salida y llegada, y nombres y firmas del EMP); y de las listas de pasajeros (nombres de integrantes del Estado Mayor Presidencial).

El INAI resolvió el recurso de revisión RDA 0740/15, aunque no por unanimidad,⁶⁵ confirmando la reserva de datos en los planes de vuelo relacionadas con la altura y la velocidad de las aeronaves y de los helicópteros, e instruyendo se den a conocer de forma pública los lugares y horarios de salida y llegada concretos de todo tipo de aeronaves; así como la ruta correspondiente a los aviones.

⁶⁵ *Ibidem.*

El argumento central utilizado por el INAI en esta resolución es que los datos que instruye se den a conocer no revelan información que pudiera coadyuvar en la formación de los patrones de vuelo de las aeronaves y helicópteros, y que por tanto no representan un riesgo para la seguridad nacional.

El CJEF presentó el recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la SCJN quien admitió a trámite el recurso; concedió la suspensión de la resolución recurrida en tanto la SCJN resuelve el recurso de revisión; llamó al solicitante de la información requerida y al sujeto obligado que la tiene bajo su resguardo como terceros interesados; y turnó al Ministro Laynez Potisek.⁶⁶

El proyecto de resolución a este recurso de revisión fue presentado por primera vez en la Sesión de Pleno del 28 de marzo; sin embargo, su discusión se prolongó por dos sesiones más, la del 30 de marzo y la del 3 de abril.

Los agravios señalados por el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal presentados a la SCJN señalaban que el recurso debió de haberse sobreseído; y que la información que el INAI instruyó se entregara ponía en riesgo la seguridad nacional al permitir la generación de patrones que den a conocer la ubicación en tiempo y espacio del Presidente así como de miembros que lo acompañan, afectando además las actividades de inteligencia y contrainteligencia del EMP.⁶⁷

Respecto de las cuestiones relacionadas con los agravios presentados por el CJEF, los argumentos de los Ministros se centraron en el análisis de la información que tendría que ser entregada al peticionario y su posible afectación a la seguridad nacional, particularmente a la seguridad física del Presidente de la

⁶⁶ Resolución expediente 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3 de abril de 2017, pp. 8-10.

⁶⁷ Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 28 de marzo de 2017, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2017, p. 8.

República, y a las actividades de inteligencia y contrainteligencia llevadas a cabo por el EMP.

La resolución de la SCJN consideró que el otorgar la información señalada en la resolución del INAI sí ponía en riesgo la seguridad nacional y por ello debía de reservarse en su totalidad, argumentando un posible daño futuro al permitir la generación de patrones en las actividades de inteligencia y contrainteligencia del EMP:

Este Tribunal considera que con la información de lugares y horas de salida y llegada de todo tipo de aeronaves, aún cuando se trate de datos relativos a un periodo de tiempo pasado, se daría cuenta, por un lado, de un rango aproximado de tiempo y lugar en el que se desarrollan las acciones de protección por parte del Estado Mayor Presidencial, tratándose de la gestión o manejo de las aeronaves y de la protección de sus pasajeros; y, por otro, se posibilitaría la generación de patrones de vuelo, puesto que se conocerían los aeropuertos y helipuertos concretos que regularmente utiliza el Estado Mayor Presidencial.⁶⁸

La resolución, aprobada por mayoría de votos, modifica la correspondiente del INAI considerando que la información debiera estar reservada por su posible afectación a la seguridad nacional.

c) Expediente, 01/2017 – RDA 4114/216 (Vuelos Presidencia de la República)

Este es el tercer recurso presentado por el CJEF ante la SCJN admitido a trámite en marzo de 2017. El recurso se origina luego una petición de información que solicitaba a la Presidencia de la República la totalidad de las "Bitácoras de cada uno de los viajes realizados durante 2015 y 2016 por los 9 aviones y 8 helicópteros

⁶⁸ Resolución expediente 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017, p. 55.

que forman parte de la flota aérea asignada a la Presidencia de la República⁶⁹. La Presidencia de la República respondió que entregaría al peticionario 4,711 fojas con versiones públicas de las bitácoras solicitadas, y que se reservaba la información relacionada con:

- a) El origen, destino, horas de salida y llegada, matrículas y rutas; y
- b) El nombre, matrícula y firmas del Estado Mayor Presidencial.

Para el peticionario, la reserva de la información resultó excesiva y presentó un recurso de revisión relacionado con el origen y destino; horas de salida y de llegada; y matrículas y rutas de la flota presidencial. El recurso de revisión fue admitido por el INAI, mediante expediente RDA 4114/16 y resuelto en la sesión de Pleno del 18 de enero de 2017.

El INAI resolvió por mayoría y con los votos disidentes de tres comisionados⁷⁰ modificar la respuesta de Presidencia, declarando improcedente la reserva los datos relacionados con las millas náuticas; el número de pasajeros; la carga; el tiempo de vuelo y de aterrizaje; los lugares de origen y destino; las horas de salida y llegada; y las matrículas. Lo anterior al considerar que éstos no podrían ser utilizados para generar patrones de vuelo y con ello afectar la seguridad nacional al disminuir la capacidad de reacción del EMP ante amenazas a la seguridad física del Presidente y sus acompañantes.

El CJEF presentó un recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la SCJN, mismo que fue admitido suspendiendo la resolución recurrida. El asunto fue presentado y resuelto por el Pleno de la SCJN el jueves 10 de mayo de 2018,

⁶⁹ "Resolución 4114/16". Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. 18 de enero de 2017.

⁷⁰ Con votos disidentes de la Comisionada Presidente, Ximena Puente de la Mora, y los Comisionados Rosendoevgoeni Monterrey Chepoc, y María Patricia Kurczyn Villalobos.

en términos similares al expediente 01/2015 y 02/2017, revocando la decisión del INAI y reservando la información. El proyecto de resolución fue aprobado por mayoría.

d) Expediente 02/2017 – RRA 4171/2016 (Vuelos Presidencia de la República)

Este ha sido el último recurso presentado por el CJEF ante la SCJN. El recurso nace de una solicitud de información del 5 de octubre de 2016 dirigida a la Oficina de la Presidencia, en la que una vez más, se requería información relacionada a las bitácoras de vuelo de los aeronaves de la Presidencia: "solicito copia de las bitácoras de vuelo de los siguientes aviones de la flota aérea presidencial, con las siguientes matrículas XC-UJN, XC-UJO, XC-IPP, XC-UJP, XC-IMF y XC-UTA. Desde el 1 de enero de 2011 hasta el momento de recibir esta solicitud. ¿cuáles han sido las ciudades de origen y destino en México y en el extranjero así como la lista de pasajeros de cada vuelo?"

La Oficina de la Presidencia respondió que se pondría a disposición las 2,207 fojas, con las versiones públicas de las bitácoras de vuelo, testando, por razones de seguridad nacional: a) el origen, destino, hora de salida y llegada y ruta de las aeronaves; y b) los nombres, matrículas, y firma de los integrantes del Estado Mayor Presidencial. Además, se estableció que la aeronave XC-IMF no formaba parte de la flotilla de la Presidencia, y se declararon inexistentes las listas de pasajeros para el resto de las aeronaves inexistentes.

El particular se inconformó con la respuesta del sujeto obligado considerando que no existían argumentos suficientes para clasificar la información. Por lo anterior, presentó un recurso de revisión ante el INAI, mismo que fue declarado procedente y discutido en el Pleno de dicho Instituto el 1 de marzo de 2017. Similar a lo que sucedió con los recursos relacionados anteriores, éste se aprobó por mayoría de votos y con los votos disidentes de un Comisionado y dos Comi-

sionadas.⁷¹ La resolución aprobada por INAI declara parcialmente fundada, solicitando al Estado Mayor Presidencial:

- A. Clasifique el nombre y firma de los miembros del Estado Mayor Presidencial contenidas en las bitácoras de vuelo como información confidencial;
- B. Declare la inexistencia de la listas de pasajeros; y
- C. Entregue las versiones públicas de las bitácoras sin que sean reservados los datos concernientes a: origen y destino de las aeronaves; horas de salida y de llegada; millas náuticas; número de pasajeros; carga, tiempos de vuelo, aterrizaje y ciclos adicionales, o indicios en el apartado "Reportes de Tripulación".

El asunto fue presentado y resuelto por el Pleno de la SCJN el lunes 30 de octubre de 2017, en términos similares al expediente 01/2015 y 01/2017, revocando la decisión del INAI y reservando la información. El proyecto de resolución fue aprobado por mayoría.

Fuentes

CERVANTES PÉREZ, Benjamín A. y LUNA Pla, Issa, "El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano", en CARBONELL, Miguel (ed.) *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Miguel Ángel Porrúa, 9a. ed., vol. V, Miguel Ángel Porrúa, México.

⁷¹ Comisionada Ximena Puente de la Mora, Comisionada María Patricia Kurczyn Villalobos y Comisionado Rosendoevgueni Monterrey Chepov.

PESCHARD, Jacqueline. "El régimen legal: disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias", Ponencia presentada en la mesa redonda *Transparencia y Rendición de Cuentas en la Reforma Energética* SUT-UNAM. 02 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.pued.unam.mx/archivos/mesas020516/JPM.pdf>

GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo. "Transparencia y Seguridad Nacional", Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, México, 2015.

Declaratoria de publicidad de dictámenes. LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año XVI, Número 3842-A, 21 de agosto de 2013.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014.

Diario de los Debates, LXII Legislatura Cámara de Diputados. Año I, Periodo Extraordinario, 22 de agosto de 2013.

Diario de los Debates, LXII Legislatura de la Cámara de Senadores. Año II, primer periodo ordinario, número 29, 20 de noviembre de 2013.

Diario de los Debates, LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año II, sesión 32, 26 de noviembre de 2013.

Diario de los Debates, LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año I, Periodo Extraordinario, 22 de agosto de 2013.

Diario de los Debates, LXII Legislatura Cámara de Diputados, Año I, sesión 2. 22 de enero de 2014.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; De Estudios Legislativos; De Gobernación; y De Anticorrupción y Participación Ciudadana en materia de Transparencia. LXII Legislatura Senado de la República, 19 de diciembre de 2012.

"Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información" Article 19. Serie de Estándares Internacionales, Londres, noviembre de 1996.

Madrazo Lajous, Alejandro, Panel 7: El Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional, Semana Nacional de la Transparencia 2015.

Manuel Jesús Zavala Salazar, Diputado independiente Congreso de Campeche. "Diario de Debates", LXI Legislatura Campeche. Primero periodo ordinario, Segundo año de Ejercicio Constitucional, 12 de diciembre de 2013.

Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de abril de 2017.

Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2016.

INAI

Resolución 0740/15 de 7 de julio de 2015.

Resolución 2149/16 de 25 de mayo de 2016.

Resolución 4114/16 de 18 de enero de 2017.

SEGOB, "Dictamen que reforma y adiciona los artículos 6o., 73, 76, 78, 89, 105, 108, 110, 111, 116 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia", *Diario Oficial de la Federación*, 07 de febrero de 2014.

TRINIDAD Zaldívar, Ángel. "Panel 7: El Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional". Semana Nacional de la Transparencia 2015.

Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, México, 5 de diciembre de 2016.

Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, México, 28 de marzo de 2017.

Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, México, 30 de marzo de 2017.

Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, México, 3 de abril de 2017.

Versión Taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, México, 10 de mayo de 2018.

JUECES Y LEVIATANES EN EL LABERINTO:
DIAGNÓSTICO DEL JUICIO DE AMPARO
CONTRA DESAPARICIÓN FORZADA
(*HABEAS CORPUS*) EN MÉXICO (2013-2018)*
*JUDGES AND LEVIATHANS IN THE LABYRINTH:
DIAGNOSE ON THE WRIT OF AMPARO AGAINST ENFORCED
DISAPPEARANCE (HABEAS CORPUS) IN MEXICO (2013-2018)*
Javier Yankelevich**

Dedicado a los Juzgados que deciden buscar.

Resumen

El juicio de amparo es lo más cercano en México al recurso judicial rápido, sencillo, accesible y eficaz al que las personas tenemos derecho según los tratados internacionales.

* Para la elaboración de este texto contraí deudas morales de diversa naturaleza: 1) por facilitar materiales o entrevistas, con el Instituto de Justicia Procesal Penal (en particular con Simón Hernández) con I(dh)eas, Litigio estratégico en Derechos Humanos A.C. (en particular con Verónica Berber y Ana Laura Velázquez), con el equipo del Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, con la Jueza Magdalena Hipólito y con la Unidad de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal; 2) por sus comentarios críticos, corrección y asesoría general, con Alejandra Martínez, Grisel Robles, Miguel Sarre, Alejandro Acevedo, Areli León, Yessica Díaz, Roberto Lara, Diana González y Camilo Saavedra (y con éste último por el apoyo en el procesamiento de los datos y creación de gráficos); 3) por su apoyo en la elaboración del grafo de redes, con Elena Jaloma.

** Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México. Contacto: nyankelevichw@mail.scjn.gob.mx

Desde sus orígenes, ha sido usado para moderar las violencias del Estado y, en 2013, su diseño fue ajustado para potenciarlo frente a casos de desaparición forzada al sumar a las obligaciones del juzgador la de emprender una búsqueda del posible desaparecido. El artículo diagnostica desde una perspectiva socio-jurídica al recurso, sus usos y resultados efectivos, para lo cual examina: 1) la importancia del juicio de amparo como pieza clave de la separación de poderes; 2) los problemas técnico-jurídicos específicos del amparo contra desaparición; 3) la distribución y difusión de su tramitación; 4) el rango de reacciones judiciales y sus limitaciones; 5) la jurisprudencia utilizada por los juzgadores y algunas actuaciones de la jerarquía judicial. Concluye con recomendaciones para potenciar el recurso en el marco de la crisis de derechos humanos que enfrenta México.

Palabras clave: Amparo, desaparición forzada, derechos humanos, *habeas corpus*, separación de poderes, México.

Abstract

The writ of amparo is the closest institution in Mexico to the simple, prompt and efficient judicial recourse which international conventions guarantee to everyone. Since its origins, it has been used to moderate State violence, and in 2013 its design was adjusted in order to strengthen it against enforced disappearance, as the Judge's duties were complemented with the obligation to search for the possibly disappeared person. This article diagnoses the recourse from a socio-legal perspective, assessing its uses and actual results. To this end, it examines: 1) the writ of amparo's importance as a crucial component of the separation of powers; 2) the legal and technical problems that arise when it is directed against enforced disappearances; 3) the distribution and dissemination of its activation; 4) the range of judiciary reactions and their limitations; 5) the precedents used by judges and some interventions by the judicial hierarchy. The article concludes with recommendations towards the improvement of the writ of amparo in the context of the human rights crisis that Mexico faces.

Keywords: Writ of amparo, enforced disappearance, human rights, *habeas corpus*, separation of powers, Mexico.

1. Introducción

A finales de 1983 fue creada en Argentina por el gobierno democrático entrante la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), con la encomienda de investigar las violaciones graves a derechos humanos perpetradas por la dictadura entonces saliente. Al término de sus trabajos presentó un informe, cuya versión resumida se publicó en 1984 bajo el título *Nunca más*, que dedica un capítulo entero a la actuación del Poder Judicial frente al secuestro, tortura, asesinato y desaparición de miles de personas a manos de agentes del Estado. En este primer ejercicio de juzgar a los Jueces, la sentencia de la CONADEP fue fulminante:

[...] millares de recursos tuvieron un diligenciamiento inútil, sin mérito alguno para el hallazgo y liberación de la víctima privada ilegalmente de su libertad. En realidad, debería decirse que el hábeas corpus careció en absoluto de vigencia conforme su finalidad, ya que la formalidad de su implementación funcionó en la práctica como la contracara de la desaparición.¹

La Comisión documentó infinidad de recursos de *habeas corpus* ineficaces, generalmente desechados por los juzgadores tras recibir respuesta de las autoridades en que se negaban los hechos.

Muchos años más tarde, en noviembre de 2017, un Tribunal en la provincia de Córdoba resolvió el "Juicio a los magistrados", en el que cuatro ex funcionarios judiciales enfrentaron la acusación de "abuso de autoridad, violación a los deberes de funcionario público, incumplimiento y encubrimiento". Dos de los acusados –un exfiscal y un ex Juez federal– recibieron sentencias condenatorias.²

¹ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más*, EUDEBA, Argentina, 1984, pp. 380-381.

² Adriana Meyer, "La causa de los magistrados", *Página12*, Derechos Humanos, Argentina, 6 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/42372-la-causa-de-los-magistrados> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018); y Giuliana Sordo, "Juicio a los Magistrados: primera condena en Córdoba a miembros

Tal vez llegue el día en que los mexicanos juzguemos la actuación de nuestros Jueces en el contexto de la salvaje crisis de derechos humanos que hoy enfrentamos, y bien haríamos en evitar que lo que la CONADEP concluyó del *habeas corpus* argentino pueda alguna vez predicarse de nuestro juicio de amparo.

En este artículo se presenta un diagnóstico del amparo contra desaparición de personas en México ("amparo buscador"),³ a partir de sus recientes reformas, el rango de resultados concretos y sus persistentes problemas de diseño, con tres finalidades: 1) invitar a los juzgadores a asumir un rol decidido en el combate a la desaparición forzada, proponiéndoles ejemplos y soluciones para problemas técnicos; 2) proporcionar incentivos y herramientas a las víctimas y a sus acompañantes legales para recurrir al Poder Judicial y argumentos jurídicos viables para sustentar sus pretensiones; y 3) contribuir a una creciente literatura socio-jurídica especializada en el papel del Poder Judicial frente a violaciones graves a derechos humanos, en particular la desaparición de personas.

2. Amparo y desaparición de personas

El amparo mexicano es una institución judicial de raigambre decimonónica, que combina las funciones de lo que en otros países puede conocerse separadamente

del Poder Judicial por delitos de lesa humanidad", *La primera piedra*, Buenos Aires, 8 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.laprimera piedra.com.ar/2017/11/juicio-a-los-magistrados-condena-lesa-humanidad/> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

³ En la jerga de los despachos legales en ocasiones se usa el apodo "amparo buscador" para referirse a un juicio de amparo indirecto promovido en contra de órdenes de aprehensión, en el que se señala como autoridades responsables a todos los Juzgados penales de la zona, de modo que el Juzgado de amparo les pregunte si han dictado tal orden y el quejoso, gracias a ello, averigüe si de hecho existe alguna en su contra (de ahí el sobrenombre "buscador"). Para evitar cualquier confusión cabe aclarar que, en el marco de este artículo no volveremos a referirnos a ese tipo de amparos: siempre que el lector encuentre la fórmula "amparo buscador" será en referencia a amparos promovidos a nombre de una persona que, se afirma, está desaparecida, en los que el acto reclamado es "desaparición forzada de personas" (aunque puede no ser el único), y cuyo efecto esperado es, mínimamente, la búsqueda y localización del quejoso (o quejosos) y, eventualmente, su liberación. Agradezco a Alejandro Acevedo por señalarme esta polisemia.

como casación, impugnación de leyes inconstitucionales, jurisdicción contenciosa-administrativa y *habeas corpus*.⁴

Hoy en día, en respuesta a una demanda de amparo, los juzgadores federales pueden obligar casi a cualquier autoridad (incluidas jurisdiccionales y hasta particulares en ciertos supuestos) a hacer algo a lo que está obligada, o a dejar de hacer algo que tiene prohibido (o a ni siquiera intentarlo). Esto implica que las pretensiones y acciones de todo tipo de agentes que ostentan poder público pueden encontrar un freno en los Juzgados y Tribunales federales, que cumplen en este sentido una función de contrapeso y materializan una parte crucial del diseño de separación de poderes en México.⁵

La idea de incorporar la separación de poderes al diseño del Estado es de larga data y en su fundamento tiene la protección de los ciudadanos frente a los abusos de poder. Una de sus premisas es la desigualdad fundante entre Estado y súbditos, notablemente en lo que toca a las capacidades coactivas del primero. La desaparición forzada, en la que recursos del Estado especializados en la coacción son empleados de forma ilegal con fines violentos, es un prototipo de abuso de poder público en el que las víctimas sufren violencia extrema a manos de las agencias que están formalmente a cargo de prevenir y castigar (entre otras cosas) la violencia extrema.

La desaparición forzada, si bien el nombre se le asignó más tarde al fenómeno, es uno de los escenarios de terror que los arquitectos de la separación de poderes tenían en mente cuando pensaron que el poder debía fracturarse de modo tal

⁴ Héctor Fix-Zamudio, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993, p. 20. [Recurso en línea].

⁵ Véase Jorge Ulises Carmona Tinoco, "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista latinoamericana de Derecho*, año IV, núm. 7-8, ene-dic. 2007, pp. 175-211.

que el duelo de leviatanes fuera la salvación del ciudadano. En 1843, por ejemplo, Mariano Otero –al que se tiene por uno de los artífices del amparo mexicano (a la fecha al principio de relatividad de las sentencias de amparo se le llama "Fórmula Otero")–, padeció un encarcelamiento arbitrario e incomunicación tras la disolución del Congreso Constituyente en el que desempeñó un papel protagónico.⁶

Los agentes del Estado que albergan pretensiones de ejercer formas extremas de violencia saben que sus planes (impunidad incluida) pueden verse frustrados por la activación del sistema de pesos y contrapesos, y la desaparición forzada puede verse como una técnica que reacciona a esto (si no hubiera contrapesos institucionales o sociales capaces de buscar, tampoco habría quién se tomara la molestia de ocultar). Lo que el desaparecedor consigue al esconder exitosamente a la víctima es neutralizar todo el rango de resistencias que podrían alzarse para rescatarla (y para castigarlo). Este rango incluye (si bien no se limita) a la búsqueda que emprenden los allegados del desaparecido y, también, a la reacción del Juez de amparo, incentivada usualmente por la demanda de los primeros. Es a esta característica de la desaparición a la que se refiere la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas cuando incluye en su definición de desaparición "sustrayendo [a la víctima] de la protección de la ley": un leviatán rompe sus cadenas constitucionales y esconde a sus rehenes para que nadie pueda arrebatárselos.

Hay distintas formas de desactivar el potencial de los Juzgados para ubicar y rescatar los cuerpos cautivos. La última dictadura en Argentina purgó a nivel macro al Poder Judicial tras el golpe de Estado que la llevó al poder, desapareció a litigantes y defensores de oficio que interponían los *habeas corpus*, y hasta

⁶ Melissa Boyd, "The political career and ideology of Mariano Otero, Mexican politician (1817-1850)", tesis doctoral, University of St. Andrews, 2012, pp. 59-62. [Recurso en línea].

reformó el recurso para terminar de anularlo.⁷ Para el día a día generó un sistema clandestino de detención y encarcelamiento e instruyó a policías y soldados para que respondieran a las solicitudes de los Jueces negando siempre todo. Los militares argentinos rediseñaron formalmente al Estado para debilitar los contrapesos institucionales y terminaron por neutralizarlos sobre la base de la simulación y el terror.⁸

En el México actual las reformas del Estado y las recientes condiciones de pluralidad política han tendido a profundizar el diseño de la separación de poderes y su vigencia,⁹ lo que en general ha redundado en un fortalecimiento del Poder Judicial.¹⁰ En el tema que concretamente nos ocupa, la más reciente reforma a la Ley de Amparo (2013) dio mayores obligaciones y atribuciones a los Jueces de Distrito para reaccionar ante demandas de amparo por desaparición forzada. La modificación más relevante se encuentra en el artículo 15, análogo a los artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo abrogada. El siguiente cuadro compara ambos textos, resaltando cambios e incorporaciones:

⁷ Luis Niño, "Dictadura y justicia: El Poder Judicial argentino durante los regímenes militares y en la transición", en Alberto Filippi y Luis Niño (dirs.), *De las dictaduras a las democracias: experiencias institucionales comparadas: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina (1964-2014)*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 2014, pp. 133-138. [Recurso en línea].

⁸ Eugenio Félix Gallina interpuso una denuncia por el secuestro de su hija Silvia Beatriz, perpetrado el 12 de noviembre de 1976, y también un recurso de *habeas corpus*. Un Magistrado descubrió en su investigación que el operativo había sido realizado por el Ejército. El 24 de febrero de 1977, Gallina, sus otros dos hijos y su nuera fueron desaparecidos: "no quedó nadie para llevar adelante la causa judicial donde se documentaba la responsabilidad del Ejército en la detención de Silvia Beatriz." CONADEP, *op. cit.*, p. 316.

⁹ "La democratización de México no se acompañó de cambio constitucional. Más bien involucró la activación de elementos claves de la Constitución de 1917 (formalmente democrática pero débilmente cumplida). El cumplimiento más estricto de normas electorales, junto con un incremento de la competencia electoral, puso un fin a la dominación presidencial de facto y empoderó al Congreso, el Poder Judicial, los gobiernos estatales y otras instituciones, con lo cual se acercó al régimen mucho más al diseño de la Constitución de 1917. En gran parte, entonces, la democratización de México se dio por la vía de la activación constitucional más que del cambio constitucional". Steven Levitsky y María V. Murillo, "Building Institutions on Weak Foundations", *Journal of Democracy*, vol. 24, núm. 2, 2013, p. 103. La traducción es mía.

¹⁰ Rogelio Pérez Perdomo, *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, UNAM-IJ, México, 2013, pp. 103-135. [Recurso en línea].

Cuadro 1. Comparación entre artículos de la Ley de Amparo abrogada y la vigente	
Artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo abrogada en 2013	Artículo 15 de la Ley de Amparo en vigor desde 2013
<p>Artículo 17. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.</p> <p>En este caso, el Juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado,</p> <p>y, habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica se tramitará el juicio; si no la ratifica se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubiesen dictado.</p> <p>Artículo 18. En el caso previsto por el artículo anterior, si a pesar de las medidas tomadas por el Juez no se hubiere podido lograr la comparecencia del agraviado, la autoridad que conozca del juicio de amparo, después de que se haya resuelto sobre la suspensión definitiva, mandará suspender el procedimiento en lo principal y consignará los hechos al Ministerio Público.</p>	<p>Artículo 15. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.</p> <p>En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.</p> <p>Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si éste la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.</p> <p>Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Procurador General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.</p>

<p>Transcurrido un año sin que nadie se apersonase en el juicio en representación legal del agraviado, se tendrá por no interpuesta la demanda.</p>	<p>Transcurrido un año sin que nadie se apersonase en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.</p> <p>Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el Juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.</p>
---	---

Como se observa en el cuadro 1, la modificación más llamativa es la adición de un párrafo al final del artículo 15 relativo a la búsqueda judicial en casos de posible desaparición forzada: el Juez no sólo debe intentar que la víctima comparezca (y, si falla, dejar de encargarse del tema), sino que está obligado a hacerse activamente de información, sea buscando por su cuenta, solicitándola a las autoridades u ordenándoles que busquen. A esto se le conoce a veces como "búsqueda y localización", pero en el resto de este artículo seguiremos usando el concepto "búsqueda judicial" para enfatizar que los juzgadores son los responsables de llevarla adelante.

Las incorporaciones que comentamos se dieron en el marco de recomendaciones internacionales, pues en marzo de 2011 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de la Organización de Naciones Unidas (ONU) realizó una visita a México que culminó con un informe en el que, entre otras

cosas, se comentan los problemas del amparo para combatir la desaparición y se presentan sugerencias para subsanarlos:

36. [E]l juicio de amparo [...] ha resultado ser insuficiente debido a la interpretación de los artículos 17 y 117 de la Ley de Amparo. Muchos Jueces de amparo solicitan a los quejosos que identifiquen a la autoridad responsable [...] cuando en casos de desaparición forzada la identidad del perpetrador es muchas veces desconocida. Además, [...] requieren a los familiares identificar el lugar donde se encuentra la persona detenida y la ratificación de la demanda de amparo por la víctima directa, requisitos de cumplimiento imposible en el caso de desapariciones forzadas. [...]. El Grupo de Trabajo recomienda la adopción de una nueva ley en materia de amparo de acuerdo al reformado marco constitucional [2011]. La nueva legislación de amparo debe responder adecuadamente a la peculiaridad de la desaparición forzada de personas, albergar una concepción amplia de víctima, garantizar un rol activo por parte del juzgador y no establecer exigencias gravosas sobre las circunstancias bajo análisis, tales como la identificación del lugar de la detención, la determinación de la autoridad responsable y la ratificación de la demanda de amparo por la víctima directa.¹¹

Más adelante veremos que los obstáculos señalados en ese documento continúan vigentes en la práctica judicial. Por lo pronto, y antes de terminar este apartado, observemos que el juicio de amparo mexicano tiene muchas funciones y, por tanto, también múltiples conexiones con la problemática de la desaparición de personas (no únicamente a manos de agentes del Estado). Si bien este artículo es insuficiente para explorarlas todas y nos centraremos en la vertiente *habeas corpus* ("amparo buscador"), cabe al menos dejarlas mencionadas para orientar futuras investigaciones.

En total son ocho las pretensiones relacionadas con la desaparición de personas que los amparistas han llevado frente a Juzgados Constitucionales –y esto con diversos grados de éxito–. La primera, se dijo ya, es la búsqueda judicial de las

¹¹ Grupo de trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Informe de misión a México*, ONU, México, 2012. [Recurso en línea].

personas desaparecidas; la segunda es la de exentar a empresas en el estado de Coahuila de pagar a los familiares de sus empleados desaparecidos el salario y prestaciones que corresponderían a los ausentes;¹² la tercera es dar acceso a las víctimas indirectas (familiares de desaparecidos) a las carpetas de investigación ministerial;¹³ la cuarta, presionar a las autoridades para que investiguen los delitos y busquen a las víctimas;¹⁴ la quinta, impulsar¹⁵ o dilatar procesos penales en contra de presuntos desaparecedores,¹⁶ así como combatir sentencias

¹² Obligación contenida en el artículo 14 de la Ley para la declaración de ausencia por desaparición de personas del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada en el *Periódico Oficial*, Tomo CXXI, núm. 40, Saltillo, Coahuila, 20 de mayo de 2014. [Recurso en línea]. Véase como ejemplo el amparo promovido por una empresa en contra de la orden que recibieron de un Juez civil de pagar el salario de un empleado desaparecido a sus familiares. Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 885/2015 del Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Coahuila, de 16 de junio de 2016.

¹³ Véase Sentencia del Amparo en Revisión 382/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 2 de marzo de 2016, como ejemplo. El amparo fue promovido por las salvadoreñas Bertila Parada y Alma Yesenia Realegeño contra la decisión de la Procuraduría General de la República de no mostrarles el expediente ministerial de las fosas de San Fernando (Tamaulipas), en las que se encontraban los cuerpos de sus familiares desaparecidos. El caso fue acompañado por la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, A.C., y un balance del mismo puede leerse en César Contreras León, "Sentencias que no se cumplen: el derecho de papel y la justicia que no llega", *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, 18 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6904>

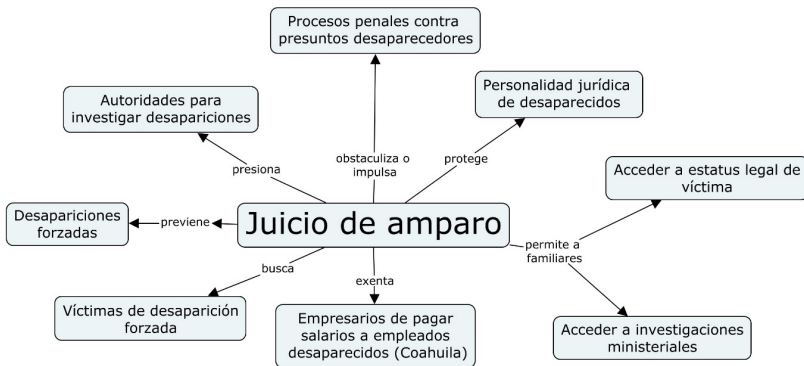
¹⁴ Véase Sentencia de amparo indirecto 1369/2015 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Durango, de 29 de abril de 2009, como ejemplo. El amparo fue promovido por la madre de los hermanos Esparza, desaparecidos en 2009 en Cuencamé, Durango, en contra de la inacción del Ministerio Público.

¹⁵ Un ejemplo de amparos de impulso al proceso penal es el que interpuso el Centro de Derechos Humanos de las Mujeres (CEDHEM) para combatir la resolución judicial de no dictar orden de aprehensión en contra del Coronel Elfégo José Luján Ruiz en 2014.

¹⁶ Ejemplos de amparos con los que se pretende obstaculizar un proceso penal por desaparición los aporta toda la secuencia interpuesta por el sargento José Bravo Rodríguez, participe en la desaparición de un hombre en Coatzacoalcos en 2010, y condenado por esos hechos en 2017. Félix Francisco Garza Martínez, su representante legal, apeló el auto de formal prisión dictado el 13 de marzo de 2013 por el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz y, al confirmarse éste por el Primer Tribunal Unitario del Décimo Circuito, se amparó ante el Segundo Tribunal Unitario del Décimo Circuito (amparo indirecto 48/2013). A resultas del amparo, el Juzgado de origen tuvo que anular su auto de formal prisión original, pero dictó uno nuevo y el Segundo Tribunal Unitario dio la sentencia por cumplida. Ante esto, la defensa interpuso los recursos de inconformidad 16/2014 y 17/2014 (del índice del Tribunal Colegiado en Materias Penal y del Trabajo del Décimo Circuito), que fueron declarados sin materia e infundados respectivamente, de modo que el defensor decidió tramitar un segundo amparo (Segundo Tribunal Unitario del Décimo Circuito, amparo indirecto 64/2014), en el que el Magistrado sobreseyó fuera de audiencia. Contra esa resolución la defensa interpuso una revisión (Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Circuito, Amparo en Revisión 142/2015), que confirmó el sobreseimiento el 30 de abril de 2015. Para ese momento, Bravo llevaba más de dos años en prisión preventiva, que cumplía (y seguiría cumpliendo) en instalaciones militares (Prisión Militar adscrita a la Primera Región Militar, ubicada en el Campo Militar Número 1-A, Ciudad de México); y apenas se había conseguido tener en firme el auto de formal prisión en su contra. Su sentencia penal fue dictada el 28 de abril de 2017, es

condenatorias;¹⁷ la sexta, proteger la personalidad jurídica de desaparecidos en juicios civiles;¹⁸ la séptima, la obtención de la calidad jurídica de víctima para los familiares;¹⁹ y la octava, la prevención de desapariciones forzadas.^{20 21}

Gráfico 1. Pretensiones vinculadas con la desaparición de personas que las personas han llevado ante Juzgados de amparo



Fuente: Elaboración propia con CmapTools.

decir, 1500 días después del auto de formal prisión, que se computaron en contra de la pena de cinco años de cárcel a la que se lo condenó, restándole sólo 270 días para purgar en una prisión civil.

¹⁷ Como ejemplo de amparos para combatir resoluciones penales por desaparición puede revisarse el que fue promovido por José Julián Juárez (Teniente coronel al que se encontró culpable de la desaparición forzada de José Alonso Herrera Andrade en hechos de 2009) en contra de la sentencia que lo condenaba a pasar cinco años en prisión. Sentencia del Amparo Directo en Revisión 3165/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 8 de marzo de 2017.

¹⁸ Véase, como ejemplo de amparos en defensa de la personalidad jurídica, el que promovió el padre de Francisco León, desaparecido desde 2007, para que un Juzgado civil lo considerara representante de su hijo en un juicio hipotecario. Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 1627/2013 del Juzgado Segundo de Distrito en La Laguna, de 15 de agosto de 2014.

¹⁹ También el amparo de Bertila Parada y Alma Realegeño, referido en una nota anterior, ejemplifica este uso. Véase Sentencia del Amparo en Revisión 382/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 2 de marzo de 2016.

²⁰ Es el caso de un amparo interpuesto en contra de "La orden de APREHENSIÓN y/o ESENTACIÓN, IN-COMUNICACIÓN Y DESAPARICIÓN, así como la ejecución que pretenden darle, en contra de mi persona, con la finalidad de someterle (sic) a actos de tortura y confinarme en aislamiento, todo para obligarme a que me declare culpable de actos delictivos que no he cometido [sic]". Sentencia del Amparo Indirecto 890/2012 del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, de 21 de octubre de 2012.

²¹ Una descripción más amplia de esta diversidad de pretensiones de los amparistas, así como de resultados concretos, puede encontrarse en Javier Yankelevich, "Poder Judicial y desaparición de personas en México", en Javier Yankelevich (coord.), *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México*, CEC-SCJN, México, 2017, pp. 148-163. [Recurso en línea].

3. Consideraciones metodológicas

Antes de explorar aparos buscadores interpuestos en los últimos años (2013-2018), cabe introducir varias consideraciones sobre las principales fuentes utilizadas, las dificultades asociadas a su estudio y los mecanismos de acceso a las mismas.

La primera de las fuentes de las que se nutre este artículo es una base de datos generada por la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal en respuesta a la solicitud de información 320000071418,²² en la que se le pidió un listado con todos los juicios de amparo en los que al menos uno de los actos reclamados²³ fuese "desaparición forzada de personas". Esta fuente contiene 950 registros correspondientes a demandas interpuestas entre el 14 de abril de 2013 y el 16 de febrero de 2018 en todos los Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios del país, y datos muy generales sobre el proceso que siguió cada uno.²⁴ Las descripciones globales sobre las reacciones judiciales

²² Las respuestas a solicitudes de información pueden ser consultadas libremente vía <https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/moduloPublico/moduloPublico.action>

²³ En la demanda de amparo hay que especificar quién demanda, a qué autoridad, qué hizo ésta, qué derechos del primero viola y explicar por qué. Al tercer componente, "qué hizo la autoridad", se le conoce como "actos reclamados". El amparo buscador es aquel en el que una persona, a nombre del desaparecido, acusa frente a un Juez a una o más autoridades de realizar una desaparición forzada, explicando que tal conducta es violatoria de los derechos de la víctima (por ejemplo, de su "derecho a no ser víctima de una desaparición forzada", consagrado en el artículo primero de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). Esta acusación puede presentarse por escrito (en papel o por internet) y tener todo el formato requerido por la Ley de Amparo o, por tratarse de una desaparición, puede hacerse oralmente frente al personal del Juzgado y sin mayores formalidades.

²⁴ Es importante entender que la información que sistematiza la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal está especializada en gestión y es, en ese sentido, limitada para estudios como el presente. La base de datos es una fuente importante, pero por desgracia no incluye información capaz de describir buena parte de las actuaciones judiciales frente a la desaparición forzada, incluida la búsqueda judicial. Según parece, no hay disponible información al respecto con un grado de sistematicidad y homogeneidad comparable al de la base de datos.

emanan de esta fuente, y nos referiremos a ella como Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada (o sólo "base de datos").

La segunda fuente de información es una muestra de 32 resoluciones de amparo en las que el acto reclamado (inicialmente o tras la reclasificación del Juzgado) fue desaparición forzada (aunque, como en el caso anterior, pudo no ser lo único reclamado). Estos documentos fueron sometidos a un análisis mucho más detallado que el que la base de datos posibilita.

Como veremos más adelante, las demandas de amparo por desaparición forzada en las que el Juez no encuentra al desaparecido suelen ser congeladas o desechadas, por lo que (casi) no hay resoluciones sobre esos casos y, por tanto, quedaron casi enteramente fuera de nuestra muestra; algo semejante ocurre con los asuntos en trámite, pues aún no hay resolución (y tal vez nunca la haya). En esta situación se encuentran casos tanto de intensa búsqueda judicial como de completa inacción, para cuya descripción (necesariamente menos sistemática) nos serviremos de una tercera fuente: entrevistas con juzgadores y litigantes, y unos pocos documentos proporcionados por estos últimos.

Todos los documentos, nombres propios (sin excepción), fechas, fragmentos de declaraciones y en general la información que se presenta en este estudio fue obtenida de fuentes públicas (leyes, versiones públicas de sentencias, acuerdos y autos,²⁵ prensa, buscadores jurisprudenciales) que cualquier persona puede

²⁵ El Consejo de la Judicatura Federal administra una base de datos denominada Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE). El acceso completo a este sistema de consulta está reservado para juzgadores y ciertos funcionarios judiciales, mientras que el público en general puede consultar libremente una versión parcial a través del buscador "Consulta de Sentencias de Órganos Jurisdiccionales" (disponible en: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>). Esta segunda versión del SISE permite realizar dos tipos de búsquedas: "búsqueda por expediente" y "búsqueda por tema". En el primer caso, el usuario debe introducir los datos que individualizan al expediente (Circuito Judicial, Órgano Jurisdiccional, tipo de expediente y número de expediente), y el sistema abre una pantalla que contiene: *i*) datos generales del expediente en celdas; *ii*) vínculos a los Autos; *iii*) vínculo a la versión pública de la resolución (si hay alguna). En el segundo caso,

consultar en internet u obtener, como hice yo, mediante solicitudes de información dirigidas al Consejo de la Judicatura Federal vía la "Plataforma Nacional de Transparencia". La única excepción son las entrevistas en las que recibí relatos de búsqueda judicial y experiencias de litigantes, y el texto de una demanda de amparo y de dos quejas que me fueron facilitados por un abogado. Estas últimas fuentes fueron usadas para complementar a las primeras, y he sido escrupuloso en la exclusión de los datos personales que contenían. Todo lo anterior implica que el análisis, en esencia, es reproducible por cualquier persona con acceso a internet en cualquier parte del mundo.

Por último, las desapariciones son preguntas que regularmente quedan sin respuesta. Si bien no es fácil pensar en términos sociológicos sobre la desaparición

"búsqueda por tema", el usuario introduce "voces" (por ejemplo, "desaparición" o "desaparición forzada"), el sistema busca esos parámetros solo en un campo de la base de datos, "Resumen", y entrega un listado de los expedientes que los satisfacen con vínculos a sus respectivas sentencias. El campo "resumen" es una brevísima descripción de la resolución que realiza el personal de los Juzgados cuando la carga al sistema, y no hay criterios uniformes para hacerla: cada operador decide qué es lo que anota siguiendo su criterio. Por ejemplo, en la sentencia del Amparo en Revisión 40/2015 del índice del Tribunal Colegiado del Vigésimo Octavo Circuito, el resumen dice únicamente "Inexistencia del acto reclamado, desaparición forzada", mientras que en la sentencia del Amparo Indirecto 1035/2015 del Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato el campo "resumen" dice "Se acreditó la desaparición forzada del quejoso por parte de elementos del Ejército mexicano, por lo que se concedió la protección constitucional a fin de que se localice al quejoso, se investiguen los hechos delictivos, se proteja a las víctimas [sic] y se repare el daño cometido por la violación grave de derechos humanos." Este asunto en apariencia trivial tiene implicaciones para la investigación, porque la "búsqueda por tema" ha sido la forma primaria de identificar expedientes relevantes con resolución, y sólo permite individualizar aquéllos en los que, al hacerse la carga de la misma al SISE, el encargado puso la palabra "desaparición" en el campo "Resumen". Mi estrategia de localización de expedientes con sentencia comenzó buscando la palabra "desaparición", purgando todos los asuntos no relacionados con desaparición de personas (por ejemplo, asuntos laborales por "desaparición de puestos de trabajo"), examinando cada uno de los expedientes vía la "búsqueda por expediente" y extrayendo los asuntos relacionados que se mencionaban (si tenía la revisión, busqué el expediente de origen; si tenía el expediente de origen busqué el de la revisión, etcétera). Recurrí a solicitudes de información dirigidas al Consejo de la Judicatura Federal para los pocos casos en que la sentencia no estaba disponible, fuera por errores técnicos o porque el sistema indicaba "Versión Pública no disponible por así señalarlo en el sistema el Órgano Jurisdiccional", y siempre obtuve los documentos requeridos. Esta técnica me permitió identificar 99 expedientes judiciales de amparo vinculados con desaparición de personas, de los cuales sólo 32 eran específicamente amparos indirectos contra desaparición forzada o "buscadores" (el objeto de este artículo). Deseo enfatizar que para la elaboración de este estudio me he servido exclusivamente del buscador público al que cualquiera puede recurrir: jamás he tenido acceso, ni directa ni indirectamente, a la versión completa del SISE.

forzada o involuntaria de personas, una manera de aproximarse (alterna a los tipos penales que con frecuencia se emplean para este fin) es definirla como una conducta violenta consistente en producir deliberadamente una interrupción en el flujo de información entre sujetos que forman parte de la misma comunidad.²⁶ Consecuentemente, un problema al que suelen enfrentarse los estudios sobre desaparición de personas es que, de cara a la falta de información que es constitutiva del fenómeno, con frecuencia es difícil determinar si se está o no frente a una desaparición. Ocurre que a las víctimas indirectas y Juzgados, al menos en un primer momento, puede pasarles lo mismo que a los investigadores. El problema aquí es que de la forma en la que esta diversidad de actores clasifique la situación dependerá el registro de la misma como tal en los expedientes y bases de datos judiciales –y, por tanto, la posibilidad misma de que los sistemas de consulta permitan identificarlos en el masivo flujo de la justicia federal mexicana y extraerlos para su estudio–.²⁷ La implicación general de esto es doble: por

²⁶ La víctima de desaparición está, como consecuencia de la acción de los victimarios, impedida de establecer comunicación con ciertas personas, y éstas lo están de obtener información sobre aquélla. Es esta particular desconexión la que caracteriza al fenómeno: los perpetradores saben (al menos algo sobre) el destino, la ubicación o el estado del desaparecido, la desaparición consiste en ocultarlo, y el ocultamiento siempre es frente a otros, que (presuntivamente al menos) tendrían algún interés en buscarlo y penalizar a los desaparecidos. Esta perspectiva permite una aproximación crítica a la definición de la flamante Ley General en Materia de Desaparición: los desaparecidos no son aquéllos "cuyo paradero se desconoce" (art. 2, XV); su ubicación (o estado) suele ser conocida por un primer conjunto de actores, que la oculta de un segundo conjunto, caracterizado por una expectativa justificada de averiguarla. En otras palabras, los desaparecidos lo están siempre para alguien: no tiene sentido ocultar algo que nadie va a buscar. Ese "alguien" es denominado aquí "comunidad", pero cabe aclarar que el uso de este concepto no presupone la existencia de vínculos afectivos y solidarios: puede entenderse más genéricamente como una red de interacción social, cruzada por expectativas de comunicación entre sus nodos (frustradas por la desaparición).

²⁷ Para abonar a la confusión, las fronteras entre los distintos supuestos que permiten activar un amparo *habeas corpus* son difusas. La distinción entre detención arbitraria, incomunicación y desaparición (actos que uno puede reclamar en un Juzgado de amparo con la expectativa de que el juzgador ubique urgentemente a alguien) no tiene nada de evidente y menos aun cuando quien intenta clasificar el asunto empleando alguna de esas etiquetas dispone de información sumamente incompleta –que suele ser el caso con las desapariciones–. Ejemplos: la madre de un desaparecido puede presentar un amparo por detención arbitraria justo después de que policías estatales se llevan a su hijo sin motivo, y seguirse el proceso con ese agravio aunque más adelante sea claro que lo estaban ocultando (y por tanto estaba siendo víctima de una desaparición); el hermano de una persona detenida (pero no incomunicada ni desaparecida) puede interponer un amparo por desaparición forzada esperando un trato más ágil de su demanda por parte del Juzgado; el padre de una niña cuya madre se la ha llevado sin su consentimiento puede demandar al ministerio público ante el Juez por falta

un lado, ignoramos cuántas desapariciones fueron procesadas por el sistema judicial bajo etiquetas distintas a "desaparición"; y por el otro, con frecuencia no sabemos si lo que en los expedientes judiciales quedó clasificado como "desaparición" efectivamente lo sea (o haya sido), situación que se agrava dramáticamente –lo veremos más adelante– porque el sobreesimiento de los procesos trae aparejado que el juzgador no entre al estudio de fondo. Dicho en lenguaje llano, el casi inevitable aborto de los juicios de amparo contra desaparición causa que los Jueces no se pronuncien sobre si hubo o no una desaparición forzada.

Vistas estas limitaciones, ¿por qué emprender una aproximación socio-jurídica al amparo contra desaparición forzada? La respuesta es simple: la desaparición de personas es una forma de violencia extrema considerada como violación grave de derechos humanos, los Juzgados constitucionales mexicanos tienen un papel crucial en su prevención y combate, y actualmente no hay disponible nada semejante a una evaluación sistemática del recurso en la práctica –apenas un análisis dedicado a discutir su diseño,²⁸ recomendaciones internacionales y, en forma contemporánea a la redacción de este texto, un análisis en un blog especializado a partir de un caso concreto–.²⁹ Las conclusiones que podamos alcanzar sobre este tema, por incompletas que resulten, son relevantes para víctimas, acompañantes, litigantes, instituciones vinculadas con la problemática, organizaciones de derechos humanos, juzgadores, autoridades jurisdiccionales y organismos internacionales, pues todos ellos necesitan insumos para orientar sus decisiones de búsqueda, trámite de los asuntos y diseño institucional.

de debida diligencia en la investigación de la desaparición forzada de la menor, aún a sabiendas de que no hay ningún agente del Estado involucrado y de que la niña se encuentra a salvo con su exesposa. Cabe aclarar que ninguno de estos ejemplos es hipotético.

²⁸ Cfr. María de Lourdes Lozano Mendoza, *La desaparición forzada de personas en México: Su protección en la nueva Ley de Amparo. Alcances y límites*, Porrúa, México, 2015.

²⁹ Eunice Leyva y Simón Hernández, "El Poder Judicial de la Federación y los claroscuros en materia de desaparición forzada", *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, 21 de febrero de 2018. Disponible en: <https://eljuegodela.corte.nexos.com.mx/?p=7628> (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

4. El laberinto del amparo

4.1 Los planos del laberinto: diseño, dificultades de acceso y problemas técnicos

Como mencioné en apartados anteriores, la variante del juicio de amparo que interesa para los fines de este texto es la que en otros sistemas jurídicos se denomina *habeas corpus*: el recurso judicial por el cual un juzgador localiza a una persona privada de su libertad para determinar si esta situación es legítima o arbitraria, y ordena su liberación si decide lo segundo.³⁰ Tradicionalmente, el *habeas corpus* se concibe como una institución que garantiza el derecho a la libertad personal frente a las violaciones que del mismo cometa el Estado, y su relevancia no es menor si se considera que la privación de la libertad es la pena máxima del repertorio de castigos legales en muchos países, incluido México.

El diseño del juicio de amparo es complejo y está contenido en varias normas generales: 1) los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); 2) la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la CPEUM, usualmente conocida como Ley de Amparo; y 3) el Código Federal de Procedimientos Civiles, que actúa como legislación supletoria de la Ley de Amparo. A esto hay que añadir la jurisprudencia (nacional e internacional) que, al ofrecer criterios de interpretación de las normas, completa el panorama de diseño e incluso, en sus oscilaciones, le proporciona cierta indeterminación y dinamismo.

La conexión del *habeas corpus* con la desaparición de personas es clara –puesto que las víctimas de desaparición pueden estar o haber estado cautivas y en

³⁰ Véase Cary Federman, "Introduction: Understanding Habeas Corpus", en Cary Federman, *The Body and the State: Habeas Corpus and American Jurisprudence*, State University of New York Press, Nueva York, 2006, pp. 1-20.

manos de agentes del Estado— pero no necesaria, ya que: 1) el cautiverio (aun el ilegal) puede no incluir el ocultamiento que es consustancial del fenómeno de la desaparición; y 2) los desaparecidos pueden no ser agentes del Estado ni servirse en forma alguna de recursos públicos. Por consiguiente, de todo el rango de conductas desaparecedoras sólo un subconjunto puede ser resistido por la vía del *habeas corpus*: aquél en que los perpetradores son agentes del Estado (usualmente policías o soldados). Tal es la primera y tal vez la más importante limitación del recurso. Habiendo aclarado que, de entrada, el amparo sólo protege donde el Estado existe y el derecho tiene alguna posibilidad de resplandecer, expliquemos su diseño en lenguaje llano.

A nivel muy general, un juicio de amparo es un tipo de controversia en el que uno o más sujetos demandan a una o más autoridades (ejecutivas, legislativas, judiciales, autónomas) ante un Juez o Tribunal federal por la violación de sus derechos fundamentales/humanos. Para hacer la demanda, el sujeto (llamado quejoso, amparista, parte actora o impetrante) indica, usualmente por escrito y con apoyo de un representante legal, qué autoridad violó cuáles de sus derechos (fundamentales/humanos), cuándo, y cómo, aportando las pruebas de las que disponga. El Juzgado decide si la demanda cumple con una serie de requisitos formales (por ejemplo, plazos para su presentación), y, si es así, le da trámite (en caso contrario desecha la demanda y nada ocurre). Una tercera opción es que decida que le toca a otro Juzgado, decline competencia y se le envíe al que considera competente.

Si la demanda es procedente, el Juez pide a la autoridad acusada que reconozca o niegue los actos de los que se la acusa, y eventualmente que los justifique y aporte sus pruebas. El Juez valora lo que las partes han dicho y las pruebas que han presentado para tomar una decisión, la cual queda expresada y argumentada jurídicamente en la resolución. Si durante el proceso ocurre algún evento que la ley considera "causal de sobreseimiento" (como la muerte del quejoso), el juicio se aborta.

Si el Juez da la razón al quejoso ("concede el amparo"), ordenará a la autoridad que haga, no haga o deje de hacer algo, y luego verificará que así ocurra y la castigará si incumple. Si alguna o ambas partes (quejosos y autoridades responsables) quedan insatisfechas con la decisión del Juez, pueden pedirle a los órganos jurisdiccionales superiores que la revisen, lo cual conduce a que ésta sea confirmada, modificada o anulada, o bien que se le pida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que atraiga el caso. Si los amparistas quedan insatisfechos con el cumplimiento que las autoridades sentenciadas dan a las órdenes que recibieron, se pueden quejar con los superiores del Juez ("recurso de inconformidad"); y lo mismo es válido si durante el proceso el Juez se conduce de forma incorrecta ("recurso de queja").

Un detalle importante es que un juicio de amparo puede durar meses e incluso (sumando las revisiones) años, pero el quejoso puede pedirle al Juez (incluso desde el inicio) que le ordene a la autoridad responsable que, en lo que se llega a la sentencia, deje de hacer lo que sea que esté haciendo: es lo que se conoce como "suspensión" –y el Juez puede o no concederla, de forma provisional o definitiva–.

Como vimos, para activar el amparo los demandantes deben cubrir una serie de requisitos formales y los efectos completos pueden tardar años en producirse. Sin embargo, el amparo vertiente *habeas corpus* es sumario: reduce los requisitos de activación y acorta los tiempos de múltiples formas, sobre la base de que las violaciones de derechos que combate (detenciones arbitrarias, incomunicaciones, desapariciones, etc.) son especialmente graves y requieren una intervención urgente. De este modo, y centrándonos en los amparos contra desaparición, cualquier persona puede promover el amparo a nombre del desaparecido, aún sin ser su representante jurídico o mayor de edad (art. 15),³¹ por cualquier medio

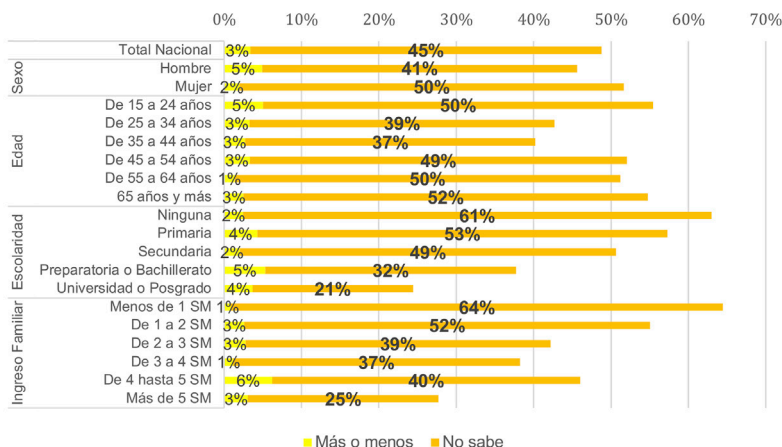
³¹ Todos los artículos referidos entre paréntesis a partir de este punto son de la Ley de Amparo vigente desde abril de 2013.

(incluido un recuento oral de los hechos) y a cualquier hora (art. 20); el Juzgado debe actuar de forma inmediata (art. 15); no hay términos para presentar la demanda (art. 17); la suspensión del acto "desaparición" se ordena inmediatamente, incluso si quien hace la demanda omite solicitarlo (art. 15 y 126); la transferencia del caso a un Juzgado competente debe hacerse velozmente (art. 48); cualquier Juzgado debe iniciar el procedimiento si no hay uno de amparo disponible (art. 159), etc. Se trata de ajustes importantes que, desde el punto de vista del diseño, reducen el umbral de activación y aceleran el procesamiento, lo cual resulta claro si se considera que el juicio de amparo normal es escrito, lento, muy técnico (su tramitación y éxito usualmente requieren de un representante legal especializado) y tiene muchos candados formales de acceso (términos, personería, características de la demanda).

Ahora bien, el acceso a las instituciones de justicia no se relaciona únicamente con obstáculos técnicos o de diseño legal. En la *Encuesta Nacional de Justicia* (2015) el 43.08% de los encuestados (todos mayores de 15 años) declararon llanamente no saber qué era el amparo. Si lo sumamos al 4.17% de los que respondieron "más o menos" y al de aquellos cuya respuesta quedó codificada como "No sé", tenemos que casi la mitad de la población se declara parcial o totalmente ignorante sobre esta institución judicial. Es difícil enfatizar suficientemente la importancia de este dato, pero valga el intento: casi la mitad de los mexicanos no sabe ni siquiera *qué* es el "medio más eficaz que tiene el gobernado para defenderse de la actuación de la autoridad",³² no digamos ya qué función tiene o cómo y dónde se activa. Cabe aclarar que el desconocimiento correlaciona con todas las categorías de vulnerabilidad registradas por la encuesta: ser mujer, tener un nivel educativo bajo o ingresos reducidos, así como ser joven o anciano son, todas, condiciones que incrementan la probabilidad de ignorar qué es el amparo.

³² Vicente Fernández y Nitza Samaniego, "El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 27, enero-junio 2011, p. 173.

Gráfico 2. Respuestas a la pregunta: ¿Sabe usted qué es el amparo?



Fuente: Elaboración propia con información de la *Encuesta Nacional de Justicia*, 2015.

Es difícil pensar en una barrera de acceso más imponente que el desconocimiento total del recurso: no importa cuántas facilidades se incorporen al diseño legal, es un hecho que las inmensas brechas de desigualdad en México, de las cuales la cultura jurídica de los ciudadanos es uno entre mil reflejos, impiden a docenas de millones de personas concebir siquiera el tipo de auxilio que un Juzgado de amparo puede proporcionarles. Aclarado ya que muchos buscadores de desaparecidos ni siquiera conocen de la existencia del laberinto del amparo, veamos ahora lo que le ocurre al pequeño número de ellos que consiguen al menos llegar a sus puertas.

El juicio de amparo contra desaparición casi nunca llega a término, es decir, los procesos se abortan y no se emite una sentencia (o no una de fondo). Lo que esto quiere decir es que el momento culminante del amparo que describimos arriba –el juzgador le da órdenes a las autoridades para "restituir al quejoso en el pleno goce de derecho violado" (art. 77) y luego verifica que las cumplan– no se produce, y esto a causa del particular laberinto formal de la Ley de Amparo y

la jurisprudencia. La consecuencia es doble. Por un lado, un proceso judicial abortado hace innecesario que los juzgadores se pronuncien sobre la cuestión de fondo (si hubo o no una desaparición, en el caso que nos interesa); basta que expliquen en su resolución las causas formales del aborto. Por el otro, aunque la búsqueda judicial se ejecute inmediatamente tras la presentación de la demanda, la falta de culminación hace que todos los derechos de todas las víctimas violados por una desaparición forzada no obtengan ningún tipo de protección judicial.

La reglamentación del juicio de amparo contiene una gran cantidad de causales de sobreseimiento. El fundamento general detrás del sobreseimiento es cortar los procesos que no pueden o no tiene sentido continuar, de modo que los Jueces puedan concentrarse en los restantes. Así, por ejemplo, no tiene sentido continuar un juicio si deja de interesarle a quien lo promovió, o si se demuestra que aquello de lo que se queja nunca pasó, etc. Para el caso de la desaparición, esto se ha convertido en un laberinto con pocas salidas. Si el desaparecido aparece con vida, usualmente se considera que "han cesado los efectos del acto reclamado" (art. 61, XXI) porque ya no está desaparecido y se sobresee; si el desaparecido no aparece (y por tanto no puede ratificar la demanda que alguien más hizo a su nombre), tiende a suspenderse el juicio y tras un año se reanuda o se tiene a la demanda por no presentada (art. 15); y si el desaparecido aparece sin vida, se sobresee también al actualizarse la hipótesis "el quejoso muera durante el juicio" (art. 63, III).

Como el lector habrá observado, aparecer vivo, muerto y no aparecer agota todos los posibles desenlaces de una desaparición. Sin embargo, el laberinto tiene un importante callejón ciego adicional. La desaparición forzada se caracteriza por la negativa de los perpetradores a reconocer los hechos; las definiciones internacionales y múltiples tipos penales explícitamente así lo incorporan. En el juicio de amparo, que aun en su vertiente *habeas corpus* es un proceso adversarial, los Jueces piden a las autoridades señaladas en la demanda que rindan informes, en los que lo primero que deben hacer es reconocer o negar aquello que se

les acusa de hacer u omitir. Si lo reconocen, presentan una justificación y el Juez la valora; si no lo reconocen, regularmente toca al quejoso demostrar que mienten. Y la ley dice que si "apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional" ... se sobresee (art. 63, IV). De modo que si la autoridad responsable (que de entrada puede ser casi imposible de identificar) dice que no ha desaparecido al desaparecido y no hay algo que pruebe lo contrario (lo cual, en el caso de una desaparición, es justamente el punto), la tendencia también es al aborto del proceso judicial.

El asunto de la negativa de las autoridades a reconocer el acto reclamado es un punto muy delicado en el cual las reglas generales del juicio de amparo juegan en contra de su vertiente *habeas corpus*. El diseño adversarial del amparo se ajusta mejor a resolver controversias en las cuales los funcionarios actúan en ejercicio de sus facultades, los particulares disputan la constitucionalidad de sus actos y las autoridades demandadas buscan justificarse; es decir, se controvierten actos realizados al descubierto y con un mínimo de formalidades, como promulgar una ley, poner sellos de clausura a un local comercial o multar a un automovilista por exceso de velocidad.

La desaparición forzada siempre es inconstitucional, ilegal y constitutiva de un delito que se pena con cárcel, por lo que no hay forma de justificarla jurídicamente. Casi sobra insistir en que, por definición, consiste en un ocultamiento de sus víctimas directas. Lo anterior hace obvio que, si una desaparición forzada tuvo o está teniendo lugar, los perpetradores responderán al Juez que no reconocen el acto reclamado y que por tanto no pueden cumplir la orden de suspenderlo (¿quién pondría su firma al calce de un informe previo en el que se acepte la realización del acto "desaparición forzada"?). El diseño general del juicio de amparo de algún modo presupone que la autoridad no hace lo que tiene estricta, definitiva e inequívocamente prohibido, que no miente al respecto de sus acciones y que obedece las órdenes que recibe de un Juez –y lo contrario es justamente

el caso cuando hablamos de desaparición forzada, pues se trata de un leviatán liberado de sus cadenas al que hay que combatir urgentemente, y no de un funcionario cuyos argumentos hay que derrotar en audiencia constitucional.

En torno al requisito de que el desaparecido ratifique la demanda de amparo que alguien más promovió en su nombre, cabe hacer algunos apuntes que conecten la conceptualización sociológica que propusimos en el apartado anterior con el problema jurídico que examinamos aquí. La desaparición es una forma de violencia destinada a impedir que nos comuniquemos y dispongamos de información sobre los miembros de nuestras comunidades. No hay razón por la cual "el derecho a no ser desaparecido" no pueda verse como la expresión negativa de otro derecho: el de poder proporcionar información a las personas que forman parte de nuestras vidas, y a disponer de información sobre ellas. Esto no significa que otros estén obligados a darnos información sobre sí contra su voluntad, sino que está prohibido impedir por medios violentos que nos comuniquemos. Sobra decir que estos cortes de los flujos comunicativos generan daños enormes en todos los afectados.

El frecuente énfasis penal en la conceptualización de la desaparición, que propone verla como una especie del género "privación ilegal de libertad", tiende a obviar que lo que está siendo vulnerado por la conducta desaparecedora es la dimensión interaccional de nuestras vidas y no específica ni necesariamente nuestra libertad para desplazarnos a donde nos plazca.³³ Es decir, la clave del fenómeno no está en la "privación de la libertad", sino en el "ocultamiento", que daña tanto a quienes son ocultados contra su voluntad como a quienes tienen derecho a hallarlos y a saber qué fue de ellos. El énfasis en la "privación ilegal

³³ Suele ser el caso que para impedir a alguien que se comunique se recurra a privarlo de la libertad, pero no es necesariamente así: el mismo "efecto desaparecedor" puede obtenerse mediante amenazas, asesinato seguido del ocultamiento o destrucción de los restos, e incluso sin resistencia por parte de la víctima directa ni necesidad de aprisionarla (es el caso, por ejemplo, de un bebé robado).

de libertad" tiene como consecuencia que la "restitución de la libertad" o la determinación de que la privación de la libertad fue legal tiendan a ser los únicos aspectos que se atienden en los juicios de amparo *habeas corpus*.

Una parte de los problemas técnicos del juicio de amparo contra desaparición dimana de la clasificación que nuestro sistema jurídico hace de las personas como "vivas" o "muertas": si están vivas, les atribuye derechos y obligaciones; si están muertas, éstos se anulan o transfieren a otros.³⁴ El desaparecido, materialmente, está vivo o muerto, pero jurídicamente está en una situación ambigua (a veces llamada "limbo")³⁵ porque se le considera vivo pero está incapacitado para ejercer prácticamente todos sus derechos (excepto en el improbable caso de que haya nombrado un representante plenipotenciario para la eventualidad de su desaparición). Esto, naturalmente, dificulta todas las interacciones que tienen con el Estado quienes lo buscan –y produce, hay que decirlo, una enorme vulnerabilidad jurídica–.

Pedirle a un desaparecido que ratifique la demanda de amparo contra su desaparición es una instanciación de esta ambigüedad jurídica: la ley permite excepcionalmente que una persona pida auxilio a un Juez en nombre de alguien más sin necesidad de que haya recabado su autorización para ello, pero después es ambigua en torno a cómo proceder si no consigue que "el quejoso directo" se pronuncie sobre si efectivamente es su voluntad iniciar el proceso judicial encaminado a la defensa de "sus" derechos. Partir de una conceptualización de la desaparición como violencia dirigida en contra de la interacción social –y no de la libertad individual– permite fundamentar consideraciones algo menos estrechas en torno a quienes ostentan la titularidad de los derechos violados por una

³⁴ Si están "ausentes", el sistema se sirve de procedimientos jurisdiccionales civiles (declaración de ausencia, declaración de presunción de muerte y, más recientemente, declaración especial de ausencia por desaparición) para producir una parte o la totalidad de los efectos jurídicos vinculados a la muerte.

³⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 155-157.

desaparición forzada. Para decirlo llanamente, la desaparición es padecida por comunidades enteras, y hacemos bien en considerar que no sólo asiste a sus integrantes, individualmente, el derecho a "no desaparecer", sino que, si se quiere, todos tienen derecho a que "los otros no desaparezcan", y la sociedad entera el derecho a que nadie sea víctima de una desaparición forzada.

Cabe aclarar que no siempre una persona a cuyo nombre se promueve un amparo contra desaparición ha sido víctima de esta conducta; es posible, incluso, que quien lo promovió lo sepa y que la apelación al Juez tenga finalidades que pueden ser contrarias a los deseos del supuesto desaparecido.³⁶ En principio, el requisito de la ratificación previene situaciones de este tipo, en las que una persona se alza como representante de otra sin su consentimiento e incluso en contra de su voluntad. El tema aquí es, sin embargo, cuál debe ser la presunción que guíe las actuaciones del Juzgado al momento de recibir las demandas. Si el Juez presume que los promoventes le traen noticia de una desaparición forzada real, reacciona enérgicamente pero ésta resulta falsa, el Juzgado habrá perdido su tiempo. Por el contrario, si presume que los promoventes están equivocados o mienten, en consecuencia no responde o lo hace con lentitud, y al final resulta cierto lo denunciado, el que pierde tiempo es el desaparecido, cuya vida probablemente se encuentra en peligro, al igual que la posibilidad que tienen sus seres queridos de saber cuál fue su destino, obtener justicia y reparación, salir del limbo jurídico y, en caso de que la persona que buscan haya muerto, comenzar su proceso de duelo.

³⁶ Tal vez sea lo que ocurrió en el AI 1123/2014 del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Tlaxcala, en el que un hombre, desde la cárcel, promueve un amparo contra dos cosas: el auto de formal prisión dictado en su contra en 2009; y la desaparición forzada de una mujer y de la hija que tiene en común con ella. El 18 de agosto se separaron los juicios, de modo que se siguió uno contra el auto y otro contra la desaparición, y la demanda de lo segundo fue admitida el 29 de agosto, con lo que el Juez pidió informes a las autoridades. La Procuraduría de Justicia del Estado, que inició una investigación a raíz de la demanda de amparo, le remitió al Juez una diligencia relativa a una comparecencia del 26 de octubre en que la supuesta desaparecida dijo lo siguiente: "comparezco con el fin de dar cumplimiento al citatorio que me fue girado por esta autoridad [...] y manifiesto: quiero pensar que presentó la denuncia por nuestra supuesta desaparición porque quiere que vayamos a visitarlo al cereso [Centro de Readaptación Social], pero yo no quiero saber nada de él y tampoco quiero exponer a *** porque él es muy ***. Asimismo en este acto presento a mi menor hija ***". Al final el Juez sobresee en el juicio por inexistencia del acto reclamado.

Una tesis aislada publicada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito casi al mismo tiempo de concluir este artículo aborda en forma interesante esta cuestión. Su rubro dice DESAPARICIÓN FORZADA. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS PROMOVIDAS POR ESOS HECHOS, SE SURTE A FAVOR DEL JUEZ DE DISTRITO QUE PREVINO EN EL CONOCIMIENTO DEL ASUNTO, y su contenido es a tal punto relevante para nuestra indagación que vale la pena transcribirlo entero:

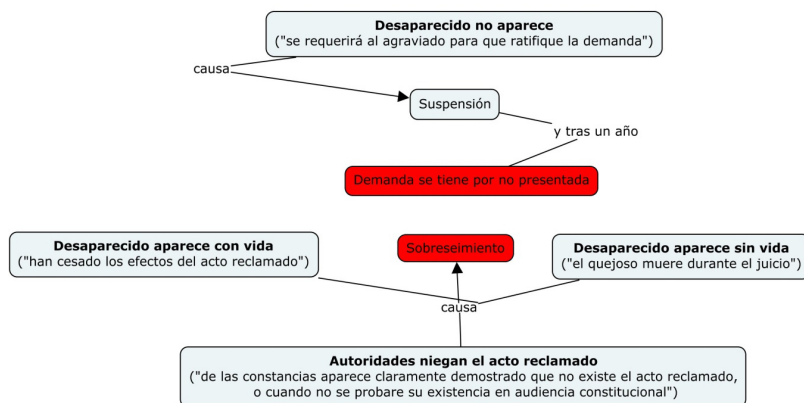
Los hechos de desaparición forzada, sujetos a investigación por los Jueces Federales a la luz del artículo 15 de la Ley de Amparo, no pueden clasificarse como actos reclamados propiamente dichos para los efectos del juicio de amparo. Esto se debe, en primer lugar, a que no son actos de autoridad emitidos en el ejercicio de sus facultades legales, sino que constituyen un actuar ilegal que no se encuentra fundado en una norma general y que, además, configura un delito. Por ende, no son actos de autoridad revestidos de imperio ni con efectos vinculantes, sino actos de agentes estatales o de particulares actuando con aquiescencia del Estado, ejerciendo un poder material coactivo, un abuso del poder y del aparato estatal. En segundo término, dado que la desaparición forzada se caracteriza por la falta de información por las autoridades estatales y la negativa a reconocer la privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona, no es posible determinar con certeza las autoridades responsables ni el lugar o lugares donde se estén ejecutando o se hayan ejecutado la multiplicidad de hechos y conductas que constituyen el ilícito. Por estas razones, respecto de los hechos referidos, no son aplicables las reglas de competencia establecidas en el artículo 37 de la propia ley, las cuales determinan el Juzgado de Distrito competente para conocer de una demanda de amparo, utilizando como criterio, el lugar donde el acto reclamado deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se ejecute o se haya ejecutado. En ese tenor, el Juzgado de Distrito competente para conocer de las demandas de amparo en las que se reclamen hechos constitutivos de desaparición forzada es aquel que previno en su conocimiento, máxime que la ley de la materia no establece una limitante a la jurisdicción de los Jueces de amparo para conocer de las demandas por desaparición forzada y, además, la prevención es un criterio complementario para determinar la competencia cuando varios Jueces pueden ser competentes para conocer de forma simultánea del mismo asunto. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que uno de los criterios para medir la razonabilidad y efectividad de

los recursos es la actividad procesal del interesado; por ello, en el caso de desaparición forzada, esto se traduce en el derecho de las víctimas de elegir el Juez ante el cual presentan su demanda.³⁷

Más adelante en este artículo tocaremos el tema de los conflictos competenciales (véase *infra*, nota 42) y lo importante que resulta tener reglas claras de antemano para prevenirlos y proteger la celeridad del amparo buscador, por ahora notemos que la reflexión del Colegiado es coincidente con la que hemos desarrollado aquí: el juicio de amparo contra desaparición forzada no es una controversia sobre la constitucionalidad de los actos de una autoridad, sino un recurso de máxima urgencia destinado a resistir "un poder material coactivo, un abuso del poder y del aparato estatal".

Para sintetizar los callejones sin salida del amparo contra desaparición forzada, se presenta al lector el siguiente mapa conceptual:

Gráfico 3. Problemas técnico-jurídicos del juicio de amparo contra desaparición forzada



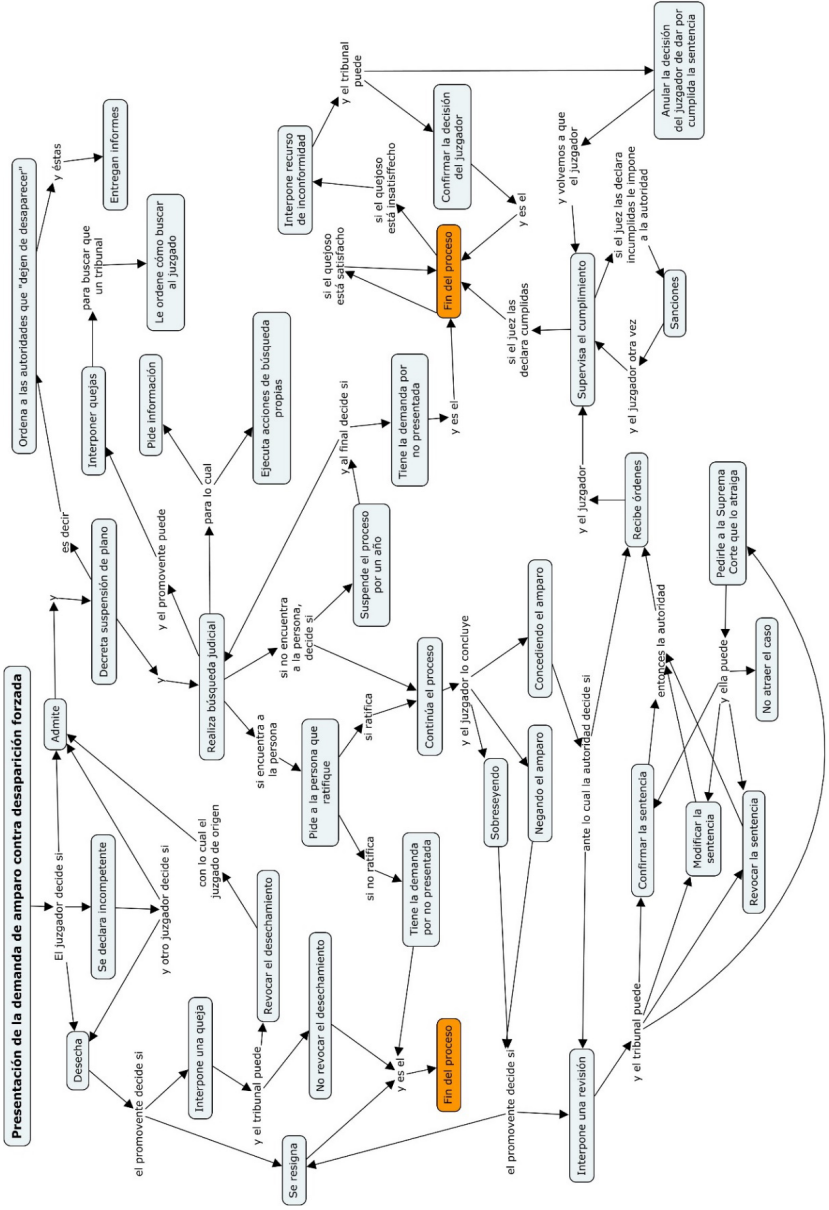
Fuente: Elaboración propia con CmapTools.

³⁷ Tesis [A.]: I.2o.P60 P, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación*, abril de 2018, Reg. IUS 2016555.

4.2. El laberinto a vuelo de pájaro: descripción estadística de la utilización del amparo contra desaparición forzada y las reacciones judiciales

Para aproximarnos al procesamiento judicial efectivo de la desaparición forzada en amparo emprenderemos a continuación una descripción de la Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada, que registra 950 procesos judiciales iniciados entre abril de 2013 y febrero de 2018. Primero, proporcionaremos al lector un mapa general del proceso de amparo contra desaparición y las disyuntivas que promoventes, Jueces y autoridades enfrentan en el mismo. Si bien algunos de los componentes serán explicados más adelante, la complejidad del asunto hace que valga la pena proporcionar el mapa completo antes de entrar en la descripción estadística y aconsejar al lector no familiarizado que lo mantenga a la mano para no perderse.

Gráfico 4. El proceso de amparo contra desaparición forzada y sus disyuntivas

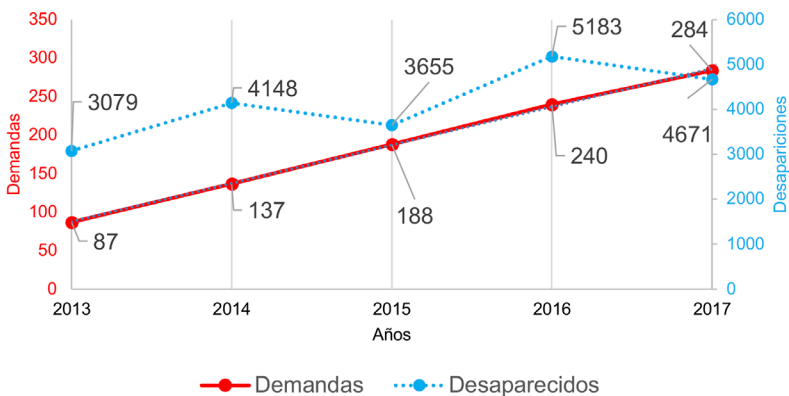


Fuente: Elaboración propia con CmapTools.

En este apartado revisaremos distintas variables asociadas a la interposición de demandas (¿cuántas, cuándo, dónde?), tras lo cual volveremos, esta vez, desde una perspectiva empírica, a la línea que llevábamos en el apartado anterior: ¿qué hacen los Juzgados con todos estos asuntos?

Comencemos explorando la distribución temporal de las demandas de amparo contra desaparición.

Gráfico 5. Distribución temporal (anual) de la presentación de demandas de amparo contra desaparición forzada *versus* distribución temporal (anual) de desapariciones



Fuente: Elaboración propia con información de: 1) Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada; 2) RNPED fuero común, versión DATACÍVICA, disponible en: <https://personas-desaparecidas.org.mx/>, agregado al RNPED fuero federal, descargado de <http://secretariado-ejecutivo.gob.mx/rnped/consulta-publica.php>. Nótese que, en el caso de las demandas, el año 2013 no incluye los meses de enero, febrero y marzo, ya que la serie comienza con la promulgación de la nueva Ley de Amparo, que ocurrió en abril de ese año.

El gráfico 5, que abarca desde abril de 2013 (la reforma a la Ley de Amparo) hasta diciembre de 2017, ilustra una clara tendencia ascendente en la interposición de demandas de amparo contra desaparición forzada. Para explorar la hipótesis de que este incremento progresivo de demandas sea proporcional al número de desapariciones en el país, se agregó una serie secundaria que utiliza las fechas

de la columna "¿cuándo fue visto por última vez?", del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas.³⁸ El coeficiente de correlación entre ambas variables es de 0.815, indicando una correlación positiva y elevada.

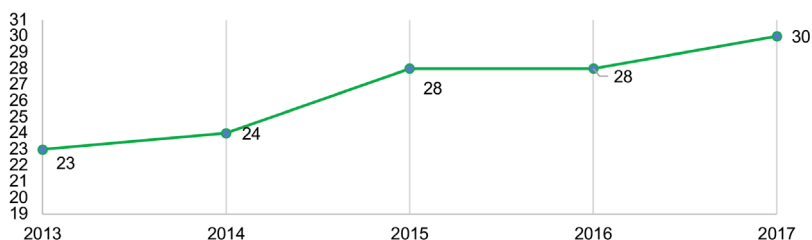
Este hallazgo es interesante porque existe una diversidad de razones que hace desconfiar de que el número de demandas de amparo contra desaparición forzada y su distribución en el tiempo reflejen (proporcionalmente) el número y la distribución temporal de las desapariciones.³⁹ Sin embargo, según se desprende de los datos presentados, no podemos descartar la hipótesis de que efectivamente haya una relación fuerte entre las variables, es decir, que el número de desapariciones sea aproximadamente proporcional al número de demandas de amparo contra desaparición forzada. A reserva de que futuros estudios fortalezcan esta hipótesis con modelos estadísticos, lo que resulta claro es que los registros judiciales son una fuente sobre el fenómeno de la desaparición en México con un grado alto de sistematicidad, y el que se generen de forma independiente al Poder Ejecutivo los vuelve relevantes para fines de complemento y contraste. Si a lo anterior sumamos que, en buena medida, el archivo judicial es público, es posible concluir que hay mucho qué ganar con su estudio.

Tenemos claro que el amparo buscador se usa cada vez más, pero ¿qué tanto se dispersa en el territorio su activación? Una forma de ilustrar su difusión se muestra en el siguiente gráfico:

³⁸ Actualizado hasta octubre de 2017 para el fuero común y hasta diciembre de 2017 para el fuero federal.

³⁹ La gente puede nunca demandar amparo, puede demandarlo a sabiendas de que nadie está sufriendo una desaparición o enterarse más tarde de que lo que temía no estaba ocurriendo, puede hacerlo años y hasta décadas después de la sustracción de la persona, puede estar ante una desaparición pero hacer la demanda por algo distinto (como incomunicación), puede hacer más de una demanda por un solo desaparecido o una sola por la desaparición de varias personas; y no perdamos de vista que sólo una fracción de las desapariciones entran en la categoría "desaparición forzada" y el amparo buscador no puede hacerse en contra de una "desaparición por particulares".

Gráfico 6. Número de Circuitos con al menos una demanda de amparo contra desaparición forzada (2013-2017)

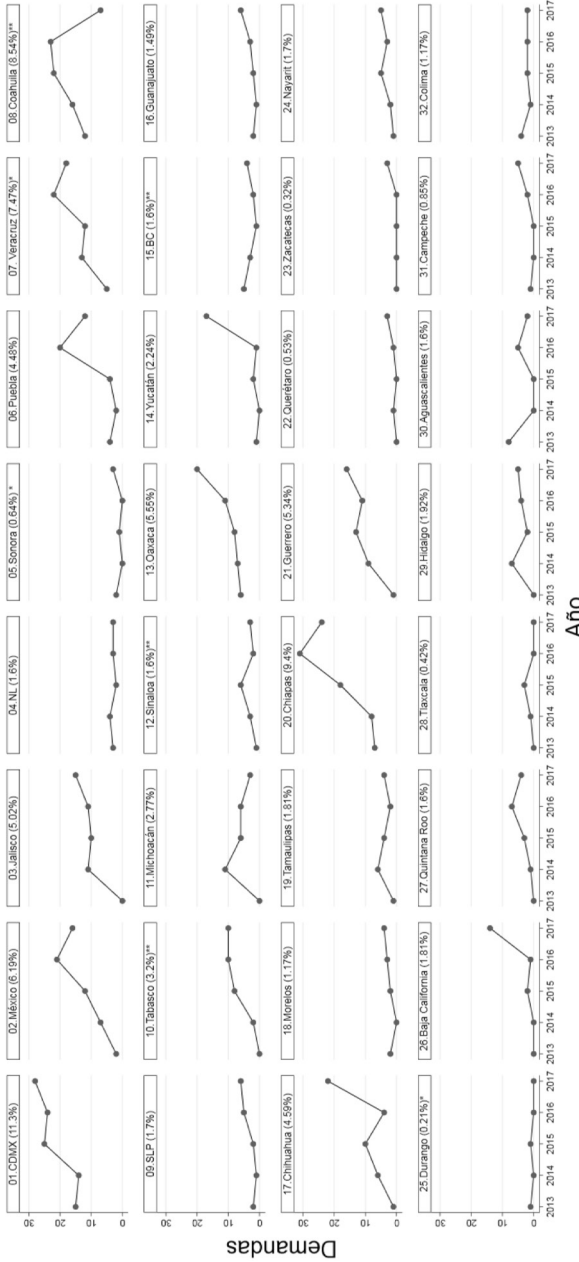


Fuente: Elaboración propia con información de la Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada.

En el gráfico 6 observamos que el número de Circuitos judiciales⁴⁰ en los que se presentó al menos una demanda de amparo contra desaparición forzada crece sostenidamente desde 2013 hasta 2017, indicando una progresiva difusión del uso del recurso en el país. Observemos ahora que estas tendencias crecientes –en número de demandas y número de Circuitos en que se realizan– tienen una geografía diferenciada:

⁴⁰ El Consejo de la Judicatura Federal, máximo órgano administrativo del Poder Judicial Federal, divide al territorio mexicano en 32 circuitos judiciales, y los órganos jurisdiccionales federales (Juzgados y Tribunales) están adscritos a alguno de ellos. La idea no sólo es que haya Jueces federales distribuidos por todo el territorio, sino también que éstos se repartan los asuntos usando variables espaciales (el lugar en que ocurrieron los hechos, por ejemplo). La denominación oficial de los Circuitos es consecutiva ("Primer Circuito", "Segundo Circuito", etc.) y la forma en que dividen al país sigue, aproximadamente, las fronteras administrativas de las entidades federativas (el Primer Circuito corresponde a la Ciudad de México, el Segundo Circuito al Estado de México, etc.). Sin embargo, ocho Circuitos no se ajustan exactamente a la división administrativa, sea porque incorporan uno o más territorios de un estado vecino o porque un estado vecino incorpora uno o más de sus territorios (por ejemplo: el Quinto Circuito cubre el Estado de Sonora, salvo el municipio de San Luis Río Colorado, que tiene frontera con Baja California; y el Décimo Quinto Circuito cubre tanto al Estado de Baja California como al sonorense municipio de San Luis Río Colorado). Véase Consejo de la Judicatura Federal, *Atlas jurisdiccional 2014: conformación de circuitos y distritos judiciales federales*, CJF, México, 2014. Disponible en: http://www.cjf.gob.mx/atlasCJF/docs/Atlas_CJF.pdf (última fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).

Gráfico 7. Demandas de amparo por desaparición forzada por año y por Circuito judicial, 2013-2017



Nota: * el circuito no comprende toda la entidad; ** el circuito comprende la entidad en su conjunto y porciones de otra.

Fuente: Elaborado por Camilo Saavedra con Stata (en poder del autor).

El gráfico 7 muestra comportamientos diferenciados en los 32 Circuitos judiciales. El Primer Circuito (Ciudad de México) concentra el mayor número de demandas de amparo (11.3%), y la tendencia a interponerlas va en aumento. Una explicación posible para esto es la concentración de litigantes y Órganos jurisdiccionales en la capital: en ningún otro Circuito judicial hay una densidad mayor de ambas cosas.⁴¹ Tendencias crecientes se observan también en otros Circuitos, como en el 9o. (San Luis Potosí, 1.7% de las demandas), 29o. (Hidalgo, 1.9%), 14o. (Yucatán, 2.2%), 21o. (Guerrero, 5.3%), 10o. (Tabasco, con municipios del sur de Veracruz; 3.2%), y 3o. (Jalisco, 3%).

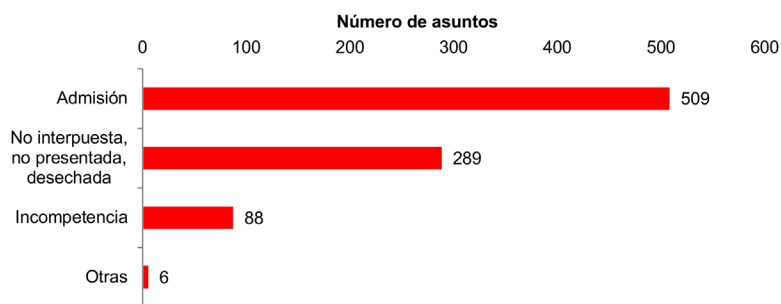
El Vigésimo Circuito (Chiapas, 9.4% de las demandas) presenta un comportamiento distinto. En este Circuito, al igual que en el 2o. (Estado de México), 8o. (Coahuila y parte de Durango, 85%), 27o. (Quintana Roo, 1.6%) y 6o. (Puebla, 4.5%), en 2017 declina el número de demandas, que hasta entonces se incrementaba. El caso del Circuito 7o. (Veracruz, sin algunos municipios; 7.5%) es semejante. Un comportamiento diferente es el de los circuitos 4o. (Nuevo León; 1.6%) y 12o. (Sinaloa e Islas Marías, 1.6%), que mantienen estable el número de demandas. Tal vez el Circuito más anómalo sea el 17o. (Chihuahua, 4.6%), que declina en 2016 y repunta fuertemente al siguiente año. Finalmente, hay Circuitos en los que el recurso prácticamente no se utiliza. El Circuito 25o. (Durango sin algunos municipios), 23o. (Zacatecas), 28o. (Tlaxcala), 22o. (Querétaro), 5o. (Sonora) y 31o. (Campeche) no tienen, cada uno, ni nueve demandas (1% del total) en los cinco años bajo estudio.

⁴¹ Aclaremos que las demandas de amparo contra desaparición pueden interponerse en cualquier órgano jurisdiccional, incluso uno estatal si no hay uno federal disponible (por ejemplo, los familiares de un desaparecido en Oaxaca pueden pedir amparo a su nombre en la Ciudad de México). En teoría el juzgador que reciba la demanda debe comenzar a dictar medidas de inmediato para localizar a la posible víctima y sólo en un segundo momento, si el Juzgado competente es otro, declararse incompetente y enviarle el expediente. También hay que entender que la competencia se distribuye con varios criterios: uno es el territorial (¿en qué Distrito Judicial fue sustraída la persona, a qué Distrito fue trasladada?, en el caso que nos ocupa) pero no es el único. Por ejemplo, en demandas de amparo contra desaparición a veces pasa que quien promueve, ante la incertidumbre, señale a todas las instituciones vinculadas con la seguridad pública y el procesamiento penal como responsables –lo cual, a veces, incluye a todos los Juzgados federales de la zona–. Si un Juzgado de Distrito recibe una demanda en la que él mismo está señalado como autoridad responsable debe declinar la competencia y enviarle el expediente a otro para evitar ser Juez y parte en el proceso. Todo esto para decir que la distribución de demandas de amparo en los circuitos judiciales es un indicador imperfecto de la distribución territorial de las desapariciones contra las que las personas se quejan.

La diversidad observada entre los Circuitos (tanto en cantidad de demandas como en tendencias longitudinales) puede estar asociada a una pluralidad de factores: litigiosidad, presencia y desarrollo de organizaciones civiles con capacidad jurídica, accesibilidad y número de Juzgados, perfil de las víctimas y sus familiares, incidencia de desapariciones forzadas en la zona, intervenciones federales en la seguridad pública estatal, etc. Para explorar estas hipótesis sería necesario un estudio distinto al que aquí presentamos, por lo que nos contentaremos con dejar señalado el problema. Algo semejante podemos decir de la creciente tendencia nacional a interponer estos recursos judiciales: si bien el aumento en el número de desapariciones es un factor a considerar en futuras indagaciones, otros pueden intervenir, y sin duda la comparación sistemática entre los Circuitos puede ofrecer muchas pistas para aclarar estas incógnitas, cuya respuesta es crucial para diseñar estrategias de política judicial (nacionales y regionales) encaminadas a mejorar el acceso al amparo contra desaparición forzada.

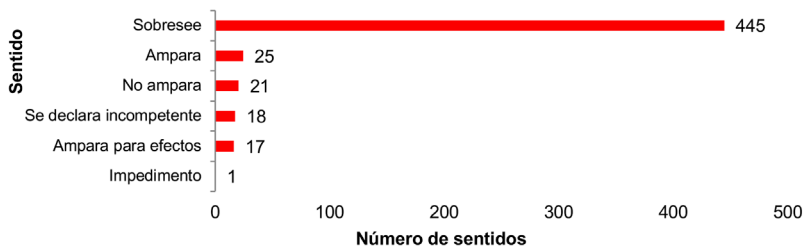
Preguntémosnos ahora ¿qué hacen en general los Juzgados con todas estas demandas de amparo por desaparición forzada? Revisemos estos dos gráficos:

Gráfico 8. Sentido de la resolución inicial frente a demandas de amparo por desaparición forzada, 2013-2018 (N=892)



Fuente: Elaboración propia con información de la Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada. La Base contiene 58 registros en los que no se denota ni es posible inferir el sentido de la resolución inicial, éstas no han sido incluidos en el gráfico. También contiene 44 asuntos en que se enlistan dos resoluciones iniciales y uno en que se enlistan cinco: en el gráfico únicamente se consideró la última enlistada.

Gráfico 9. Sentido(s) (todos si hay varios) de la resolución final de demandas de amparo contra desaparición forzada admitidas, 2013-2018 (N=527)



Fuente: Elaboración propia con información de la Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada. La Base de datos contiene 407 registros en que la resolución final de un asunto admitido tiene sólo un sentido, 54 entradas en que tiene dos sentidos, y cuatro registros en que hay tres sentidos. La unidad de esta gráfica es un "sentido" y no una resolución, y por ello hay más "sentidos" aquí que "demandas admitidas" en el gráfico anterior.

En general, cuando una persona hace una demanda de amparo, el Juzgado tiene que tomar una decisión inicial que puede ser de tres tipos: se declara incompetente, tramita la demanda o, argumentando que falta algún requisito previsto en la ley, no la tramita (desecha o tiene por no presentada/interpuesta). Si la tramita, comienza el proceso judicial; si no la tramita, generalmente no pasa nada (salvo que los promoventes interpongan una queja, con la que es factible revertir esta decisión inicial). El gráfico 8 muestra los sentidos de las resoluciones iniciales de los Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios en demandas de amparo contra desaparición forzada: la mayoría de las veces (57%) las demandas son admitidas. Sin embargo, en un preocupante segundo lugar (32.3%) el Juzgado no le da trámite a la demanda o la desecha. Esto puede ocurrir por varias razones, pero una de las más importantes para nuestra indagación es que una interpretación del artículo 15 de la Ley de Amparo, como dijimos antes, implica que cualquiera puede hacer la demanda de amparo a nombre de un desaparecido, pero para darle trámite se exige que el quejoso directo (posible desaparecido) la ratifique. De modo que en esa segunda categoría caen casos en los que el Juez

desestimó por completo la demanda, en los que la persona fue encontrada y decidió no ratificarla, y, finalmente, en los que nunca la encontró.

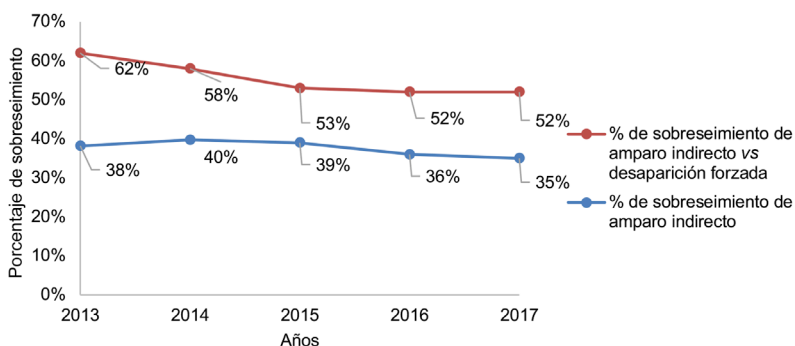
El gráfico 8 también muestra que en tercer lugar están las resoluciones de incompetencia, que suponen enviarle el asunto a otro Juzgado (y a veces dan lugar a conflictos competenciales, pues éste puede o no aceptarlo, y, si no lo hace, un Tribunal tiene que resolver a quién le toca).⁴² La última categoría, "otras", es residual e incluye circunstancias atípicas, como que el Juzgado ante el que se hace la demanda de amparo por desaparición sea el que esté llevando un proceso penal contra el posible desaparecido, por lo que, en ese ejemplo, se declara "impedido".

Ahora bien, la admisión de las demandas no implica que el proceso judicial culmine. El gráfico 9 muestra los sentidos de las resoluciones finales (con las que se concluye un proceso que superó la etapa de admisión). La aplastante mayoría de resoluciones (84.4%) son sobreseimientos, lo cual fundamenta empíricamente las observaciones que antes hicimos sobre el diseño del juicio de amparo. Es casi imposible que un amparo contra desaparición forzada culmine con una sentencia de fondo y que, por tanto, un Juez constitucional se pronuncie sobre si hubo o no una desaparición, dicte medidas tendientes a proteger todos los

⁴² El asunto de la competencia es especialmente relevante en demandas contra desaparición forzada por varios motivos: 1) en ocasiones las personas acuden al amparo desde el destierro (no coincide el lugar de los hechos con el lugar de la demanda); 2) a veces no se sabe en dónde tuvo lugar la desaparición, y casi nunca si la persona fue trasladada tras su captura; 3) los conflictos competenciales suponen una enorme pérdida de tiempo que juega en contra de la búsqueda judicial. Ejemplo: el 12 de junio de 2017 una señora promovió un amparo buscador en la Ciudad de México contra la desaparición de su sobrino y le tocó recibirla al Juzgado Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal de la capital, registrándolo con el número 509/2017. Como los hechos conocidos –una detención– habían ocurrido en Tamaulipas, se declaró incompetente y le envió el asunto a un Juzgado federal de esa entidad, que lo recibió el 20 de junio. El 26 de junio el de Tamaulipas se lo regresó diciendo que no le tocaba porque las autoridades demandadas –la Marina– eran federales y tenían sede en la capital. El 3 de julio un Tribunal comenzó a analizar a quién le tocaba, y el 5 de octubre decidió que al de la Ciudad de México. ¡Han pasado 85 días y apenas hemos decidido quién va a atender la demanda! Resolución del Conflicto Competencial 12/2017 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 5 de octubre de 2017.

derechos violados y verifique su cumplimiento.⁴³ Es necesario aclarar que esta proporción de sobreseimientos es atípicamente elevada, como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 10. Porcentaje de sobreseimiento en juicios de amparo indirecto versus el porcentaje de sobreseimiento en juicios de amparo contra desaparición forzada



Fuente: Elaboración propia con información de: 1) Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada; y 2) Base de datos de tasas de sobreseimiento de Órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal, contenida en la respuesta del CJF a la solicitud de información 0320000034618. En el segundo caso únicamente se consideró a Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios, para facilitar la comparación, puesto que son estos órganos los que ven amparos contra desaparición forzada. Para obtener la medida con la primera fuente: a) se contabilizó como sobreseimiento cualquier asunto cuya resolución final lo incluyera, aunque no se limitara a ello; b) se usó como variable de tiempo la fecha de egreso de los asuntos, dividiendo el número de asuntos concluidos por sobreseimiento entre el número total de egresos del año (por sobreseimiento, desechamiento, incompetencia, y otro tipo de sentencias). La solicitud de información en respuesta a la cual se entregó la Base de datos de tasas de sobreseimiento indicaba el siguiente método para calcularlo: "coeficiente obtenido de dividir el número de asuntos sobreseídos por un órgano jurisdiccional en un año determinado entre el número total de asuntos concluidos por cualquier vía por el órgano jurisdiccional en ese mismo año".

⁴³ Advirtamos que la diferencia entre "ampara" (o "amparo liso y llano") y "ampara para efectos" es el alcance de la resolución judicial. Cuando se "ampara para efectos" el Juez detecta que una autoridad tomó una decisión (por ejemplo, dictar una orden de aprehensión o una sentencia penal condenatoria) que tiene algún vicio y le ordena que vuelva a tomarla, subsanando el problema (aplicando la perspectiva de género o excluyendo una prueba obtenida bajo tortura, entre otros). Cuando se "ampara" a secas, el rango de órdenes que las autoridades reciben es mucho más amplio y directo (libere, investigue, muestre, devuelva, proteja, etcétera).

Mientras que, en general, los Juzgados y Tribunales Unitarios sobreesen en algo más de la tercera parte de sus asuntos, cuando se trata de amparos contra desaparición forzada el porcentaje de sobreesimiento es mayor a la mitad (no olvidemos que buena parte de las demandas contra desaparición son concluidas por desechamiento, es decir, ni siquiera son admitidas).

Anotemos, por último, que la base de datos incluye 38 asuntos abiertos (admitidos y aún sin resolución final) y seis suspendidos (admitidos, probablemente no se encontró al quejoso, y se suspende el proceso por un año antes de reanudarlo o desecharlo).

4.3. Jueces en el laberinto: examen de sentencias y experiencias de búsqueda judicial

En este apartado abandonaremos la perspectiva panorámica para concentrarnos en el análisis a profundidad de una muestra de resoluciones de amparo contra desaparición forzada.⁴⁴ Comencemos por aclarar que la fuerte tendencia al sobreesimiento que advertíamos se refleja en las resoluciones que estamos por analizar. De las 32 que integran la muestra, 20 son sobreesimientos, en ocho se tuvo la demanda por no presentada, en dos se declinó competencia y sólo en dos se concedió el amparo.

⁴⁴ Recuérdese que aquí tratamos casi exclusivamente con amparos en los que el quejoso fue localizado y pudo decidir si ratificaba o no la demanda que alguien más hizo a su nombre: como hemos visto, los casos en que no se halló al desaparecido tienden a congelarse y abortarse sin llegar al dictado de la sentencia, y por tanto a no ingresar en esta muestra.

Año	Núm. de sentencias en la muestra
2012	1
2013	5
2014	11
2015	3
2016	8
2017	4

Sentido de la resolución	Núm. de sentencias en la muestra
Sobreseimiento	20
Desechamiento	8
Declina competencia	2
Concede amparo	2

Examinemos primero las ocho desechadas. En seis de las resoluciones en que se tuvo a la demanda por no presentada el quejoso fue localizado y declinó ratificar la demanda que alguien más interpuso a su nombre; en una más, la madre del quejoso (que había hecho la demanda) declinó ratificarla (el joven le fue entregado el día anterior, golpeado, tras una semana de desaparición).⁴⁵ Más interesante es la resolución restante, la 1256/2016 del índice del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, pues el Juez solicitó a las promoventes (familiares que presentaron la demanda a nombre del desaparecido)⁴⁶ que especificaran la dirección de las autoridades señaladas,⁴⁷ cosa que por algún motivo

⁴⁵ Para este caso hay tres expedientes de amparo, pues la madre interpuso uno en Celaya y luego otro en Irapuato, en el que se declinó competencia en favor de los Juzgados de Celaya. La resolución en que se declina competencia es interesante porque dicta múltiples medidas tendientes a la localización del joven. Resolución del Amparo Indirecto 723/2017, Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, de 3 de septiembre de 2017.

⁴⁶ Los familiares contaron con la asesoría jurídica del despacho veracruzano Marrod Asesoría & Litigio.

⁴⁷ El Auto por el que el Juez solicita a las familiares del desaparecido que proporcionen la dirección de las autoridades es el siguiente: "Vista la demanda de amparo, promovida por [...] fórmese juicio de amparo y regístrese en el libro de gobierno bajo el número 1256/2016-II [...] Luego, para estar en posibilidad de acordar sobre la admisión de la aludida demanda... requiérase a la parte promovente para que en el plazo de cinco días, computado legalmente, por escrito y bajo protesta de decir verdad, y con las copias necesarias de éste, cumpla con la siguiente prevención: ÚNICO. Precise el lugar de residencia de las autoridades responsables, toda vez que no hizo tal señalamiento, limitándose a mencionarlas... Señalamiento preciso que debe realizar la parte promovente para así estar en aptitud de tramitar la demanda de amparo. Con el apercibimiento de

ni éstas ni sus representantes hicieron, por lo que procedió a tener la demanda por no presentada:

Vista la certificación que antecede y el estado que guardan estos autos de los que se advierte que las promoventes [...], no dieron cumplimiento con la prevención formulada por auto de seis de diciembre de la presente anualidad; por tanto, se hace efectivo el apercibimiento contenido en dicho proveído, y con fundamento en el artículo 114, penúltimo párrafo de la Ley de Amparo, se tiene por no presentada la demanda de amparo que dio origen a la formación del presente expediente.⁴⁸

Se trata de una resolución llamativa porque, por regla general, la dirección de las autoridades es considerada por los Juzgados un "hecho notorio", es decir, se entiende del dominio público y no es por tanto indispensable que los amparistas las incluyan en sus demandas. Incluso una tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado de su Circuito (7o.) se ocupa explícitamente del asunto desde el rubro, que dice:

DEMANDA DE AMPARO. LA OMISIÓN DEL QUEJOSO DE SEÑALAR EL DOMICILIO DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES NO CONSTITUYE UNA IRREGULARIDAD QUE AMERITE REQUERIRLO PARA QUE HAGA EL SEÑALAMIENTO RESPECTIVO, CON EL APERCIBIMIENTO DE QUE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO SE DESECHARÁ AQUÉLLA.⁴⁹

Es claro que el Juzgado optó por no hacer nada para buscar a Luis Gerardo Uscanga Salomón (desaparecido desde el 10 de octubre de 2014), y para justificar su decisión usó una argumentación jurídica notablemente endeble.

que si la parte promovente no cumple cabalmente con la prevención señalada dentro del plazo concedido su demanda de amparo se tendrá por no presentada..." Auto del 6-dic-2016 dentro del Juicio de Amparo Indirecto 1256/2016 del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, de 12 de diciembre de 2016.

⁴⁸ Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, Resolución del amparo indirecto 1256/2016 del 21 de diciembre de 2016.

⁴⁹ Tesis [A.]: VII.2o.P5 K, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación*, junio de 2003, Reg. IUS 184157. También apoya esta interpretación una tesis aislada del Primer Circuito cuyo rubro reza HECHO NOTORIO, LO ES EL DOMICILIO DE UNA AUTORIDAD, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VIII, septiembre de 1991, Reg. IUS 221956.

Revisemos ahora los argumentos de las 20 resoluciones de sobreseimiento (aclarando que una misma resolución puede contener más de un argumento). Estos son de cuatro tipos: 1) la muerte del quejoso, indicando que los derechos violados son estrictamente personales (usado en una resolución); 2) la inexistencia del acto reclamado, demostrada por los informes de las autoridades señaladas y no desvirtuada por el quejoso (nueve resoluciones); 3) la cesación o la consumación irreparable del acto reclamado, explicando que el quejoso apareció o fue puesto en libertad (nueve resoluciones); y 4) el cambio de situación jurídica, en los casos en que se advierte que el quejoso fue puesto a disposición de un Juez (cinco resoluciones).

Como se ha insistido, las resoluciones de sobreseimiento no suelen pronunciarse sobre la cuestión de fondo (¿tuvo lugar una desaparición forzada?): basta con argumentar la razón formal que justifica terminar con el juicio. La excepción parcial son las que sobreseen por la inexistencia del acto reclamado, sobre todo aquellas en que los informes de las autoridades son complementados con el de un actuario judicial que se entrevistó con el quejoso y da fe de que no está desaparecido –aunque a veces resulte incierto si lo estuvo antes de su encuentro con el actuario.

En un estudio que muestra la tendencia al alza del porcentaje de sobreseimiento en Juzgados de Distrito entre 1940 y 1998, Ana Laura Magaloni afirma: "la interpretación judicial de las causales de improcedencia tienen [sic] un margen para el activismo y la auto-inhibición judicial",⁵⁰ y en el campo del amparo buscador, su afirmación es certera. En los últimos años los Jueces han respondido de formas distintas a las preguntas: ¿cuándo ha "cesado el efecto" de la desaparición

⁵⁰ Ana Laura Magaloni, "La política judicial de decidir sin resolver", en Angélica Cuéllar y Arturo Chávez (eds.), *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, FCPyS-UNAM, México, 2003, p. 352. La autora usa el concepto "tasa de sobreseimiento", pero puesto que lo que presenta son porcentajes y no tasas, he preferido usar el de "porcentaje".

forzada?, ¿sólo el desaparecido es afectado en sus derechos por la desaparición?, ¿cuáles son los derechos violados por una desaparición forzada y qué implica su restitución?, ¿qué debe tenerse por una demostración clara de la inexistencia de la desaparición? Este margen interpretativo le ha permitido a un pequeño número de Juezas abrirse paso en el laberinto y a una, incluso encontrar una salida y producir las primeras sentencias de fondo de amparos contra desaparición. Para apreciar mejor los contrastes, revisemos ejemplos de la interpretación tradicional de las causales de sobreseimiento.

En el amparo indirecto 832/2013 interpuesto ante el Juzgado Tercero de Distrito en Aguascalientes el 29 de abril de 2013, una señora reclama la desaparición forzada de su hijo. Al día siguiente se consigue contactar al joven, quien ratifica la demanda. Un agente del Ministerio Público reconoce en su informe que lo arraigaron, pero más adelante en el proceso de amparo remite copia de un documento del 6 de junio en el que se levanta el arraigo (lo presentaron al Juez penal), por lo que declara al juicio improcedente ya que "han cesado los efectos del acto reclamado". Este es un caso de juicio abortado porque el desaparecido aparece: el Juzgado ni siquiera entra al estudio de fondo del asunto (¿hubo una desaparición?, ¿se violaron derechos humanos?), porque la "aparición" corta el flujo procesal. Lo mismo se aplicó en el amparo indirecto 1542/2016-IV-A del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Yucatán, en el que la presunta víctima de desaparición fue liberada antes del dictado de la resolución. El sobreseimiento se justifica de esta forma:

indudablemente cesaron los efectos de los actos reclamados, pues éstos se hicieron consistir, esencialmente, en la detención, desaparición forzada y la ocultación de información sobre el paradero del menor del directo quejoso *; lo cual ya cesó, y por tanto indudablemente actualiza la causal de improcedencia en comento. Debe considerarse que los actos reclamados han dejado de producir sus efectos, así como que se consumaron en forma irreparable, ya que por su propia naturaleza, sería imposible restituir

al quejoso en el goce de los derechos que se hubieran violado y volver las cosas al estado que guardaban con anterioridad.⁵¹

Observemos que en la interpretación de estos Jueces "los efectos de la desaparición forzada": 1) recaen únicamente sobre el desaparecido; 2) se agotan con su liberación o su presentación frente a un Juez de control; 3) se consumaron irremediablemente y los derechos que violaron son de imposible restitución.

Veamos ahora los amparos sobreesidos por inexistencia del acto reclamado. En el juicio de amparo indirecto 942/2014 del índice del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato todas las autoridades señaladas negaron la desaparición. El Juzgado encontró al día siguiente de la presentación de la demanda, buscando en la base de datos judicial federal, que había una causa penal por delincuencia organizada contra el quejoso radicada en un Juzgado en Michoacán y llamó allí, averiguando que la persona que buscaba había sido aprehendida en cumplimiento de una orden de ese Juzgado y estaba recluida en una cárcel de Nayarit. Consecuentemente, el Juzgado solicitó a sus homólogos de Nayarit que comisionaran a un actuario para notificar al quejoso de la demanda de amparo interpuesta en su nombre y preguntarle si deseaba ratificarla –cosa que el preso hizo–.⁵² De lo anterior el Juez extrae la siguiente conclusión:

[La negativa de las autoridades a reconocer los actos] se corrobora con la constancia de notificación practicada al quejoso ***** de fecha quince de los actuales [octubre de 2014], advirtiéndose que no se encontraba incomunicado ya que fue localizado en el Centro Federal de Readaptación Social Número Cuatro "Noroeste", en Rincón, Municipio de Tepic, Nayarit, lugar en el que se encuentra recluido y a disposición del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Michoacán al instaurarse el proceso penal ***** por los delitos de ***** por lo que es evidente de tanto el acto

⁵¹ Sentencia del amparo indirecto 942/2014 del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, de 29 de octubre de 2014.

⁵² Auto del 15/10/2014 del juicio de amparo indirecto 942-2014 del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, de 16 de octubre de 2014.

de incomunicación como la privación ilegal de la libertad fuera de todo procedimiento y la desaparición forzada no existen.⁵³

El razonamiento es el siguiente: si fue posible localizar al quejoso y está a disposición de un Juez penal, no está incomunicado ni desaparecido y por tanto no hay motivo para continuar el juicio de amparo. Notemos que la detención, según el expediente, tuvo lugar el 13 de octubre, la demanda de amparo el 14 de octubre y el oficio que recibió el Juzgado en Michoacán para notificarle que se había ejecutado su orden de aprehensión es del 15 de octubre: ignoramos qué ocurrió en todo ese tiempo. Observemos ahora que el Juez de Guanajuato no se pronuncia sobre si "hubo" una desaparición forzada: simplemente observa que "no existe" –y, si existió, probablemente nada cambiaría, ya que, como vimos, para el momento de dictar la resolución "habrían cesado sus efectos"–. Veamos un último ejemplo.

El Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Aguascalientes recibió una demanda de amparo contra desaparición forzada el 15 de abril de 2015. Las autoridades señaladas negaron los hechos y el Juez razona en la sentencia:

Sin que pase inadvertido que los actos reclamados por la quejosa, consistentes en la privación de la libertad, se llevaron a cabo por la autoridad ordenadora Agente del Ministerio Público de la Federación en turno, de la Delegación de la Procuraduría General de la República en el Estado de Aguascalientes, en su carácter de ordenadora, ante quien fue puesta a disposición; sin embargo, aún y cuando se requirió a la parte quejosa para que manifestara si quería señalarla como responsable, ésta fue omisa en designarla así, por lo que es inconcuso que jurídicamente no es posible examinar la constitucionalidad de los actos que emitieron, debido a que no se le llamó a juicio y por ende no tuvo la oportunidad de demostrar la constitucionalidad de sus actos.

⁵³ Sentencia del juicio de amparo indirecto 942/2014 del Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, de 29 de octubre de 2014.

Por lo que, no se puede analizar el acto reclamado de las autoridades señaladas como responsables ejecutoras, toda vez que se surte la causa de improcedencia prevista por el artículo 61, fracción XXIII en relación el artículo 108, fracción III de la Ley de Amparo, ya que su actuar se encuentra constreñido a darle cumplimiento a lo mandado por la autoridad ordenadora.

Todo esto quiere decir que el Juez identificó a los responsables de la detención y posible desaparición de la quejosa, le pidió a ésta que los señalara (pues no estaban en la demanda original), por algún motivo no lo hizo y por tanto, concluye, no hay nada que decir sobre su proceder. Este caso, junto con el del Juez de Veracruz que pidió a los promoventes la dirección de las autoridades, ilustran una baja disposición a suplir la deficiencia de la queja⁵⁴ por parte de los juzgadores.

Hemos revisado ya las soluciones convencionales que los Juzgados de Distrito tienen para las demandas de amparo contra desaparición forzada: desechar, condicionar la tramitación de la demanda a que los posibles desaparecidos ratifiquen,⁵⁵ enviar oficios pidiendo informes y ordenando que dejen de desaparecer al desaparecido, recibir oficios en que se rinden informes negando los hechos, y sobreseer tanto si las personas que buscan aparecen (vivos o muertos) como

⁵⁴ En general se estima que los Jueces deben comportarse como árbitros imparciales entre partes y, por lo tanto, limitarse a examinar las pruebas, argumentos y pretensiones que éstas han aportado, sin modificarlas de ninguna forma para no beneficiar o perjudicar a ninguna. Ahora bien, en ciertos casos, por ejemplo cuando están en juego los derechos de grupos vulnerables o de menores, sí se espera (y con frecuencia es obligatorio) que el Juzgador mejore lo que alguna o ambas partes le han presentado, de modo que se obtenga una protección más cabal para los involucrados. En el caso de demandas de amparo contra desaparición forzada las reglas aplicables están contenidas en el artículo 79 de la Ley de Amparo, y dictan, entre otras cosas, que los juzgadores deben suplir la deficiencia de la queja de los conceptos de violación o agravios: "a) en materia penal: en favor del inculpado o sentenciado; y b) en favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente" y "en cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio".

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el auto del Juzgado Octavo de Distrito en Guanajuato en el amparo indirecto 864/2017 (proceso abierto en el que el desaparecido, un menor de edad detenido el 1 de septiembre de 2017, no ha sido localizado) en el que el Juez indica "este Juzgado se reserva proveer respecto de la admisión de la presente demanda hasta en tanto se logre la localización del directamente agraviado". Auto de 3 de septiembre de 2017 en el amparo indirecto 864/2017, Juzgado Octavo de Distrito en Guanajuato, de 4 de septiembre de 2017.

si no lo hacen, omitiendo entrar al estudio de fondo y dictar cualquier medida en la resolución final que dé garantía judicial a los derechos de las posibles víctimas. Revisaremos ahora algunos casos atípicos, permitiéndonos entrar en detalles tanto de las acciones de búsqueda como de los argumentos jurídicos, pues constituyen lo que denominaremos "interpretación rupturista" de las normas del juicio de amparo, que al final de este apartado compararemos sintéticamente con la "interpretación inercial", cuyas características hemos revisado hasta ahora.

El 19 de junio de 2013, una señora interpuso ante el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Coahuila de Zaragoza, con residencia en Monclova, una demanda de amparo por la ilegal detención e incomunicación de su hijo, Juan Carlos Moreno, efectuada por agentes del Grupo de Armas y Tácticas Especiales (GATE), élite de la policía estatal de Coahuila. A Juan Carlos lo detuvieron junto con otros jóvenes tras un choque automovilístico en la ciudad. En respuesta a la demanda, la Jueza Magdalena Hipólito pidió informes a las autoridades, a entregarse en un plazo de tres horas, y envió a un actuario a buscar a Carlos a un corralón que los GATE ocupaban como base de operaciones, pero los agentes le impidieron la entrada –lo que repitieron con el Secretario del Juzgado–. El Juzgado solicitó entonces el apoyo de la policía municipal y la Jueza se presentó al corralón dispuesta a entrar por la fuerza, pero las madres y esposas de los detenidos le indicaron que ya se los habían llevado y la Procuraduría de Coahuila le informó que todos los detenidos serían puestos a disposición de la PGR.

Al día siguiente, la Jueza se presentó en compañía de un actuario a las oficinas de la PGR y exigió pasar a los separos. Tras enfrentar la reticencia de los agentes, le franquearon el paso a una escena dantesca: en las celdas se encontraban los detenidos con señales de haber sido víctimas de torturas brutales (despellejamiento, lesiones severas, etc.) y al cuidado de agentes del GATE, sus torturadores. La Jueza se encaró entonces con los custodios y les exigió que abandonaran la escena para poder entrevistarse con los detenidos, tras lo cual consiguió

que éstos le contaran lo ocurrido y uno de ellos le indicó que Juan Carlos murió durante la tortura a la que los GATE los habían sometido. La Jueza procedió entonces a levantar demandas de amparo por comparecencia a los presentes y a sacar de las celdas a un menor de edad que los Agentes del Ministerio Público no habían tenido el reparo de recluir separadamente. Esa noche, la Subprocuraduría de la PGR envió a los detenidos en avión a Hermosillo (Sonora) y consiguió que un Juez de Distrito de ese estado dictara el auto de formal prisión en su contra—por obvias razones no deseaban consignar a los detenidos en Monclova, pues el Juzgado Quinto es mixto, además de los amparos podía tocarle calificar la legalidad de las detenciones, y el hecho de que la Jueza hubiera atestiguado personalmente el estado de los torturados no iba a ayudar a los agentes del ministerio público federal a obtener autos de formal prisión de su parte—.

El 25 de junio la Jueza reclasificó el acto reclamado, que pasó de ser "ilegal detención e incomunicación" a "desaparición forzada", con lo cual activó el último párrafo del artículo 15 de la Ley de Amparo (búsqueda judicial) que hemos comentado en apartados anteriores. Ordenó entonces a los GATE involucrados en las detenciones, *individualmente*,⁵⁶ que rindieran informes al Juzgado. El 28 de junio realizó una inspección judicial en la que pudo localizar el vehículo de

⁵⁶ La sentencia indica que, entre los informes con que cuenta el expediente, se encuentran los de varios miembros del GATE. Uno de los agentes que tuvo que rendir un informe individualizado fue Iván Vladimir Monsiváis Martínez. La Jueza indicó en entrevista que no había habido ningún deslinde de responsabilidad penal por estos hechos de tortura y desaparición forzada. Para reflexionar sobre las consecuencias de la impunidad, vale la pena notar que, años más tarde, la prensa local informa que Monsiváis, integrado para ese entonces al Grupo de Reacción Operativa Metropolitana (GROM), fue consignado en 2017 por un homicidio calificado (causa penal 238/2017) cometido el 28 de octubre de 2017, en la carretera Saltillo-Zacatecas. Juan Francisco Valdés, "Hasta 50 años de cárcel alcanzarían los agentes del GROM por homicidio en carretera Saltillo-Zacatecas", *Vanguardia*, 1 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.vanguardia.com.mx/articulo/hasta-50-anos-de-carcel-alcanzarian-los-groms> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018). Otro de los agentes al que se le solicitó un informe por la desaparición de Juan Carlos fue Hugo Alfredo Palacios Lucio. También en 2017, un periódico reporta que, en estado de ebriedad, estando en Saltillo estrelló su vehículo contra un arbotante, y advirtió que era miembro del GATE a los policías que lo detuvieron. Redacción, "Se estrella un GATE. Conducía en estado de ebriedad", *El diario de Coahuila*, 18 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.eldiariodecoahuila.com.mx/locales/2015/1/18/estrella-gate-481355.html> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juan Carlos en la base operativa de los GATE –más adelante los agentes declararían que alguien más lo iba manejando, porque negaron sistemáticamente haber detenido al desaparecido–. Adicionalmente, exhortó a todas las autoridades ministeriales a investigar el paradero del desaparecido y los hechos.

Las familiares del desaparecido realizaron manifestaciones y se encararon con los GATEs en las calles de Monclova, recibiendo amenazas y atrayendo la atención de los medios locales. Finalmente, el 17 de julio, gracias a una llamada anónima, el cuerpo de Moreno fue hallado en una fosa séptica, decapitado. Notificado de esto, el Juzgado Quinto sobreseyó el 30 de septiembre por actualizarse la causal "muerte del quejoso".⁵⁷

De este caso es importante retener lo siguiente: 1) la titular del Juzgado se involucra personalmente en la búsqueda; 2) el Juzgado da a las autoridades tres horas para presentar sus informes (lapso inusualmente corto)⁵⁸ y los pide individualizados para cada persona que puede vincular a los hechos; 3) no concluye que los hechos son inexistentes tras la negativa de las autoridades a reconocerlos, e investiga por su cuenta; 4) reclasifica los actos reclamados ante evidencia de

⁵⁷ La información con la que se reconstruyó esta secuencia proviene de una entrevista telefónica con Magdalena Hipólito realizada el 1 de febrero de 2018, de notas de prensa y de la sentencia del amparo. Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 320/2013 del Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Coahuila de Zaragoza, con residencia en Monclova, de 30 de septiembre de 2013; Redacción, "No aparece detenido por GATEs", *La policiaca*, 20 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.lapolicia.com/nota-roja/no-aparece-detenido-por-gates/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018); Redacción, "Manifestantes encaran a GATEs", *La policiaca*, 22 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.lapolicia.com/nota-roja/manifestantes-encaran-a-gates/> (22 de marzo de 2018); y Redacción, "Hallan osamenta de Juan Carlos", *La Policiaca*, 18 de julio de 2013. Disponible en <https://www.lapolicia.com/nota-roja/hallan-osamenta-de-juan-carlos/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

⁵⁸ Lo usual es que los Juzgados de Distrito proporcionen mucho más tiempo a las autoridades para rendir sus informes –24 horas generalmente–. Como ejemplo que ilustra lo reducido que es un plazo de tres horas, observemos que en el juicio de amparo indirecto 511/2016, promovido ante el Juzgado Primero de Distrito en Baja California con residencia en Mexicali contra la desaparición de Graciela Ramos, el Juez dio al Gobernador del Estado seis horas para rendir su informe y, como no cumplió en el plazo, le impuso una multa. El gobernador interpuso una queja contra esa multa alegando que era imposible responder en tan corto tiempo, y tocó resolver al Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, que falló en su contra. Resolución de la Queja 133/2016 del Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, 13 de octubre de 2016.

desaparición forzada para activar las facultades de búsqueda judicial; 5) avanza en el proceso aun sin la ratificación del desaparecido; 6) presiona a autoridades ministeriales para investigar; y 7) el cuerpo de Juan Carlos Moreno apareció. Revisemos un segundo caso atípico.

El 27 de noviembre de 2015, una señora presentó ante el Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato un amparo indirecto a nombre de su esposo, Juan Flores, quien fuera capturado en su domicilio por militares dos días antes y desaparecido. El expediente quedó registrado con el número 1035/2015, y la sentencia de casi 300 páginas que el Juzgado dictó al año siguiente es la primera y casi la única en su tipo, pues aunque Flores continúa desaparecido, en ella quedó asentado que la Jueza Karla Macías y su equipo lo buscaron intensamente, obtuvieron información crucial sobre su destino, acreditaron su desaparición forzada, dejaron constancia de múltiples irregularidades de las procuradurías estatal y federal en la investigación de los hechos, identificaron posibles perpetradores y, finalmente, concedieron el amparo tanto al desaparecido como a su esposa, ordenando a un amplio rango de autoridades medidas de reparación, satisfacción, restitución y no repetición.

El Juzgado Noveno comenzó su búsqueda enviando un actuario a los lugares en que podría encontrarse Flores y solicitando informes a las autoridades señaladas. Los informes fueron todos negativos, pero el Juzgado averiguó que Flores, tras su captura por parte de los soldados, había estado bajo un arresto administrativo (notoriamente ilegal) durante seis horas en una celda de la policía municipal de Pénjamo. La Jueza decidió entonces dar una interpretación cabal al último párrafo del artículo 15 de la Ley de Amparo, específicamente donde dice que el Juez deberá "requerir a las autoridades correspondientes **toda la información** que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima", por lo que complementó la solicitud de informes escritos con la de videograbaciones de cámaras de seguridad, que recibió el 30 de noviembre. En ellas pudo observar el momento en que los soldados entregan a

Flores en las oficinas de la policía municipal, y también cuando éste sale, en la madrugada, y es seguido por una camioneta militar y tres sujetos uniformados, tras lo cual no vuelve a vérselo en las filmaciones (ni, a la fecha, a saberse de él).

Apoyada en los videos, la Jueza comenzó a pedir datos específicos al Ejército, lo que le permitió saber que quienes iban a bordo del vehículo blindado en la madrugada del 26 eran los mismos que habían capturado a Flores el 25, y que los informes de las autoridades eran inconsistentes con las declaraciones ministeriales de los soldados. Se envió, entonces, a actuarios para que buscaran a Flores en instalaciones militares, lo cual fue obstaculizado por los soldados, pero finalmente tuvo lugar, sin resultados. Para complementar la búsqueda, se pidió al Ministerio Público de Guanajuato que enviara los avances de su investigación, y se solicitó a las procuradurías de los estados circundantes y de la justicia militar que realizaran indagaciones sobre el paradero del desaparecido. Adicionalmente, se realizó una inspección judicial en el domicilio del desaparecido, desahogada personalmente por la titular del Juzgado, en la que recabaron los testimonios de los vecinos en torno a la captura y fue posible establecer contacto telefónico con la esposa del desaparecido, que había partido al exilio junto con sus nietos.

Los abogados que representaban a la señora se presentaron al Juzgado a renunciar. La Jueza ordenó al Instituto Federal de la Defensoría Pública que le designara un asesor jurídico, a lo que éste se negó, alegando que el quejoso no entraba en el supuesto de un "adulto que tenga limitada la capacidad de representarse a sí mismo". Dos meses más tarde, y tras insistir en que los desaparecidos cumplen a la perfección dicho supuesto, el Juzgado finalmente consiguió que el instituto designara a un asesor para los quejosos. Adicionalmente, el Juzgado tramitó la incorporación de Flores al Registro Nacional de Datos de Personas Extraditadas o Desaparecidas, dejó constancia de sus dificultades para conseguirlo e

intentó –sin éxito– que el Ministerio Público tramitara una declaración especial de ausencia por desaparición.⁵⁹

En términos jurídicos, el Juzgado determinó que condicionar el proceso a que el desaparecido ratificara la demanda era una petición de principio, ya que su derecho a la personalidad jurídica estaba siendo violado por la desaparición forzada.⁶⁰ Para llevar el juicio a término y proteger un espectro más amplio de derechos, argumentó que también los derechos de la esposa estaban siendo violados por la desaparición forzada y al final les concedió el amparo a ambos. Adicionalmente, invocando jurisprudencia y tratados internacionales, justificó y dictó medidas de reparación. La sentencia dio todas estas órdenes a las autoridades:

1) El Ministerio Público de Pénjamo debe declararse incompetente y enviar el expediente a la Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas de la PGR. 2) El Fiscal federal debe seguir el proceso en el marco del sistema oral acusatorio, clasificar el caso como desaparición forzada, investigar de acuerdo al "Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada"⁶¹ y de forma "pronta, exhaustiva, diligente, acuciosa, puntual, ágil, completa, imparcial, objetiva, expedita, inde-

⁵⁹ Esta secuencia fue reconstruida a partir de una entrevista por videoconferencia con el equipo del Juzgado Noveno del 23 de junio de 2017, la extensa y detallada sentencia del amparo y notas de prensa. Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 1035/2015-VIII del Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, 1 de septiembre de 2016; Redacción, "Delatan con cámaras desaparición forzada", *AM*. Disponible en: <https://www.am.com.mx/2016/09/07/irapuato/local/delatan-con-cameras-desaparicion-forzada-311550> (22 de marzo de 2018); César Martínez, "Toma juez la iniciativa"; *Reforma*, 2 de julio de 2017. Disponible en <http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=1152123&y=4> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

⁶⁰ El razonamiento es el siguiente: ratificar una demanda es un acto jurídico, un ejercicio del derecho humano a la personalidad jurídica. Si el derecho a la personalidad jurídica está siendo vulnerado por la desaparición, es función del Juzgado restituir a la víctima en el goce del mismo (ponerlo nuevamente en condiciones de ejercerlo); el Juez no puede condicionar sus actuaciones a que la víctima haga aquello que, por las circunstancias, no sólo le resulta imposible sino que es responsabilidad del Juzgado posibilitar.

⁶¹ PGR, "Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada", México, 2015. Disponible en http://www.pgr.gob.mx/que-es-la-pgr/PGR_Normateca_Sustantiva/Protocolo%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

pendiente, autónoma, objetiva, técnica y profesional" y considerar que en los hechos es patente la intervención de los militares a los que identificó el Juzgado. 3) El Fiscal debe buscar a Flores hasta encontrarlo, y publicar en la página de la PGR la investigación y las pruebas actualizadas semanalmente. 4) El amparo no se considerará cumplido sino hasta que se concluya la investigación. 5) El Fiscal debe solicitar la declaración de ausencia de Flores. 6) La sentencia debe ser divulgada en un diario de Guanajuato por la Presidencia Municipal y en uno nacional por la autoridad militar. 7) El Ejército debe permitir el ingreso de la policía a sus instalaciones. 8) La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) debe inscribir a Flores en el Sistema de Información Nacional de Personas Extraviadas y Fallecidas no Identificadas (SINPEF).⁶² 9) La Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas debe inscribir a Juan, su esposa y su hijo en el Registro Nacional de Víctimas. La sentencia los reconoce como víctimas y podrán acceder a atención médica, psicológica y psiquiátrica por parte de la institución, a la que además se le ordena iniciar el procedimiento para pagar una compensación a los familiares.

Varias de estas autoridades pidieron la revisión de la sentencia, la cual fue a dar al Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito con el amparo en revisión 5/2017. La Jueza Macías solicitó a la Suprema Corte que atrajera la revisión, con la idea de que el Máximo Tribunal sentara jurisprudencia y las salidas del laberinto que su Juzgado encontró dieran un paso hacia su transformación en normas vinculantes para el resto de los juzgadores. Su solicitud (originalmente desechada)⁶³ fue adoptada por el Ministro José Ramón Cossío

⁶² El SINPEF es un conjunto de tres bases de datos: SINPEF Integración, SINDE (Personas Extraviadas, Desaparecidas o Ausentes) y SINFANI (Personas Fallecidas No Identificadas). Fue creado en 2007 y es administrado desde su origen por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Ninguna de estas bases es de consulta pública. Una descripción de su contenido y reglas de integración puede encontrarse en Doria del Mar Vélez Salas y Manuel Alejandro Vélez Salas, *Desapariciones forzadas e involuntarias: El registro estadístico de la desaparición ¿delito o circunstancia?*, Friedrich Naumann Stiftung Für die Freiheit/Observatorio Nacional Ciudadano, México, 2017, pp. 43-44.

⁶³ Tras la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a México por la desaparición forzada de Rosendo Radilla (2009) la SCJN decidió "Determinar cuáles son las obligaciones concretas que corresponden

(Solicitud de atracción 634/2016), con lo cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la atracción, pero decidió no realizarla por una mayoría de tres votos.⁶⁴

En la resolución de la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción se resumen los argumentos que las Procuradurías y la Secretaría de la Defensa Nacional –autoridades condenadas en la sentencia del Juzgado Noveno– esgrimen al interponer su recurso de revisión: nunca se cometió una desaparición forzada, la Jueza se extralimitó e invadió competencias de otras autoridades, no puede ordenarse una reparación si no se acredita un delito ante un Juez penal, el artículo 15 de la Ley de Amparo no habilita al Juzgado ni a pronunciarse sobre cómo investigan o deben investigar las autoridades ministeriales, ni tampoco a hacerlo por su cuenta, no se acredita la desaparición forzada con las pruebas disponibles, los militares a los que se señala en la sentencia no fueron oídos en juicio, no se prueba que la esposa del desaparecido tenga una afectación a causa de estos hechos, negar el acceso a un actuario a una base militar no es obstaculizar

al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas", para lo cual su Pleno resolvió en julio de 2011 el expediente Varios 912/2010. El documento es célebre por múltiples razones, pero para nuestros fines cabe dirigir la atención del lector al numeral 55, que dice "Se ordena a todos los Juzgados y Tribunales federales del país, que en caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para ésta [sic] reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia." Para que los juzgadores del país lo tuvieran bien presente se les envió una circular fechada el 11 de octubre de 2011 (4/2011-P) que reiteraba y enfatizaba esta instrucción. Es en cumplimiento de esto que la Juez Macías envía el expediente de Flores (un hombre que, como Radilla, fue víctima de desaparición forzada a manos del Ejército) a la SCJN con miras a que ésta atrajera su revisión. No deja de ser llamativo que la mayoría de la Primera Sala resolviera no hacerlo porque, según se lee en la resolución, "no se satisfacen las condiciones", que son "interés, importancia y trascendencia". Observemos ahora que en una solicitud de información (folio 0330000202017) dirigida a la SCJN se le pide que indique en cuántas oportunidades los Juzgados y Tribunales le habían remitido, en acatamiento al numeral 55 del Varios 912/2010, informes o avisos sobre asuntos de desaparición forzada para que los atrajera, y la respuesta, fechada el 11 de octubre de 2017, es la siguiente: sólo una, la de Macías. Según parece, sólo caen en la categoría "tema de importancia y trascendencia" a la que hacía alusión el numeral 55 del Varios 912/2010 los asuntos vinculados con control de convencionalidad difuso y fuero militar (numeral 22): *habeas corpus* y desaparición forzada no califican.

⁶⁴ Votaron a favor José Ramón Cossío y Alfredo Gutiérrez, y en contra Arturo Zaldívar, Jorge Pardo y Norma Piña. Véase la resolución final –no atracción– Solicitud de ejercicio de la Facultad de Atracción 634/2016. Solicitante: Ministro José Ramón Cossío Díaz; y el proyecto original del Ministro Cossío –que proponía atraer– Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con la Solicitud de ejercicio de la facultad de Atracción 634/2016.

una búsqueda judicial si unos días más tarde se le permite pasar, etc. En resumen, los argumentos son: 1) nunca desaparecimos a nadie; 2) aun si así hubiera sido, no está probado; y, aun si lo estuviera, las pruebas disponibles deben descartarse por ilegales; 3) en un amparo contra desaparición forzada, el Juez no debe ponerse a investigar, ni pronunciarse sobre cómo investigan o deberían investigar otros, ni sobre si hubo o no un delito y quién lo cometió; y 4) el juicio de amparo no sirve para reparaciones.

Es claro que lo que está en juego, como atinadamente se reflexiona en el voto particular del Ministro Cossío, es la determinación de "¿Cuáles son los alcances del juicio de amparo cuando funciona como recurso de hábeas corpus?". La desaparición forzada es, al mismo tiempo, un delito y una violación grave de derechos humanos, y por tanto un asunto que atañe tanto a fiscales, policías y Juzgados penales como a Jueces constitucionales. Esto es así, por cierto, por un excelente motivo, cuando hablamos de investigar y castigar institucionalmente la desaparición forzada, estamos pidiéndole al Estado algo particularmente difícil: que se restrinja, investigue y sancione a sí mismo (y el Poder Judicial, con su autonomía orgánica frente al Ejecutivo y su calidad de garante de los derechos, tiene un papel fundamental en que esto ocurra).

Ahora bien, la pregunta jurídico-competencial sobre la que rechazó pronunciarse la Primera Sala es: ¿qué le toca a los Jueces y qué a los policías, según las normas vigentes? A final de cuentas, el asunto será resuelto en el Tribunal Colegiado de Guanajuato: de sus Magistrados depende el destino de la sentencia del Juzgado Noveno, que no sólo es del interés de los quejosos, sino también de todo el movimiento de búsqueda de personas desaparecidas en el país. Lamentablemente, el alcance de las resoluciones de los Tribunales Colegiados se limita a los Jueces de su Circuito: al no atraer el caso, la Suprema Corte desaprovechó la oportunidad de generar criterios orientadores a nivel nacional –y, habida cuenta de lo infrecuente que es la elevación de estos asuntos a los órganos superiores, tal vez tengamos que esperar largo tiempo para otra ocasión propicia–.

Independientemente de lo que resulte en la revisión, del ejemplo del Juzgado Noveno vale la pena retener: 1) la titular se involucra personalmente en la búsqueda; 2) las normas sobre búsqueda judicial son interpretadas de forma amplia y la información solicitada a las autoridades es diversa (no sólo informes); 3) el Juzgado convence al Instituto Federal de la Defensoría Pública de proporcionar asesoría jurídica a la quejosa; 4) el Juzgado realiza una investigación exhaustiva en paralelo al procesamiento de la demanda penal; 5) se otorga la calidad de quejosa a la esposa del desaparecido por considerar que también es víctima de la desaparición, y se busca proteger sus derechos; 6) se obvia la ratificación de la demanda por parte del desaparecido; 7) se dicta una sentencia de fondo en la que se acredita la desaparición forzada y se dan órdenes a un amplio rango de autoridades.

El siguiente cuadro (4) compara sintéticamente la interpretación inercial y la interpretación rupturista de normas jurídicas relevantes para los juicios de amparo buscador.

Cuadro 4. Interpretaciones de las disposiciones de la Ley de Amparo		
Normas	Interpretación inercial	Interpretación rupturista
Principio de instancia de parte agraviada (necesidad de que el desaparecido ratifique la demanda).	Si el quejoso directo (posible desaparecido) no es localizado, el juicio se suspende y posteriormente puede tenerse a la demanda por no presentada (se desecha).	Es una petición de principio exigirle a un desaparecido que realice un acto jurídico (como "ratificar una demanda de amparo"), la desaparición es también una violación de su derecho a la personalidad jurídica.
Sobreseimiento: Cesación de los efectos del acto reclamado.	La disponibilidad de información sobre el paradero del quejoso y/o su liberación agotan los efectos de la desaparición forzada –y las obligaciones del Juzgado–.	Los efectos del acto reclamado se extienden más allá de la falta de información sobre el desaparecido e incluyen todos los que su ausencia y la incertidumbre sobre su destino producen en sus allegados, así como todas las consecuencias de la desaparición aun en caso de que aparezca.

Sobreseimiento: Consumación irreparable del acto reclamado.	No hay forma de restituir al quejoso en el goce de los derechos violados por la desaparición forzada. El Juez de amparo debe limitarse a localizarlo y, si lo logra y resulta que está privado de su libertad, a evaluar la legalidad de su detención y cautiverio.	Sí hay forma de restituir al quejoso y a las víctimas indirectas en el goce de los numerosos derechos humanos violados por la desaparición forzada. El Juez de amparo debe velar por la vigencia del derecho a la libertad, a la vida, a la justicia, a la debida diligencia en la investigación ministerial, a la reparación, a la vida digna, al trabajo, a la personalidad jurídica, etc.
Sobreseimiento: Inexistencia del acto reclamado.	Si las autoridades niegan haber ejecutado la desaparición forzada, toca al promovente o al quejoso demostrarlo, y si no puede, se la declara inexistente.	La desaparición forzada por definición involucra que los perpetradores nieguen los hechos. Los informes de las autoridades son insuficientes para considerarla inexistente y el Juzgado debe hacerse de elementos propios para determinar si tuvo o no lugar.
Titularidad de los derechos violados.	Los derechos violados por la desaparición forzada son estrictamente personales y por tanto la muerte del quejoso vuelve inútil la continuación del juicio de amparo.	La desaparición forzada también viola derechos de los allegados al desaparecido, que están tan necesitados de protección judicial como éste.
Suplencia de la deficiencia de la queja.	El juzgador puede suplir la deficiencia en lo tocante a los razonamientos de la demanda, pero no en cuanto a los actos reclamados o autoridades señaladas.	El juzgador puede suplir la queja en cuanto al acto reclamado y a los quejosos.
Alcances de la búsqueda y localización.	El Juzgado debe pedir informes a todas las autoridades señaladas por el quejoso y, eventualmente, comisionar actuarios para buscarlo en centros de detención.	El Juzgado debe pedir informes a las autoridades y también videograbaciones, registros, roles de personal y en general cualquier medio de prueba que pueda conducir a la localización del desaparecido; además debe realizar diligencias propias de búsqueda involucrando al titular.
Alcances de la restitución de los derechos violados.	La restitución no incluye reparaciones.	La restitución incluye reparaciones –la misma sentencia de amparo puede ser una de ellas–.

Habiendo explorado dos modos de interpretar las leyes con implicaciones relevantes tanto en la búsqueda judicial como en el carácter de la resolución final de los juicios de amparo contra desaparición forzada, resta hacer unas notas sobre las limitaciones materiales que enfrentan incluso los Juzgados más creativos. La primera (ya se mencionó pero no está de más insistir) es que el Juez federal, en su función de buscador, es autoridad en donde el Estado existe: su investidura, sus órdenes y sus amenazas de sanción imponen, en el mejor de los casos, sólo a aquéllos que están formalmente incorporados a alguna de las líneas de mando del poder público.

La segunda limitación material es que los agentes del Estado que practican desapariciones pueden nulificar las actuaciones judiciales de formas mucho más sutiles que impedir el acceso de los actuarios a las instalaciones. Para ejemplificarlo, citemos a un capitán del Ejército que testifica en un juicio penal seguido contra otros militares por abusos cometidos durante la Operación Conjunta Chihuahua (2008): "El personal de 'MECÁNICOS y/o QUÍMICOS' tenían [sic] una camioneta, tipo van, color blanco, cerrada, donde escondían a los detenidos cuando llegaba a presentarse algún actuario a las instalaciones del Campo Militar".⁶⁵ Aun ejecutándose una búsqueda judicial cabal, es factible que los desaparecedores consigan ocultar exitosamente a las víctimas –sea dentro de instalaciones públicas, como con el caso de la camioneta blanca del ejemplo, o bien fuera de ellas, en centros clandestinos de reclusión–.

La tercera limitación es que, para que una búsqueda judicial despliegue todo su potencial, los Juzgados necesitan desarrollar capacidades que no forman parte

⁶⁵ Sentencia del amparo en revisión penal 650/2014, Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, de 28 de mayo de 2015, pág. 42. "Mecánicos y químicos" es el nombre de un grupo que, según consta en los testimonios, tenía a su cargo los interrogatorios y torturas de los detenidos en la base militar.

de su repertorio tradicional. El Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato, ante una demanda de amparo por desaparición forzada posterior a la de Juan Flores, decidió combinar el artículo 15 de la Ley de Amparo (búsqueda judicial) con los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que obligan a las empresas que prestan servicios de telecomunicación (como telefonía móvil) a atender los mandamientos de las autoridades judiciales. De ese modo, solicitó y, en cuestión de horas, obtuvo la sábana de geolocalización del teléfono celular del desaparecido,⁶⁶ pero después tuvo dificultades para interpretar la información y ejecutar acciones de búsqueda eficaces con base en ella. Si bien es claro que los Juzgados tienen un gran potencial para fungir como Órganos de reacción ante la desaparición forzada, también lo es que, en los casos en que enviar oficios y comisionar actuarios es insuficiente, éste no puede actualizarse a plenitud si no se cuenta con protocolos adecuados y capacitaciones suficientes.

4.4. Los jefes del laberinto: reglas y vigilancia desde los tribunales

El Poder Judicial Federal es un sistema institucional jerarquizado en el que los Juzgados de Distrito (mayoritariamente encargados de las actuaciones que nos interesan en este texto) ocupan la base de la pirámide. Los órganos superiores –los Tribunales, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y la Suprema Corte– tienen varias formas de regular, corregir y controlar a los inferiores, entre las que se cuentan los recursos, las evaluaciones y la jurisprudencia. Veámoslos por orden.

⁶⁶ La sentencia acredita una desaparición forzada cometida por la Policía Municipal de Salamanca, y es la segunda sentencia de fondo dictada en un juicio de amparo contra desaparición forzada (la primera, del mismo Juzgado, es la 1035/2015). Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 656/2017, Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato, de 5 de enero de 2018.

Varios recursos contemplados en el diseño del juicio de amparo (como queja o revisión) son interpuestos por las partes para solicitar al órgano inmediatamente superior al que lleva el caso que corrija o anule lo que éste está haciendo o hizo: esto produce efectos sobre el asunto específico. Para producir efectos sobre todos los procesos judiciales se emplea el sistema de jurisprudencia, pues, sin entrar en detalles sobre un tema que destaca por su tecnicidad, los órganos inferiores tienen la obligación genérica de resolver sus asuntos aplicando los criterios que sus superiores usaron para asuntos semejantes.⁶⁷ En México, el medio tradicional en amparo por el que los órganos jurisdiccionales superiores comunican a los inferiores las reglas y criterios que deben emplear es la creación y publicación de tesis basadas en sus resoluciones (reglas contenidas en centenas de miles de pequeños textos a los que las partes en un juicio recurren para apoyar sus pretensiones y los Jueces citan para fundamentar sus decisiones). Por último, sobre la evaluación, mencionaremos únicamente que un mecanismo del que dispone el CJF (máxima autoridad administrativa del Poder Judicial Federal) para moldear en general las prácticas judiciales es su control administrativo sobre la carrera judicial: el trabajo de los Juzgados se encuentra sujeto a visitas y revisiones periódicas en las que se evalúan cosas como su asertividad (porcentaje de sentencias confirmadas) o rezago. Esto hace, por ejemplo, que dilatar un juicio de amparo contra desaparición forzada con el fin de continuar la búsqueda judicial juegue en contra de los indicadores de eficiencia del Juzgado –y todo lo contrario ocurre con el sobreseimiento, cuyas sentencias son, además, muchísimo más cortas y sencillas de producir que las de fondo–.⁶⁸ En este apartado se revisa el

⁶⁷ Sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia, su fundamento y sus particularidades en el sistema mexicano puede revisarse Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, "Las veinticinco principales reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación", *Criterio y conducta: revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, núm. 9, ene-jun 2011, pp. 19-57.

⁶⁸ "Una sentencia de sobreseimiento requiere de 10 a 20 veces menos tiempo que una sentencia de fondo [...] cuando el Juez opta por una sentencia de sobreseimiento está optando por el camino de solución que menos tiempo y esfuerzo le requieren". Magaloni, *op. cit.*, pp. 352-353.

uso de jurisprudencia en resoluciones de amparo contra desaparición forzada y algunas actuaciones de los órganos de alzada (tribunales) frente a recursos interpuestos por los quejosos.

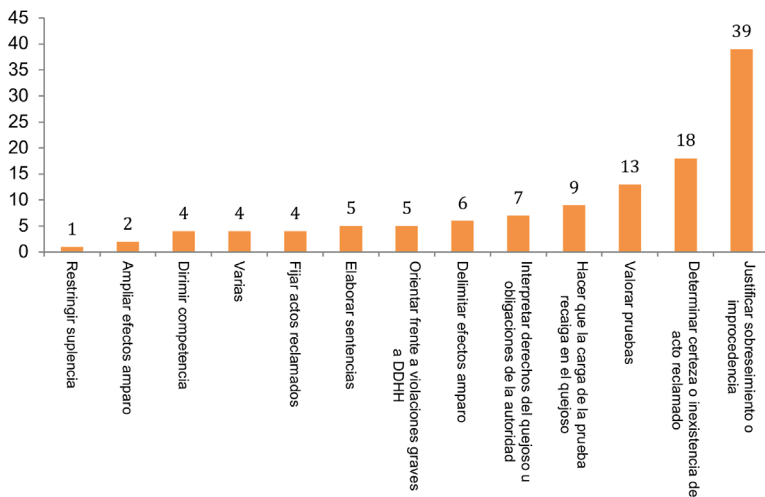
En total son 95⁶⁹ las tesis citadas por los Jueces en las 32 resoluciones cuyo análisis sirve de base para este apartado: 46 aisladas y 49 jurisprudenciales.⁷⁰ A esas referencias debemos sumar 18 sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷¹ (CIDH) y una sentencia de la Suprema Corte mexicana que fue citada en forma directa. El siguiente cuadro propone un conteo de las tesis según su función en las sentencias (una tesis puede tener más de una función):

⁶⁹ En ocasiones, a causa de la particular historia de compilación de la jurisprudencia mexicana, el mismo contenido es reiterado en más de una tesis, lo cual vuelve ambiguos los conteos (¿son dos tesis distintas las que contienen exactamente las mismas reglas y producen los mismos efectos?). Esto ocurre en unas pocas ocasiones en nuestra muestra y exige por tanto estipulación metodológica: en este artículo se ha contado una tesis por cada número de registro JUS (secuencia numérica única) independientemente de su contenido. Así, por ejemplo, la tesis 917553 y la 195745, que difieren únicamente en el número de registro y el lugar donde fueron publicadas, fueron contadas como dos unidades.

⁷⁰ Las reglas contenidas en las tesis pueden ser obligatorias o persuasivas, es decir, los Jueces están forzados a seguirlas y si no lo hacen están en falta (en el primer caso), o bien (en el segundo caso) pueden no hacerlo –con el riesgo de que un órgano superior ratifique el criterio en una eventual revisión de sus sentencias–. A las tesis obligatorias se les conoce como "jurisprudenciales" y a las que son únicamente persuasivas como "aisladas". El lector interesado en las modalidades de creación y sustitución de jurisprudencia vía amparo puede revisar los artículos 215 a 230 de la Ley de Amparo vigente. Un comentario al respecto de estas normas y su comparación con las abrogadas en 2013 se encuentra en Miguel de Jesús Alvarado, "La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 35, 2013, pp. 189-220.

⁷¹ La Corte Interamericana no genera tesis a partir de sus resoluciones, por lo que los juzgadores que quieren recurrir a sus argumentos deben citarlas directamente.

Gráfico 11. Tesis según su función en las sentencias



Fuente: Elaboración propia, clasificación efectuada a partir del texto de las tesis y el uso que reciben en las sentencias bajo estudio. Todas las tesis pueden ser consultadas en el portal del *Semanario Judicial de la Federación*.

Es claro que un gran número de las tesis citadas, congruentemente con lo que observamos en el apartado anterior, son usadas por los Jueces como fundamento para su decisión de sobreseer los juicios de amparo contra desaparición forzada. Esta función tiene la tesis más citada (un total de ocho veces), la 917818, de rubro INFORME JUSTIFICADO. NEGATIVA DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A LAS AUTORIDADES. La regla que contiene es la siguiente: "Si las responsables niegan los actos que se les atribuyen, y los quejosos no desvirtúan esta negativa, procede el sobreseimiento, en los términos de la fracción IV del artículo 74 de la Ley de Amparo."⁷² Recordemos que la desaparición forzada se niega por definición, de modo que, tanto si ocurrió o está ocurriendo como si no es así, los informes

⁷² "Artículo 74.- Procede el sobreseimiento: [...] IV.- Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia

rendidos a los Jueces siempre lo negarán. Con apoyo en esta tesis jurisprudencial, los juzgadores exigen de los promoventes o los quejosos que desmientan la negativa de la autoridad –lo cual en ningún caso estudiado ocurrió– y por tanto, sobreseen por "inexistencia del acto reclamado".

Algo interesante de las tesis que fundamentan el sobreseimiento en la negativa de la autoridad a reconocer la desaparición forzada es lo viejos que son los criterios que les dieron origen.⁷³ Por ejemplo, en el caso de la popular tesis 917818, si bien su última publicación data del año 2000, las aprobaciones de las cinco tesis aisladas de las que proviene y a las que debe su obligatoriedad son de 1960 y 1961. El siguiente cuadro lo explora para el resto de las tesis que justifican el sobreseimiento sobre la base de declarar inexistente el acto reclamado:

Cuadro 5. Tesis usadas para justificar el sobreseimiento por "inexistencia del acto reclamado" y hacer caer la carga de probar la desaparición forzada a promoventes y/o quejosos, junto con los años de aprobación de sus respectivos criterios								
Reg.	Rubro	Órgano Juris.	Tipo	Aprobación de criterios				
				1er	2do	3er	4to	5to
187728	Prueba, carga de la. Recae en el quejoso ante la negativa que de los actos reclamados hagan las autoridades responsables al rendir su informe justificado.	TC	A	2001	NA	NA	NA	NA
210529	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades	TC	A	1994	1994	NA	NA	NA

a que se refiere el artículo 155 de esta ley." Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, abrogada el 2 de abril de 2014.

⁷³ En amparo, una tesis deja de ser persuasiva ("aislada") para volverse obligatoria ("jurisprudencial") cuando se cumplen varias condiciones que prevé la propia Ley de Amparo, una de las cuales es la reiteración del criterio en cinco sentencias del Órgano colegiado.

Reg.	Rubro	Órgano Juris.	Tipo	Aprobación de criterios				
				1er	2do	3er	4to	5to
223408	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades	TC	A	1989	1990	NA	NA	NA
227634	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades y no desvirtuados	TC	J	1988	1988	1989	1989	1989
308576	Amparo improcedente	PS	A	1942	NA	NA	NA	NA
324127	Acto reclamado, inexistencia del	SS	A	1944	NA	NA	NA	NA
394266	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades	Pleno SCJN	J	1960	1961	1961	1961	1961
804176	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades	Pleno	A	1961	1961	1961	NA	NA
917818	Informe justificado. Negativa de los actos atribuidos a las autoridades	Pleno	J	1960	1961	1961	1961	1961
				Promedio general: 1975				
<p>En la columna "Tipo", "A" es "tesis aislada" y "J" es "tesis jurisprudencial". Las fechas son de la aprobación de los criterios aislados: los asuntos que les dieron origen son todavía anteriores. Nótese que las tesis aisladas no tienen cinco criterios (de ahí los "NA" en las celdas). En la columna "Órgano juris." "TC" es Tribunal Colegiado, "PS" Primera Sala de la SCJN, "SS" Segunda Sala de la SCJN, y "Pleno" es el Pleno de la SCJN.</p>								

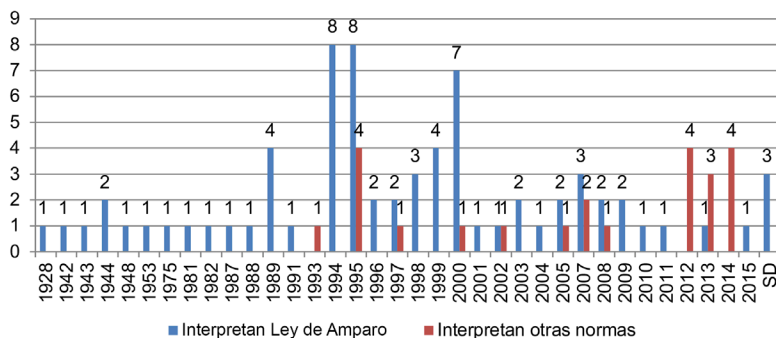
Reparemos ahora en que, 72 de las 95 tesis citadas en las resoluciones de la muestra interpretan normas contenidas en la Ley de Amparo.⁷⁴ Recordemos que la Ley de Amparo promulgada en abril de 2013 abrogó la anterior, y que una de las diferencias es que la nueva legislación contiene disposiciones específicas en torno a la desaparición forzada. Esto cobra especial relevancia cuando observamos que, de esas 72 tesis, sólo dos fueron publicadas después de abril de 2013: la validez de las restantes está en tela de juicio en tanto que ofrecen reglas de

⁷⁴ Las restantes hacen referencia, en su mayoría, a artículos de la Constitución federal y a la legislación civil, supletoria de la Ley de Amparo.

interpretación para una legislación obsoleta en un ámbito que, específicamente, la distingue de la norma vigente.⁷⁵ Este dato es relevante cuando advertimos que estas tesis son, en su mayoría, usadas como fundamento de argumentaciones jurídicas tendientes a sobreeser en los juicios de amparo contra desaparición forzada.

El envejecimiento de la mayor parte de las tesis citadas es notorio no sólo porque interpretan legislación abrogada, sino en términos de la cantidad de años que median entre su creación y su referenciación en las sentencias que estudiamos. El siguiente gráfico muestra la distribución de las tesis en el tiempo según su fecha de publicación y el tipo de norma que interpretan:

Gráfico 12. Tesis usadas en sentencias por fecha de publicación y normas que interpretan



Fuente: Elaboración propia.

A la obsolescencia de las tesis se suma la descontextualización, que es una particularidad del sistema mexicano de jurisprudencia. Éste permite a los Órga-

⁷⁵ En la entrada "Jurisprudencia" de la *Enciclopedia Jurídica Online*, Néstor de Buen afirma categóricamente: "La jurisprudencia es obligatoria, hasta que los organismos que la crearon fundamentan algún cambio y resulta obsoleta cuando el legislador abroga o deroga la ley que interpretó la jurisprudencia." 12 de marzo de 2018. Disponible en: <http://mexico.leyderecho.org/jurisprudencia/#Eficacia> (última fecha de consulta: 27 de marzo de 2018). Miguel Alvarado afirma lo mismo en *La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 211.

nos superiores (Corte, Tribunales y Plenos de Circuito) decidir cuáles de los argumentos con los que están resolviendo un caso concreto serán difundidos mediante la creación de tesis, todo esto con miras a que los Órganos inferiores los apliquen en casos futuros. Una peculiaridad del sistema de jurisprudencia mexicano es que los juzgadores, al momento de aplicar las tesis, rarisíma vez consultan las resoluciones que les dieron origen. Esto tiene como consecuencia que las tesis sean aplicadas sin una evaluación en torno al nivel de similitud que tiene el caso actual con los anteriores que dieron lugar a la jurisprudencia, lo cual, en el asunto que nos interesa, permite a los juzgadores sobreseer en juicios de amparo contra desaparición forzada aplicando jurisprudencia emanada de asuntos absolutamente disímiles. Tomemos como ejemplo la tesis jurisprudencial 196820 (2a./J. 9/98) de rubro SOBRESEIMIENTO. CESACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO RECLAMADO, que es usada en dos de nuestras sentencias como fundamento para sobreseer:

Cuadro 6. Tesis jurisprudencial 196820: asuntos que dieron origen a las tesis aisladas y fechas de aprobación de criterios	
Asunto	Fecha de aprobación del criterio
Amparo en revisión 2929/57. Esteban García A.	15 de enero de 1958
Revisión fiscal 232/55. Enrique Escalante Patrón y coags	24 de febrero de 1959
Amparo en revisión 4882/54. Compañía Maderera de Campeche, S.A.	14 de febrero de 1963
Revisión fiscal 333/55. Óscar Osorio M. y coags.	14 de febrero de 1963
Amparo en revisión 20/97. Carlos Quevedo Procel	9 de julio de 1997

En el cuadro 6 puede verse que los asuntos que dieron origen a la tesis jurisprudencial 196820 no sólo son añejos,⁷⁶ sino que a simple vista se advierte la distancia

⁷⁶ El folio de los asuntos se conforma de un número consecutivo y los dos últimos dígitos del año de radicación, separados por una diagonal. De este modo, el amparo en revisión 2929/57 fue el asunto 2929 que la Segunda Sala de la SCJN registró en el año 1957. El año en que el asunto se resuelve no tiene por qué coincidir con el de radicación (con frecuencia no lo hace porque los procesos pueden dilatarse largo tiempo), y el año en que los Ministros deciden hacer una tesis a partir de algún argumento de la sentencia tampoco es necesariamente el mismo que el de resolución. La tabla ejemplifica todo esto.

que los separa temáticamente de amparos contra desaparición forzada. El mismo hecho de que el criterio emane de la Segunda Sala de la SCJN, especializada en asuntos de derecho administrativo y laboral, debería alertarnos al respecto (el *habeas corpus* está clasificado como materia penal). Dicho llanamente: en el sistema mexicano de tesis es normal que los argumentos que se usaron a mediados del siglo XX para negar dos revisiones fiscales y dos amparos en revisión a personas como "Compañía Maderera de Campeche" sean abstraídos y descontextualizados, para luego aplicarse en 2016 con fines de dictaminar cuándo han cesado los efectos de una desaparición forzada y qué corresponde hacer al Juez de amparo en ese caso.

¿De qué forma puede escaparse de esta carga histórica del amparo? Sin considerar la posibilidad de una reforma legislativa, son dos las vías: la jurisprudencia nacional sobre desaparición y la jurisprudencia internacional. Sobre lo primero, las tesis que orientan a los Jueces de amparo en casos de amparo contra desaparición de personas son escasísimas. Esto probablemente encuentre su explicación, como veremos más adelante, en que en estos juicios sólo excepcionalmente se promueven recursos que elevan los asuntos a los Órganos jurisdiccionales superiores –recordemos que sólo sus resoluciones pueden crear jurisprudencia–. Por bien o mal que un Juzgado actúe, si las partes no recurren a la jerarquía judicial (o los Juzgados no generan conflictos competenciales), ésta no se pronuncia y no se genera ningún efecto sobre el sistema en su conjunto.

El escenario con la jurisprudencia internacional, proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es mucho más nutrido, empezando por el hecho de que el Estado mexicano fue condenado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla en 2009. Esa sentencia y muchas otras, en las que se condena por desapariciones a Perú, Panamá y otros países, proporcionan un enorme caudal jurisprudencial que puede orientar a los juzgadores cuando tienen que enfrentar casos de desaparición forzada. El problema aquí es otro y puede ilustrarse –que no explicarse– sintéticamente con el siguiente grafo en el que se modelan las relaciones entre las 32 resoluciones que venimos analizando y sus fuentes de jurisprudencia.

En el grafo, cada una de las 32 resoluciones de amparo contra desaparición forzada está representada por un punto de color negro, acompañado de una etiqueta que la identifica por número de expediente (1412/2016, 1035/2015, etcétera). Los puntos de otros colores representan jurisprudencia: los amarillos son sentencias de la CIDH (la leyenda los identifica por el nombre del caso), los verdes son tesis o sentencias del pleno de la SCJN, los rojos son tesis emanadas de las salas de la SCJN y los azules son tesis originadas en Tribunales Colegiados de Circuito (el número es el registro numérico JUS de cada tesis). Si el lector fija la mirada en el extremo superior derecho verá, por ejemplo, que la resolución 1271/2014 cita únicamente una fuente de jurisprudencia: la tesis 324204, un punto rojo, lo cual indica que emanó de una Sala de la SCJN. Las siete resoluciones de la parte inferior y la 1256/2016 (en la esquina superior derecha) no citan ninguna fuente, y el resto se interconectan a través de una densa red de citas.

A la izquierda del grafo se observa la "constelación del sobreseimiento": las resoluciones se vinculan entre sí por sus citas a jurisprudencia nacional que, en una importante proporción, usan para justificar su decisión de sobreseer en el juicio de amparo. A la derecha del grafo, conectada con las anteriores únicamente por la tesis 177141, se encuentra una constelación completamente distinta, en que la sentencia 1035/2015, del Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato, brilla en aislamiento, rodeada de un potente cerco de jurisprudencia interamericana. De las 32 resoluciones, solamente la que acredita la desaparición forzada de Juan Flores a manos del Ejército en Guanajuato y ordena todo tipo de medidas de satisfacción y reparación se sirve del universo jurisprudencial interamericano: el resto no se le acerca ni por casualidad.

Es fundamental entender que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (abundante en materia de desaparición forzada de personas) no es opcional para los juzgadores mexicanos. La tesis jurisprudencial (obligatoria) P.J. 21/2014 del Pleno de la SCJN así lo dispone:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. [...]

En este sentido, es de remarcarse que la única resolución en que se observa un cumplimiento de este mandato es la 1035/2015 del Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato. En el resto ni siquiera hay una justificación de la omisión: los precedentes internacionales no figuran en lo absoluto.

Ocupémonos, por último, de los recursos de queja que las partes pueden interponer en contra de las actuaciones del Juez de amparo durante el juicio. El tema es de especial importancia en nuestro estudio porque la queja es el principal mecanismo mediante el cual los promoventes de la demanda pueden impugnar las decisiones que los juzgadores toman durante la búsqueda judicial, o su determinación de congelar los procesos cuando ésta es infructuosa.

De la información disponible en esta investigación se advierte que son muy pocos los procesos de amparo contra desaparición forzada en los que los promoventes han contado con la capacidad jurídica suficiente para desafiar las actuaciones y omisiones del Juez de Distrito mediante recursos de queja.⁷⁷ Antes de

⁷⁷ La *Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada* sólo registra recursos de revisión y de inconformidad (no quejas). En los casi 500 juicios de amparo admitidos y concluidos sólo se han inter-

describirlos, se vuelve indispensable señalar que la Ley de Amparo, como vimos, reduce sustantivamente los requisitos formales para la presentación de demandas contra desaparición forzada, pero nada semejante ocurre con los recursos que permiten a las partes en el juicio combatir las decisiones de los Jueces.⁷⁸ Este es un punto crucial, pues implica que toda persona que recurre a un Juzgado, sin el apoyo de un profesional del derecho, para buscar auxilio en la búsqueda de un desaparecido, *no tiene ninguna forma judicial de incidir en lo que el Juez hace o deja de hacer*. Es decir, queda completamente a merced de la discrecionalidad del juzgador que le toque en suerte y, por tanto, a su interpretación de lo que signifique "requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima", de quiénes son "las víctimas de la desaparición forzada", de cuándo "cesa el acto reclamado", y de si para decretar "la inexistencia del acto reclamado" bastan los informes negativos de las autoridades.

Edmundo Reyes y Alberto Cruz desaparecieron, muy probablemente a manos de agentes del Estado, en Oaxaca en 2007. Sus familiares interpusieron un amparo ese mismo año en ese estado, y luego otro en un Juzgado de la Ciudad de México. Estos procesos fueron infructuosos y quedaron suspendidos. Meses después de la reforma a la Ley de Amparo de abril de 2013, sus familiares presentaron una tercera demanda, que fue registrada por el Juzgado Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal con el número de expediente 942/2013. En este proceso se pidió al Juez que solicitara a la PGR todas

puesto un recurso de inconformidad y 44 de revisión. De estos últimos, 12 estaban en curso al momento de compilar los datos, y ninguna revisión había sido atraída por la SCJN.

⁷⁸ Para interponer quejas no sólo hay que saber qué son, cómo se hacen y para qué sirven, sino que también es indispensable tener aunque sea una idea aproximada de lo que constituye un proceso judicial óptimo, pues son los desfases con ese estándar los que se denuncian en estos recursos. Difícilmente una persona que no tenga conocimientos especializados en derecho (o la asesoría de quien sí los tenga) podrá detectar y denunciar fallas, más aún considerando, en el caso que nos ocupa, que los problemas técnicos que le son específicos al amparo buscador hacen que los estándares de un "proceso judicial óptimo contra desaparición forzada" haya que irlos a buscar a la jurisprudencia interamericana.

las constancias ministeriales de la investigación y realizara diligencias de búsqueda por su cuenta, a lo cual éste se negó argumentando que faltaba una legislación adjetiva sobre búsqueda judicial. Cuando el Juez quiso suspender el proceso por no encontrar al desaparecido, las amparistas, por vía de su representante, interpusieron una queja:

Esta autolimitación del órgano jurisdiccional ante la alegada "falta de normatividad suficiente" ya que la Ley de Amparo "no establece el procedimiento que debe emplearse en el caso de desaparición forzada" al contrario de lo que manifiesta dicho Juez de Distrito NO es un obstáculo material para dictar más diligencias que exclusivamente acotarse a pedir informes a las autoridades responsables; ya que el numeral multicitado le da amplias facultades para lograr la comparecencia de los desaparecidos, al precisar que "dictará todas las medidas necesarias". La determinación del Juez entraña una interpretación restrictiva del derecho humano al recurso judicial efectivo como mecanismo para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales [...] los operadores de justicia deben estar abiertos a transformarse y desterrar viejos paradigmas que hacen ineficaz e ilusorio al juicio de amparo. Casos como estos deben ser un hito en la lucha contra la impunidad, en los que el Poder Judicial de la Federación mande un mensaje claro y fuerte a la sociedad y a las autoridades respecto a su compromiso por el respeto a los derechos humanos y en contra de esta aberrante práctica [...]

El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito les dio la razón, argumentando, entre otras cosas, que

el juicio de amparo se erige como el recurso idóneo para establecer si se ha incurrido en una grave violación a los derechos humanos como acontece con el delito de Desaparición Forzada de Personas, y, en su caso, proveer lo necesario para remediarlas, tal como acontece en el caso concreto al ser el medo adecuado para establecer si las autoridades encargadas de la integración de la indagatoria, no han conducido una investigación apropiada respecto del paradero de los desaparecidos [...].⁷⁹

⁷⁹ Resolución de la queja 29/2014, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 12 de junio de 2014.

Tras citar textualmente las palabras del Tribunal, no podemos sino retomar dos puntos medulares de nuestro argumento: 1) con el masivo desechamiento y sobreseimiento de los amparos buscadores, los Juzgados ejecutan exactamente lo contrario a lo dispuesto por los Magistrados en su resolución de este recurso de queja, pues ni establecen si ha tenido lugar una desaparición forzada (si acaso se limitan a determinar que "es inexistente") ni, de ser el caso, la remedian en modo alguno; 2) las autoridades que recurren a la sentencia del amparo 1035/2015 del Juzgado Noveno de Guanajuato son insistentes en señalar que a la Jueza no le toca ni investigar ni pronunciarse sobre cómo investigan los demás. A estas alturas debe ser ya obvio que al interior del Poder Judicial y en su entorno laten pulsiones enfrentadas en torno al papel que toca jugar a los Jueces de amparo en materia de graves violaciones de derechos humanos, y, por extensión, al alcance de los amparos buscadores.

Tras argumentar en general sobre las obligaciones de los Jueces, el Noveno Tribunal resolvió la queja a favor de los familiares de Reyes y de Cruz y le ordenó al Juzgado de origen que continuara buscando. Su resolución dio lugar a dos tesis aisladas. La primera es sobre lo prescindible de la legislación adjetiva para la búsqueda judicial,⁸⁰ y la segunda es sobre el trámite de la demanda, pues el Juzgado había realizado algunas indagaciones sin haberla "admitido" formalmente.⁸¹ Estos son de los pocos criterios sobre búsqueda judicial que tenemos para orientar a los Jueces de amparo en esta parte de su trabajo.

⁸⁰ Tesis [A]: I.9o.P.59 P, de rubro DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. AL SER EL JUICIO DE AMPARO LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO, RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, NO SE REQUIERE DE UNA LEY ADJETIVA PARA INVESTIGAR VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS HUMANOS, TRATÁNDOSE DE ESTE DELITO. T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 10, septiembre de 2014, Pág. 2394. Reg. IUS 2007427.

⁸¹ Tesis [A]: I.9o.P.60 P, de rubro DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ACORDE CON LA LEY DE AMPARO, EL JUEZ DE DISTRITO PUEDE TRAMITAR Y DICTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LA LOCALIZACIÓN DE LOS DESAPARECIDOS, AUN SIN HABER ADMITIDO LA DEMANDA, T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 10, septiembre de 2014, Pág. 2392. Reg. IUS 2007426.

Un segundo y reciente caso de amparo buscador combinado con capacidad jurídica es el de las quejas presentadas en contra de actuaciones y omisiones del Juzgado Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal de la Ciudad de México en el asunto 102/2018-5. Esta secuencia es muy relevante porque el desaparecido –un menor– apareció y, a pesar de ello, los litigantes han conseguido no sólo que la Jueza no aborte el proceso, sino que siga dictando medidas protectoras. Los abogados presentaron los recursos de queja 17/2018,⁸² 25/2018⁸³ y 28/2018,⁸⁴ que fueron a dar a dos Tribunales Colegiados distintos. Vamos por orden.

En la queja 17/2018 la pretensión era que la Jueza dictara todas las medidas de búsqueda que le pidieron en la demanda (había omitido la de solicitar información fuera de la Ciudad de México, y justamente fue en el vecino Estado de México donde se localizó al desaparecido). La resolución se dicta después de la localización de la víctima y no pudo ya tener efectos sobre la búsqueda, pero el Primer Tribunal aprovechó para pronunciarse, indicando (en suplencia) algunas correcciones a las órdenes que dictó la Jueza y dando algunas propias. En lo primero, determinó que, en las instrucciones iniciales (que incluían ordenarle a un actuario que, de encontrar al posible desaparecido, le preguntase si era su voluntad ratificar la demanda) debió también haberse ordenado la intervención de un médico para certificar el estado de salud de la posible víctima. En lo segundo, argumentó que la intervención de un Juzgado frente a una desaparición forzada no debe limitarse a la localización, sino que tiene que llegar (al menos) hasta garantizar la atención médica y la seguridad de la víctima. Para el caso concreto,

⁸² Resolución del recurso de Queja 17/2008, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 31 de enero de 2018.

⁸³ Resolución del recurso de Queja 25/2018, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 22 de febrero de 2018.

⁸⁴ Resolución del recurso de Queja 28/2018, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, de 13 de febrero de 2018.

el Tribunal ordenó que la Policía Federal le brindara seguridad en el hospital al menor (la policía local era la autoridad señalada como responsable de la desaparición), que se le indicara a la PGR la investigación de los hechos, y que se diera asesoría y atención a los familiares. La queja 25/2018 tiene estrecha relación con estas instrucciones, pues el Juzgado de origen, cumpliendo equívocamente las instrucciones que le dio el Tribunal, pidió a la Policía Ministerial Federal (PGR)⁸⁵ que diera la protección a la víctima, ésta le dijo que no y entonces ordenó a la policía de la Ciudad de México que lo hiciera. Este segundo recurso de queja le pide al Tribunal que cancele la orden que la Jueza le dio a la policía local, y así lo hizo el Órgano jurisdiccional.

La tercera queja (28/2018) iba en contra de una decisión procedimental de la Jueza. Los abogados le solicitaron que comenzara a dictar medidas encaminadas a fortalecer la investigación de los hechos, pero ella se negó aduciendo que esperaría a que el menor ratificara la demanda de amparo que sus padres hicieron a su nombre. Al Décimo Tribunal le tocó pronunciarse sobre esta queja y dio la razón a la Jueza con un argumento formal, pues indicó simplemente que el recurso de queja no permitía protestar en contra de esa decisión. Toda esta secuencia –inconclusa al momento de escribir estas líneas– es importante por dos motivos: el primero es que los litigantes consiguieron que la secuencia procesal no se abortara con la aparición de la víctima; y el segundo es que ejemplifica el modo en que la capacidad jurídica posibilita una mucho mayor incidencia de los quejosos sobre el proceso judicial.⁸⁶

⁸⁵ La Policía Ministerial Federal, dependiente de la PGR, se dedica a la investigación de delitos y respondió a la Jueza que no tenía facultades para hacer lo que le pedía; es la Policía Federal (dependiente de la Comisión Nacional de Seguridad) la que entre otras muchas funciones tiene la de brindar seguridad: a ésta se refería el Tribunal. En cualquier caso, lo grave no sólo es el equívoco, sino que la Jueza ordenó a la policía de la Ciudad de México –acusada de perpetrar la desaparición– que proporcionara seguridad a la víctima en el hospital.

⁸⁶ Un comentario extenso de estos recursos, su importancia y sus efectos puede encontrarse en Eunice Leyva y Simón Hernández, *op. cit.*

5. Conclusiones y recomendaciones

El juicio de amparo, en su vertiente *habeas corpus*, tiene un potencial innegable no sólo para reaccionar de forma enérgica ante desapariciones forzadas, sino también para dar protección judicial al enorme rango de derechos transgredidos por esta violencia pluriofensiva calificada como grave violación de derechos humanos. Para cumplir esta función, los Jueces constitucionales tienen a su favor las facilidades formales de activación contempladas en la Ley de Amparo, el marco constitucional y convencional, un extenso repertorio de facultades que les permite intervenir en donde sea que haya Estado, su distribución a todo lo ancho del territorio nacional, y su capacidad para comunicarse y coordinarse entre sí. Sin embargo, en contra del despliegue de este potencial conspiran las barreras materiales de activación (empezando por la extendida ignorancia que tiene la población al respecto); la ausencia de orientaciones (legales, reglamentarias, protocolares, jurisprudenciales) dirigidas a los Jueces sobre cómo actuar; marcadas inercias en la interpretación de la Ley de Amparo (causales de sobreseimiento, requisito de ratificación de la demanda, naturaleza y titularidad de los derechos violados, etc.); la inexistencia de capacitación en métodos de búsqueda; y, por supuesto, los intereses de quienes perpetran las desapariciones forzadas y su capacidad para obstruir y resistir, legal y materialmente, las actuaciones judiciales que pretenden arrebatarles sus víctimas y su impunidad.

Fortalecer al amparo buscador implica atacar todos estos factores. Las barreras de acceso, empezando por la ignorancia de la población, pueden contrarrestarse con campañas de difusión y con la creación de un manual para acudir al amparo contra desaparición que contenga un modelo de demanda. No debemos olvidar que el potencial judicial para controlar a los otros poderes y proteger a las personas está completamente atado a la propensión que estas últimas tengan para

judicializar sus problemas: una ciudadanía que no interpela a sus Jueces es, en este sentido, invisible para ellos.

Por otra parte, también sería importante multiplicar los asesores legales públicos e incrementar la capacidad de las organizaciones civiles para permitirles dar acompañamiento jurídico a las víctimas a gran escala. En este estudio hemos visto que acudir al Juzgado sin la capacidad legal suficiente para interponer recursos, implica dejar a la discrecionalidad del juzgador los alcances de la búsqueda judicial y de la sentencia, y que su criterio puede no ser óptimo.

Para homogeneizar la interpretación de las normas, el sistema judicial cuenta con mecanismos propios: justamente la igualdad ante el derecho es uno de los valores que protege la obligatoriedad de la jurisprudencia. Lamentablemente, los amparos buscadores rara vez producen jurisprudencia porque los asuntos se elevan a los órganos superiores de forma excepcional (razón adicional para multiplicar los servicios jurídicos públicos o sociales). Es indispensable que, en las pocas oportunidades en que así ocurra, los Tribunales Colegiados aprovechen para asentar criterios orientadores, y que la Suprema Corte decida que esto es un tema prioritario y utilice su facultad de atracción para multiplicar los efectos jurisprudenciales. La generación de reglas vinculantes claras daría a los juzgadores orientación, fundamento jurídico y certeza en sus actuaciones de búsqueda, y a los familiares de desaparecidos una base mínima de exigibilidad: esta tarea es impostergable.

Ahora bien, esto no es suficiente pues, por desgracia, es factible que la jurisprudencia que llegue a generarse en un futuro no sustente las interpretaciones más adecuadas al respecto de la búsqueda judicial o de los alcances del amparo buscador. Es fundamental que la discusión sobre la mejor interpretación jurídica de estos problemas trascienda la jerarquía judicial y se amplíe para incluir a Jueces de Distrito, personal judicial, víctimas, académicos, expertos internacionales y miembros de la sociedad civil. Los *amici curiae* pueden ser un mecanismo

para vehicular ese diálogo, y mucho ayudaría la apertura de un portal electrónico oficial dedicado al tema, análogo al que solía existir sobre fuero militar.⁸⁷

Los órganos de mayor jerarquía en el sistema judicial tienen medidas relativamente fáciles a su alcance para promover el derecho a un recurso judicial efectivo en casos de desaparición forzada. Por ejemplo, la Suprema Corte edita una serie de "Protocolos de actuación para quienes imparten justicia"⁸⁸ que proveen a los juzgadores de orientaciones para casos que involucren o afecten a migrantes, a mujeres, a menores de edad, etc. La elaboración y distribución de uno dedicado al amparo buscador (o, mejor aún, a la judicatura frente a la desaparición de personas en general), con abundante referencia a la jurisprudencia internacional, es una medida sencilla que puede orientar tanto a los juzgadores en torno a qué hacer, como a los buscadores en torno a qué esperar (y, de ser necesario, exigir) de sus Jueces.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal puede ajustar sus sistemas de evaluación del trabajo judicial para que tengan en consideración las particularidades de los amparos buscadores, de modo que se eliminen los incentivos que proporciona el desechamiento o sobreseimiento de estos juicios en la búsqueda de altas puntuaciones en eficiencia. También esta instancia tiene la posibilidad de introducir en sus programas de formación módulos dedicados a la búsqueda judicial; con lo cual los Juzgados podrían volverse más eficientes y eficaces en esa crucial labor. Fomentar el diálogo judicial y el intercambio de

⁸⁷ El hipervínculo solía ser <http://fuero militar.scjn.gob.mx/>, y una versión parcial de su contenido se conserva en la waybackmachine de archive.org, consultable en <https://web.archive.org/web/20171012161743/http://fuero militar.scjn.gob.mx:80/index.htm>

⁸⁸ Sólo el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos* menciona la desaparición forzada, pero lo hace someramente y no proporciona orientaciones para los problemas que hemos discutido en este artículo: el foco está en tortura y en proceso penal, no en búsqueda judicial de desaparecidos. Todos los protocolos están disponibles en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion> (última fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).

experiencias mediante seminarios y conferencias es otro mecanismo que puede implementarse para difundir y perfeccionar las mejores prácticas. También es crucial el refuerzo de la seguridad de los juzgadores en zonas donde las violaciones graves de derechos humanos son frecuentes: para actuar de forma enérgica contra estas formas extremas de violencia, el personal de un Juzgado necesita protección especial.

La potenciación del amparo contra desaparición forzada no es un asunto de Jueces heroicos o hercúleos, sino de política institucional. Las actuaciones más enérgicas, que en este estudio hemos destacado como buenas prácticas, ilustran el potencial de la búsqueda judicial, pero es poco lo que pueden aportar a la resolución de los problemas sistémicos de violencia si permanecen como experiencias aisladas. En ese sentido, la tesis 2016555 (I.2o.P.60 P 10a), que indica que "[...] en el caso de desaparición forzada, esto se traduce en el derecho de las víctimas de elegir el Juez ante el cual presentan su demanda", es excelente (entre otras razones) porque su aplicación prevendría conflictos competenciales, pero a la vez inquietante porque genera el riesgo de sobrecargar a los Juzgados más activos, lo cual podría terminar por quebrarlos. Ningún Juzgado de Distrito puede procesar en forma satisfactoria, además de su carga usual, centenas de amparos buscadores, menos aún si lo conducen a buscar a todo lo largo y ancho de territorio y del sistema institucional mexicano.

Algo hay de poderoso en la imagen de una Jueza imponiéndose a policías y soldados para liberar a cautivos torturados sin más armamento que una Constitución. Tal vez se trate de las resonancias mitológicas de esta historia, pues Orfeo se adentró en el inframundo y tocando el harpa convenció a sus soberanos de permitir que su esposa, Eurídice, volviera al mundo de los vivos. Sin embargo, el mito tiene un final trágico porque, en el último momento, Orfeo flaqueó, rompió la regla que Hades le impuso y su amada se desvaneció para siempre. Si esperamos que nuestros Jueces, equipados tan sólo con la melodía del Derecho constitucional, extraigan a los condenados de los infiernos que este país ha creado (y en esa medida contribuyan a denunciarlos y dismantelarlos) nos

tenemos que asegurar de que sigan las reglas y, de que éstas sean tan buenas como seamos capaces de producirlas.

Fuentes

Artículos académicos, tesis y libros

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, "Las veinticinco principales reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación", en *Criterio y conducta: revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, SCJN núm. 9, enero-junio 2011, México, pp. 19-57. Disponible en: <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/45612.pdf> (última fecha de consulta: 27 de marzo de 2018).

_____, "La jurisprudencia en la nueva Ley de Amparo", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 35, 2013, pp. 189-220. Disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/11%20Miguel%20de%20Jesus%20Alvarado%20Esquivel.pdf> (última fecha de consulta: 27 de marzo de 2018).

BOYD, Melissa, "The Political Career and Ideology of Mariano Otero, Mexican Politician (1817-1850)", tesis doctoral, University of St. Andrews, 2012, pp. 59-62. Disponible en: <https://research-repository.st-andrews.ac.uk/handle/10023/3637> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista latinoamericana de Derecho*, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, pp. 175-211. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Nunca Más*, EUDEBA, Argentina, 1984. Disponible en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/400b.html> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Atlas jurisdiccional 2014: conformación de circuitos y distritos judiciales federales*, CJF, México, 2014. Disponible en: http://www.cjf.gob.mx/atlasCJF/docs/Atlas_CJF.pdf (última fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).

FEDERMAN, Cary, "Introduction: Understanding Habeas Corpus", en *The Body and the State: Habeas Corpus and American Jurisprudence*, State University of New York Press, Nueva York, 2006.

FERNÁNDEZ, Vicente, y Nitza SAMANIEGO, "El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 5, núm. 27, enero-junio, 2011, pp. 173-200.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993, pp. 19-55.

FIX-FIERRO, Héctor Felipe, SUÁREZ Ávila, Alberto y Edgar CORZO S., *Entre un buen arreglo y un mal pleito. Encuesta Nacional de Justicia*, coleccion. Los mexicanos vistos por sí mismos. Los grandes temas nacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2015.

Grupo de trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Informe de misión a México*, ONU, México, 2012. Disponible en https://hchr.org.mx/images/doc_pub/Informe_DesapForz_2aEd_web.pdf (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

LEVITSKY, Steven y María V. MURILLO, "Building Institutions on Weak Foundations", *Journal of Democracy*, vol. 24, núm. 2, 2013, pp. 93-107.

MAGALONI, Ana Laura, "La política judicial de decidir sin resolver", en Angélica CUÉLLAR, y Arturo CHÁVEZ, *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, FCPyS-UNAM, México, 2003, pp. 349-360.

NIÑO, Luis, "Dictadura y justicia: El Poder Judicial argentino durante los regímenes militares y en la transición", en Alberto FILIPPI, y Luis NIÑO (dirs.), *De las dictaduras a las democracias: experiencias institucionales comparadas: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina (1964-2014)*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 2014, pp. 133-138.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, México, UNAM-IIJ, 2013. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3279-gente-del-derecho-y-cultura-juridica-en-america-latina> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

VÉLEZ SALAS, Doria del Mar, y Manuel Alejandro VÉLEZ SALAS, *Desapariciones forzadas e involuntarias: El registro estadístico de la desaparición ¿delito o circunstancia?*, Friedrich Naumann Stiftung Für die Freiheit/Observatorio Nacional Ciudadano, México, 2017. Disponible en: <http://onc.org.mx/2017/02/15/desapariciones-forzadas-e-involuntarias/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

YANKELEVICH, Javier, "Poder Judicial y desaparición de personas en México", en Javier YANKELEVICH (coord.), *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México*, CEC-SCJN, México, 2017, pp.129-231.

Prensa

CÉSAR CONTRERAS León, "Sentencias que no se cumplen: el derecho de papel y la justicia que no llega", *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, 18 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6904> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

LEYVA, Eunice y Simón HERNÁNDEZ, "El Poder Judicial de la Federación y los claroscuros en materia de desaparición forzada", *Nexos: El juego de la Suprema Corte*, 21 de febrero de 2018. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7628> (29 de marzo de 2018).

MARTÍNEZ, César, "Toma juez la iniciativa"; *Reforma*, 2 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=1152123&v=4> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

MEYER, Adriana, "La causa de los magistrados", *Página12*, Derechos Humanos, Argentina, 6 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/42372-la-causa-de-los-magistrados> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

REDACCIÓN, "Se estrella un GATE", *El Diario de Coahuila*, 18 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.eldiariodecoahuila.com.mx/locales/2015/1/18/estrella-gate-481355.html> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

REDACCIÓN LA POLICIACA, "Hallan osamenta de Juan Carlos", *La Policiaca*, 18 de julio de 2013. Disponible en <https://www.lapolicia.com/nota-roja/hallan-osamenta-de-juan-carlos/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

REDACCIÓN LA POLICIACA, "Manifestantes encaran a GATEs", *La policiaca*, 22 de junio de 2013. Disponible en <https://www.lapolicia.com/nota-roja/manifestantes-encaran-a-gates/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

REDACCIÓN LA POLICIACA, "No aparece detenido por GATEs", *La policiaca*, 20 de junio de 2013. Disponible en <https://www.lapolicia.com/nota-roja/no-aparece-detenido-por-gates/> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

REDACCIÓN, "Delatan con cámaras desaparición forzada", *AM. Edición Irapuato*. Disponible en: <https://www.am.com.mx/2016/09/07/irapuato/local/delatan-con-cameras-desaparicion-forzada-311550> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

SORDO, Giuliana, "Juicio a los Magistrados: primera condena en Córdoba a miembros del Poder Judicial por delitos de lesa humanidad", *La primera piedra*,

8 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.laprimera piedra.com.ar/2017/11/juicio-a-los-magistrados-condena-lesa-humanidad/> (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

VALDÉS, Juan Francisco, "Hasta 50 años de cárcel alcanzarían los agentes del GROM por homicidio en carretera Saltillo-Zacatecas", *Vanguardia*, 1 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.vanguardia.com.mx/articulo/hasta-50-anos-de-carcel-alcanzarian-los-groms> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Buscadores, repositorios digitales y bases de datos

CEC-SCJN, *Repositorio de fuentes primarias para el estudio del Poder Judicial y la desaparición en México*, YANKELEVICH, Javier (ed.), CEC-SCJN, México, 2018. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/investigaciones/investigaciones-result/192>.

CJF, "Base de datos de tasas de sobreseimiento de órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal", (solicitud de información 0320000034618), 23 de enero de 2018. En dominio del autor.

_____, "Consulta de sentencias de órganos jurisdiccionales". Disponible en: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx>

DATAÍVICA, *Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas fuero común*, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (coomp.). Disponible en <https://personasdesaparecidas.org.mx/> (última fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).

Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, "Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada", (solicitud de información 320000071418), 6 de febrero de 2018. En dominio del autor.

Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas fuero federal, compilado por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (coomp.). Disponible en: <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/rnped/consulta-publica.php> (última fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).

SCJN, "Consulta de asuntos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>

_____, *Semanario Judicial de la Federación*. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

Resoluciones judiciales

Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).".

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 634/2016". Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/votos/2016/8504.doc> (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Resolución del recurso de Queja 28/2018, de 13 de febrero de 2018. Disponible en: goo.gl/3Lux75 (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Veracruz, Sentencia del amparo indirecto 890/2012, de 21 de octubre 2012. Disponible en: goo.gl/2hXkhj (última fecha de consulta: 16 de marzo de 2018).

Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, Resolución del amparo indirecto 723/2017, 3 de septiembre de 2017. Disponible en: goo.gl/sTGdFB (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 1035/2015-VIII, de 1 de septiembre de 2016. Disponible en: goo.gl/E2AFC5 (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Noveno de Distrito en Guanajuato, Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 656/2017, de 5 de enero de 2018. Disponible en: goo.gl/5iXaS2 (última fecha de consulta: 17 de abril de 2018).

Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, Auto del 15/10/2014 del juicio de amparo indirecto 942/2014, 16 de octubre de 2014. Disponible en: goo.gl/KsG9d2 (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, Sentencia del amparo indirecto 942/2014, de 29 de octubre de 2014. Disponible en: goo.gl/ugw5M6 (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Guanajuato, "Sentencia del juicio de amparo indirecto 942/2014", de 29 de octubre de 2014. Disponible en: goo.gl/XfAP8u (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Octavo de Distrito en Guanajuato, Auto del 3-sep-2017 en el Amparo Indirecto 864/2017, de 4 de septiembre de 2017. Disponible en: goo.gl/VLxuZq (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Coahuila de Zaragoza, con residencia en Monclova, Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 320/2013, de 30 de septiembre de 2013. Disponible en: goo.gl/XR6Bfv (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Durango, Sentencia de Amparo Indirecto 1369/2015, de 29 de abril de 2016. Disponible en: goo.gl/ojrZsm (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

Juzgado Segundo de Distrito en La Laguna, Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 1627/2013, de 15 de agosto de 2014. Disponible en: goo.gl/j9M4JE (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, Auto del 6 de diciembre de 2016 dentro del juicio de amparo indirecto 1256/2016, de 12 de diciembre de 2016. Disponible en: goo.gl/KAD2Bm (última fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).

Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, Resolución del Amparo Indirecto 1256/2016, de 21 de diciembre de 2016. Disponible en: goo.gl/LuoPmW (última fecha de consulta: 21 de marzo de 2018).

Juzgado Tercero de Distrito en Aguascalientes, Sentencia del Amparo Indirecto 832/2013, 29 de abril de 2013. Disponible en: goo.gl/AkopVx (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Coahuila, Sentencia del Juicio de Amparo Indirecto 885/2015, de 16 de junio de 2016. Disponible en: goo.gl/oXoRh6 (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Resolución de la Queja 29/2014, de 12 de junio de 2014. Disponible en: goo.gl/CEfov2 (última fecha de consulta: 28 de marzo de 2018).

Primer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, Resolución de la Queja 133/2016, de 13 de octubre de 2016. Disponible en: goo.gl/Ckw8nz (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Resolución del recurso de Queja 17/2008, 31 de enero de 2018. Disponible en: goo.gl/RXqvKq (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Resolución del recurso de Queja 25/2018, de 22 de febrero de 2018. Disponible en: goo.gl/ipojKq (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución de la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 634/2016, de 18 octubre de 2017. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2016/24/2_207115_3714.doc (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia del Amparo en Revisión 382/2015, de 2 de marzo de 2016. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2015/2/2_178853_3159.doc (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018)

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia del Amparo Directo en Revisión 3165/2016, de 8 de marzo de 2017. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2016/10/2_199461_3625.doc (última fecha de consulta: 17 de marzo de 2018).

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Resolución del Conflicto Competencial 12/2017, de 5 de octubre de 2017. Disponible en: goo.gl/Mp1J9Z (última fecha de consulta: 29 de marzo de 2018).

Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, Sentencia del amparo en revisión penal 650/2014, de 28 de mayo de 2015. Disponible en: goo.gl/bMuKcZ (última fecha de consulta: 22 de marzo de 2018).

Tratados, leyes y protocolos

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de abril de 2013.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 10 de enero de 1936, abrogada el 2 de abril de 2014.

Ley para la Declaración de Ausencia por Desaparición de Personas del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Periódico oficial*, de 20 de mayo de 2014.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, *Diario Oficial de la Federación*, de 14 de julio de 2014.

Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, *Diario Oficial de la Federación*, de 17 de noviembre de 2017.

PGR, "Protocolo homologado para la búsqueda de personas desaparecidas y la investigación del delito de desaparición forzada", PGR, México, 2015.

Solicitudes de información

Todas las respuestas son públicas y pueden consultarse, indicando folio y órgano obligado, a través de:

<https://www.infomex.org.mx/gobiernofederal/moduloPublico/moduloPublico.action>

Cuadro 7. Solicitudes de información vía la <i>Plataforma Nacional de Transparencia</i>			
Solicitudes dirigidas al Consejo de la Judicatura Federal			
Folio	Resumen solicitud	Fecha solicitud	Fecha respuesta
0320000446117	Al 48/2013 del Segundo Tribunal Unitario del Décimo Circuito; 2) Al 64/2014 del Segundo Tribunal Unitario del Décimo Circuito 3) RR 142/2015 del Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Circuito.	15-nov-17	14-dic-17
0320000034618	<i>Base de datos de tasas de sobreseimiento de órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal, 2000-2018.</i>	23-ene-18	2-mar-18
0320000062518	Sentencia del AI 823/2013 del índice del Juzgado Décimo de Distrito en Veracruz.	1-feb-18	26-feb-18
0320000075318	Al 1123/2014 del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Tlaxcala.	1-feb-18	28-feb-18
320000071418	<i>Base de datos de procesos de amparo contra desaparición forzada.</i>	6-feb-18	6-mar-18
0320000071918	Revisión del incidente de suspensión 38/2012 del índice del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Octavo Circuito.	7-feb-18	7-mar-18
0320000075118	Resolución 328/2015 del Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región.	8-feb-18	15-mar-18
0320000089118	Expediente de la causa penal 72/2005 seguida en el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Michoacán; expediente judicial del amparo indirecto 1256/2016 del índice del Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz.	16-feb-18	16-mar-18
0320000099718	Sentencia del AI 912/2013 del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Tabasco.	21-feb-18	23-mar-18
Solicitud dirigida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
0330000202017	Informes o avisos de casos de desaparición forzada enviados a la SCJN por los Juzgados y Tribunales, en acatamiento al numeral 55 del cuaderno del expediente varios 912/2010.	26-sep-17	11-oct-17

Notas

EL POTENCIAL DE LA TRANSPARENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Mariana E. Niembro Martínez*

1. Introducción

En mayo de 2015, se publicó la reforma en materia de acceso a la información más importante de México. Fue reconocida a nivel mundial como el mejor marco regulatorio en materia de transparencia. Su implementación requiere de voluntad y sus retos son enormes. En lo que toca al Poder Judicial hubo un retroceso que debe ser corregido en la ley o resuelto con la interpretación de las y los juzgadores para cumplir con su espíritu y garantizar el derecho de acceso reconocido en el artículo 6o. constitucional. Este texto plantea esta problemática y propone algunas soluciones en conjunto con la sociedad civil y la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación para alcanzar una Justicia Abierta.

* Pasante de Ciencia Política y Administración Pública, Directora General de Borde Político A.C. Contacto: @MarianaNiembro

La transparencia es un pilar fundamental en nuestra democracia y es que, sin ella no podríamos conocer, observar, analizar y evaluar el ejercicio de los poderes y sus instituciones. Digamos que la transparencia es el elemento clave del paradigma de Estado Abierto que llegó para cimbrar nuestros regímenes políticos y acercarlos a la sociedad a la cual deben responder, pero no solo eso, se debe entender al acceso a la información como el derecho humano reconocido en nuestra Constitución del cual es garante el Estado.

Eso supone que la transparencia debe ser entendida no solo como la obligación de las y los funcionarios a publicar la información sobre su labor sino sobretodo a entenderse como garantes de ese derecho. Por lo tanto, garantizar, preservar, mantener y fortalecer el derecho de acceso a la información también forma parte de las obligaciones del Estado, por ello debe entenderse al principio de transparencia como una gran oportunidad de abrir canales de difusión, divulgación y participación desde las instituciones hacia la ciudadanía, y alejarse de pensar el uso de información pública como una amenaza.

2. Contexto

La transparencia en la impartición de justicia en México en el contexto actual de apertura digital y nuevas tecnologías tiene grandes desafíos ante un escenario de desconfianza social creciente hacia las instituciones del Estado.

Transparencia Internacional, en su estudio "Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe" Barómetro Global de la Corrupción", ubica a Jueces y Magistrados en el quinto lugar de las instituciones y grupos de la sociedad con el porcentaje más alto de percepción de corrupción –según la percepción ciudadana– con un cuarenta por ciento.¹

¹ Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe. Barómetro Global de la Corrupción*. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe (última fecha de consulta: 9 de octubre de 2017)

Por otro lado, en el *Rule of Law Index 2017-2018* de The World Justice Project,² México se encuentra en el lugar 92 de 113 países en el *ranking* global. Este estudio arroja datos interesantes que deben analizarse con mayor detenimiento, y es que en los indicadores de Justicia Criminal y de Justicia Civil México ocupa el lugar 105 y 100 respectivamente. Asimismo, en el indicador de ausencia de corrupción, México ocupa el lugar 102 de 113. Sin embargo, en el indicador de gobierno abierto, ocupa el lugar 36 de 113. Con estos datos se puede intuir que si bien México ha avanzado en los componentes de gobierno abierto como el derecho de acceso a la información, participación ciudadana, mecanismos de queja y en publicidad de leyes e información pública, la percepción de la ciudadanía con respecto a las autoridades de justicia civil y criminal no es nada favorable.

Los resultados de cada componente en estos dos rubros de justicia nos dicen que hay mucho por hacer en accesibilidad y asequibilidad de los tribunales, discriminación, corrupción, debido proceso, efectividad en investigaciones, independencia judicial, imparcialidad, entre otros.

Otros datos relevantes son los que muestra la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2017,³ donde las figuras de Jueces y Magistrados obtuvieron el octavo lugar de desconfianza. Solo el 31.7% de la población asegura tener mucho y algo de confianza por los Jueces y Magistrados.

Estos números reflejan el bajo nivel de confianza que los ciudadanos mexicanos le tienen a las instituciones de impartición de justicia y nos obligan a pensar en la urgencia de buscar caminos para reducir esa brecha y construir instituciones fuertes y confiables. Es aquí donde la transparencia juega un papel crucial

² World Justice Project, *Rule of Law Index 2017-2018*. Disponible en: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_ROLI_2017-18_Online-Edition_0.pdf

³ INEGI, *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2017*. Disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/regulares/encig/2017/doc/encig2017_principales_resultados.pdf

en el replanteamiento y la transformación de las instituciones de justicia y su relación con la ciudadanía.

3. Algunas precisiones y propuestas sobre la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

El 4 de mayo de 2015 fue publicada la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) en el *Diario Oficial de la Federación*. En ella se avanzó en varios temas como: el aumento de los sujetos obligados en donde se incluye a todas las instituciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como a cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, estatal y municipal.

También se crea la estructura del Sistema Nacional de Transparencia, cuya función es coordinar y evaluar la política pública transversal de transparencia así como garantizar la accesibilidad de la información a grupos vulnerables, la promoción del acceso a la información, la facultad de establecer políticas de digitalización de archivos, la promoción de la participación ciudadana entre otros.

La LGTAIP ha sido reconocida en México y en el exterior como una ley de vanguardia. El "Global Right to Information Rating"⁴ califica a México en el primer lugar de 89 países participantes, con 136 puntos de 150. Si bien México se posiciona en el primer lugar en todos los indicadores, que son: el derecho de acceso a la información, su alcance, excepciones y negativas, apelaciones, sanciones y protecciones, medidas de promoción y procedimientos de solicitud, el *rating*

⁴ Centre for Law and Democracy, "Global Right to Information Rating". Disponible en: <http://www.rti-rating.org/>

advierte que su metodología se basa en la revisión de los marcos legales y no mide la calidad de su implementación. Y es ahí donde encontramos los principales retos, porque la LGTAIP puede ser una legislación con alto alcance que incorpore mecanismos de coordinación y colaboración para impulsar una efectiva y eficiente política pública en la materia. Por ejemplo se fortalece a las estructuras encargadas de hacer efectivo el acceso a la información como los comités y las unidades de transparencia, se crean los comités consultivos, otorga la figura de la prueba de daño como instrumento necesario para fundar y motivar la causal de reserva de información, ya que también es obligación de los sujetos obligados proteger y resguardar la información confidencial. Sin embargo, lo que nos dicen los números de los índices y *ratings* es que, si bien México ha avanzado en materia legislativa, carece de una correcta implementación para que sus instituciones asuman a la transparencia como una herramienta para fortalecerse al interior y al exterior, mejorar su relación con la ciudadanía y, en consecuencia, reducir la desconfianza en su labor.

Se puede suponer la complejidad de medir la implementación de la ley porque no solo toca transparencia proactiva, sino que alcanza la promoción del derecho de acceso a la información. En ese sentido, se encuentran datos interesantes para analizar en la Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales 2016 (ENAIID),⁵ en donde se indica que solo el 5.6% de los mexicanos ha realizado una solicitud formal de información, del cual el 73% obtuvo la información y de este último, solo el 39% quedó satisfecho con la información.

Por otro lado, los datos de consulta a los portales de internet son un poco más alentadores aunque deficientes, ya que solo el 14% de la población ingresa.

⁵ INEGI, Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (ENAIID) 2016. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/especiales/enaid/2016/>

De ese 14%, únicamente el 17.6% no encontró la información y de esos, únicamente el 3.6% decidió presentar una solicitud de información formal y otro 6.4% presentó una queja ante la instancia correspondiente. Estos datos son preocupantes ante la enorme apuesta institucional que implica la LGTAIP. Lo que es evidente es la urgencia de diseñar una política pública efectiva para que el ciudadano se apropie de su derecho de acceso a la información, pero mucho pueden hacer los sujetos obligados como garantes y promoventes del derecho de acceso.

Una propuesta es acercar a la academia, a la sociedad civil y a los ciudadanos que ejercen su derecho de acceso, tanto a los sujetos obligados como a las instituciones que conforman al Sistema Nacional de Transparencia, para que establezcan canales efectivos de participación ciudadana; con la finalidad de escuchar a los que demandan información e identificar áreas de oportunidad y construir estrategias conjuntas para mejorar la implementación del espíritu de la ley. La sociedad civil puede ser un gran aliado en la promoción del derecho y en construir canales de interlocución con otras audiencias, como jóvenes universitarios, grupos vulnerables y marginados, entre otros.

En este sentido, en el informe *Transparencia en la publicación de sentencias. ¿Retrososos a partir de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública?* (2017) de Equis Justicia para las mujeres, se comprueba, mediante la revisión de las leyes locales y su comparación con la ley general, que lejos de haber significado un avance para la transparencia en el Poder Judicial y la impartición de justicia, la LGTAIP en su artículo 73 fracción II establece la obligación de poner a disposición las versiones públicas de las sentencias que sean de interés público, lo que restringe el principio de máxima publicidad.

Advierten que el concepto de interés público es un concepto jurídico indeterminado "lo que favorece que haya apreciaciones subjetivas y discrecionalidad

judicial en el acto de decidir qué sentencias se han de publicar y cuáles no";⁶ y es que en la misma ley se define a la información de interés público como "aquella que resulte relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados".⁷

Por lo anterior, pareciera que la ley contiene definiciones que dan un cierto margen a los sujetos obligados, en este caso al Poder Judicial, para no cumplir con la máxima publicidad y decidir bajo interpretación lo que es benéfico para la ciudadanía conocer. Aquí vale la pena recordar que las sentencias son fundamentales para conocer la forma en la que nuestras y nuestros Jueces fundan sus decisiones e imparten justicia. Con un acceso restringido a las sentencias judiciales poco se puede conocer sobre el cumplimiento o no de su obligación de juzgar de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Constitución.

¿Qué se puede hacer desde las instituciones para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública?

La respuesta inmediata sería dejar de pensar a la transparencia como amenaza y asumirla como el derecho humano que deben garantizar. La Constitución establece que el Estado es el garante y éste debe ser el primer papel que asuman la instituciones. La segunda respuesta sería fortalecer su relación con quienes demandan información, porque las solicitudes de información también son un insumo importante para construir la política pública que se necesita para la promoción del derecho de acceso. La siguiente respuesta sería crear canales

⁶ EQUIS, Justicia para las mujeres. *Transparencia en la publicación de sentencias ¿Retrocesos a partir de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública?* Disponible en: http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2017/12/INFORME_TRANSPARENCIA_SENTENCIAS.pdf (última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017).

⁷ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, del 4 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>

de comunicación efectiva con la academia, la sociedad civil y los ciudadanos interesados. Por ejemplo, Equis concluye su estudio con ciertas recomendaciones, tanto para los poderes legislativo y judicial como al órgano garante.

En el caso del Poder Judicial las recomendaciones son: 1) interpretar la LGTAIP conforme al parámetro de regularidad constitucional y los principios de máxima publicidad, progresividad y pro persona, de tal suerte que se interprete que son de interés público todas las sentencias que hayan causado estado en su versión pública; 2) establecer mecanismos de participación ciudadana para identificar las demandas o necesidades sociales de información judicial.

La transparencia de sentencias terminaría con la secrecía del ejercicio público en la impartición de justicia. Por varias razones, nos dejaría ver cómo los Jueces y Juezas fundan y sustentan sus resoluciones, se podría demostrar si es que incluyen protocolos como el de perspectiva de género creado por la Suprema Corte. En este sentido se podría pensar que si fuera de carácter obligatorio publicar todas las sentencias en su versión pública se podría conocer a cada Juez o Jueza por la calidad alta o baja de sus resoluciones; la sociedad civil podría medir una infinidad de variables y emitir recomendaciones pero, al interior de las instituciones de justicia podría generarse una interesante dinámica de socialización de argumentos innovadores y fortalecer el comportamiento ético de las y los juzgadores.

4. El potencial de la transparencia en la impartición de justicia

Ante el contexto y las precisiones de la ley desarrollados en los apartados anteriores vale la pena preguntarnos, ¿cuál es el potencial de la transparencia en el Poder judicial y la impartición de justicia dentro del contexto del paradigma de Justicia Abierta?

Vale la pena por su relevancia advertir que se trata de un derecho donde los sujetos obligados son garantes. Intentar resistirse a ella resulta un sinsentido ya que, lejos de ser una amenaza, es la oportunidad para fortalecer instituciones y su relación con la ciudadanía a la que responden.

Los ciudadanos solemos identificar a nuestros regímenes democráticos con aquellas instituciones por las que emitimos un voto popular, es decir, por los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Sin embargo, como muestran los datos expuestos líneas arriba, la ciudadanía desconfía también de Jueces y Magistrados. No está de más reflexionar que si bien el Poder Judicial no es electo directamente por el voto popular, no está exento de la desconfianza ciudadana. Se deben asumir esas realidades para poder diseñar una solución.

En una democracia, el papel del Poder Judicial resulta de la mayor relevancia porque su función es la de resolver conflictos que no serán menores en sociedades complejas, plurales y diversas como la nuestra. Entonces, la transparencia es un derecho que debe ser garantizado en aras de dotar a los ciudadanos de más herramientas para vigilar y fortalecer al mismo tiempo el acceso a la justicia y la credibilidad institucional.

Los datos de percepción anteriormente presentados reflejan las ineficientes estrategias de política pública que se han implementado para que los ciudadanos nos apropiemos y ejerzamos nuestro derecho a la información, conozcamos la labor de nuestras instituciones y generemos una relación estrecha que erradique la desconfianza. Por ejemplo, la LGTAIP exige a los sujetos obligados cumplir con la difusión de información relacionada con su competencia de forma proactiva, no obstante los ciudadanos nos seguimos encontrando con portales digitales con información reducida, desordenada, en lenguaje técnico y en formatos cerrados. Hay que apuntar que el alcance de la LGTAIP es amplio, ya que incorpora el fomento de tecnologías de la información y datos abiertos, difusión y promoción de la cultura de la transparencia. Esto implica la necesidad de plantear una agenda

digital en materia de transparencia, acceso a la información y participación. Resulta urgente plantearse un modelo digital innovador que haga eficiente el trabajo de los tribunales, las instancias de impartición de justicia, de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura y su comunicación con la ciudadanía.

Los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil esperamos de los sujetos obligados, garantes de nuestro derecho, una modernización integral en la sistematización de archivos y el mejoramiento en la accesibilidad para que más ciudadanos puedan conocer, vigilar y entender qué hacen las instituciones públicas.

Hay que destacar que una política de datos abiertos efectiva abre la posibilidad de colaborar con el exterior ya que favorece el seguimiento de la actividad judicial, mejora la coordinación entre las áreas al interior y facilita el intercambio entre instituciones y sociedad necesario para medir, evaluar y en su caso replantear políticas públicas que fortalezcan el derecho de acceso.

En resumen, una institución no es transparente por otorgar información a destajo que no le transmita un mensaje al ciudadano dentro de sus portales. Tampoco lo es la institución que publica documentos de extensiones importantes en un lenguaje complejo y especializado. La transparencia implica más elementos como la comunicación efectiva, transformar el lenguaje altamente especializado a un lenguaje ciudadano, el uso permanente de las tecnologías de la información para comunicar y acercarse a la sociedad y fundamentalmente, la creación de espacios participativos con la ciudadanía para conocer sus necesidades y poder garantizar su derecho de acceso a la información.

Las ventajas que la era digital pone en la mesa a las instituciones del Estado son enormes ya que las nuevas tecnologías logran no solo modernizar su comunicación hacia la ciudadanía sino mejorar al interior de la institución, desde la

digitalización y sistematización de la información, hasta su comunicación interna y otorga la posibilidad de dejar a un lado el papeleo. Pero fundamentalmente, las tecnologías pueden ayudar a que el acceso a la justicia imparcial y expedita sea una realidad para la sociedad. Utilizar tecnologías de la información para restablecer la relación con la sociedad debe ser una prioridad. No solo por la demanda de información sino por la necesidad de las instituciones para erradicar la desconfianza en sus funciones, mostrar sus resultados, garantizar una efectiva rendición de cuentas y publicitar sus logros. Se puede decir que la tecnología, los datos abiertos y la transparencia son herramientas que adoptan las instancias que quieren innovar y con ello abren la posibilidad de generar espacios de participación permanentes y compartir conocimiento, la forma en que se toman decisiones, en que deciden y construyen sentencias y preceptos para construir una democracia sustantiva y garantista. Una justicia efectiva es una justicia clara, accesible y apropiable para el ciudadano.

5. Conclusiones

La existencia de los cambios y avances legislativos en materia de transparencia y acceso a la información dan cuenta de la intención de dar un giro a las circunstancias actuales de desconfianza ciudadana hacia lo público. Los retos de las instituciones de impartición de justicia son grandes y requieren de acciones a corto, mediano y largo plazo para insertarse en la lógica de la Justicia Abierta.

La apuesta desde la sociedad civil por involucrarse con el mejoramiento de las instituciones debe ser asumida por éstas con responsabilidad y voluntad hacia la apertura de espacios que fortalezcan la relación con la ciudadanía y la rendición de cuentas.

Los avances legislativos, reconocidos a nivel mundial, debieran conducir a una fuerte protección y garantía del derecho a la información por parte de todas las instituciones del Estado. En este sentido, el Poder Judicial puede innovar incor-

porando el paradigma de Justicia Abierta con ayuda de las nuevas tecnologías de información y comunicación y capacitando a las y los juzgadores para dar el giro que el ejercicio del derecho requiere para ser garantizado.

Fuentes

Centre for Law and Democracy, *Global Right to Information Rating*. Disponible en: <http://www.rti-rating.org/>

EQUIS, Justicia para las mujeres, *Transparencia en la publicación de sentencias ¿Retrososos a partir de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública?* (Diciembre 2017).

INEGI, *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2017*. Disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/regulares/encig/2017/doc/encig2017_principales_resultados.pdf

INEGI, *Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (ENAIID) 2016*.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, del 4 de mayo de 2015.

Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe. Barómetro Global de la Corrupción*.

World Justice Project, *Rule of Law Index 2017-2018*.

LA EFICACIA ILUSORIA DEL AMPARO EN CONTRA DE OMISIONES: UNA BREVE CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA 2A./J. 48/2016 (10A.)

Jesús Manuel Orozco P.*

Sergio A. Villa Ramos**

Las sentencias valen, en un país y en un momento histórico determinados, lo que valgan los hombres y mujeres que las dictan.¹

Uno de los grandes ejes que trajo consigo la reforma constitucional en materia de amparo de 6 de junio de 2011, fue el de establecer expresamente la procedencia del amparo en contra de omisiones. Claro es que antes de la reforma ya se podían entablar juicios doliéndose de la inactividad de una autoridad,² pero no puede negársele el mérito de hacerlo indudable.

* Jesús Manuel Orozco P. es abogado por la Universidad de Guadalajara, miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y postulante en la firma Orozco and Pulido's Abogados. Correo electrónico: orozco.jesusmanuel@gmail.com

** Sergio A. Villa es pasante en derecho por la Universidad de Guadalajara, miembro del colectivo Movimiento Académico por el Derecho Internacional y postulante en la firma Illanes, Soto y Cisneros, adscrito al área de defensa constitucional. Correo electrónico: tsergiovilla@gmail.com

¹ Extraído de las palabras del consejero Alfonso Pérez Daza, durante la sesión conjunta de los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, en la que rindieron protesta Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación el día 7 de abril del año 2015.

² *Inter alia*, JUICIO DE GARANTÍAS, *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta Época, t. IV, p. 737, Reg. IUS 289800.

Este aspecto novedoso del amparo generó un entendimiento distinto sobre cómo operar con este mecanismo de defensa constitucional para instar la actividad de las autoridades. Y es que nos parece que la incertidumbre que provocan las dilaciones debe ser remediada con la intervención del Juez constitucional como bien lo determinó el constituyente permanente, pero ha tenido otro entendimiento cuando se trata de omisiones acaecidas dentro de un juicio.

Este "dudoso" entendimiento ha sido expresado por la Segunda Sala de la Suprema Corte en la jurisprudencia 2a./J. 48/2016 (10a.), dictada por unanimidad de cinco votos en la sesión del 16 de marzo de 2016, cuyo rubro dice AMPARO INDIRECTO. POR REGLA GENERAL, ES NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE EL INTERPUESTO POR UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO NATURAL, CONTRA LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DE ACORDAR PROMOCIONES O DE PROSEGUIR EN TIEMPO CON EL JUICIO, AL TRATARSE DE UNA VIOLACIÓN INTRAPROCESAL QUE NO AFECTA DERECHOS SUSTANTIVOS.³ En dicho criterio se estableció que, cuando se reclaman omisiones dentro de un asunto jurisdiccional, el amparo es improcedente porque no se vulneran derechos sustantivos, sino meramente cuestiones procesales. Argumento que de entrada es erróneo, porque los derechos sustantivos son aquellos que confieren beneficios de protección y de exigencia a favor del gobernado, de tal suerte que se encuentran –los aspectos procesales de una instancia– íntimamente ligados a los derechos sustantivos, es decir, coexisten, no sólo con motivo de tal interconexión, sino porque ambos se encuentran determinados en la categoría de derechos humanos, tanto por expresión Constitucional como Convencional.

Como si el acceder a una decisión de fondo sobre los derechos que le corresponden a una persona sea una cuestión menor, la Segunda Sala ha establecido

³ Tesis 2a./J. 48/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Décima Época, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo II, pág. 1086, Reg. IUS 2011580.

que las dilaciones dentro de un juicio son de segunda categoría y debe esperarse a que haya una parálisis superior del proceso (de primera categoría) para que la displicencia de la autoridad responsable pueda ser revisada por un Juez constitucional.

Bien, pues nos parece que acceder a una determinación del derecho que le corresponda a una persona dentro de un juicio no es una cuestión menor y debe ponerse un énfasis favorecedor para aquellos que deciden depositar su conflicto en los tribunales, declinando de ejercer una autotutela. Visto en términos pragmáticos, el mensaje que se le da al gobernado es fatal: "si su juicio tiene demoras no puede acudir a un Juez constitucional para destrabar esa omisión, sino hasta que la tardanza sea considerable".

En contrapartida, si un justiciable deja pasar un solo día para hacer valer un acto procesal, se actualiza en su perjuicio la preclusión, quedando imposibilitado para ejercerlo. Así, la demora para las autoridades judiciales es intocable si no es notoriamente tardía; pero la demora en los gobernados extingue sus derechos, así sea por un solo día, de forma contundente, a rajatabla, sin consideración graciosa alguna y en perjuicio mayor de sus derechos.

Más allá de cálculos cronológicos, existen derechos sustantivos que fueron ignorados por la Segunda Sala, los cuales no están constitucionalmente sujetos a las condiciones que menciona la jurisprudencia. En los artículos 8o y 17 constitucionales tenemos, respectivamente, el derecho de petición, que exige que a todo escrito se dé una respuesta en breve término; y tenemos el derecho de acceso a la justicia pronta, que exige una decisión al derecho disputado en los plazos que dicten las leyes. Leyes que, obviamente, deben ser dispuestas por el legislador, no así por la Suprema Corte.

Además nos parece que la Segunda Sala yerra en esta jurisprudencia porque aplica una hipótesis normativa que sólo fue pensada para regular la procedencia

del amparo en contra de actos, y no así en contra de omisiones. De la sola lectura de la fracción V, del artículo 107 de la Ley de Amparo, se desprende que la misma se refiere a actos irreparables, y no así a omisiones. Por tanto, salta a la vista la incorrecta fundamentación legal de la jurisprudencia en estudio.

Si tomamos en cuenta que, desde antaño, la Corte ha sostenido que las causales de improcedencia son de estricta aplicación, pues los casos en que los gobernados están impedidos para salvaguardar su derecho deben estar expresamente consignados, de primera mano es palpable, entonces, que la jurisprudencia 2a./J. 48/2016 (10a.) da un revés a una línea jurisprudencial vigente desde 1940,⁴ pues implícitamente se sienta el mal precedente para que los Jueces interpreten extensivamente las hipótesis que limitan el acceso al proceso de amparo; antes bien, lo correcto sería que el juicio constitucional sea abierto a menos que esté prohibido su ejercicio de forma clara. Situación que no acontece tratándose del amparo en contra de las omisiones, pues ni la Constitución ni la Ley de Amparo disponen que las omisiones reclamadas vía amparo deben ser irreparables. Por eso, la Suprema Corte ha generado una nueva excepción a la procedencia del amparo, en claro desmedro del artículo 17 constitucional, en cuanto que el acceso a la jurisdicción se dará en los términos que fijan las leyes, y no la jurisprudencia.

Si reparar significa enmendar, corregir o remediar algo, es indudable que toda omisión es reparable *per se*, pues basta con que se active la atribución jurídica que el gobernado está pidiendo para que desaparezca su lesión. En este cariz no habría motivo para prever la procedencia del juicio de amparo en contra de omisiones, pues llegará el remedio para el gobernado con el solo transcurrir del tiempo.

⁴ AAR 6159/39, AMPARO, LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA DEL, SON DE ESTRICTA INTERPRETACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Quinta Época, t. LXIII, pág. 2215, Reg IUS 329557.

Inclusive, nos parece que si el legislador estableció que el juicio de amparo es improcedente en contra de "actos" que no sean irreparables, fue con la clara finalidad de evitar paralizaciones en los juicios a través de la estrategia de la contraparte de impugnar cualquier acto procesal en un amparo. Por eso se reserva la procedencia del juicio constitucional para aquellos actos que verdaderamente sean perjudiciales para los derechos de una parte, y así evitar que por cada fase del juicio se derivé un amparo que demore la decisión final, aunque consideramos que existen actos intra-procesales que bien pueden ser materia de un amparo indirecto interior en un proceso, pero este tema lo abordaremos en otra entrega.

Siguiendo la misma *ratio*, si el objetivo es evitar que el amparo sea un arma para tramposamente retardar un juicio, en sentido contrario el amparo debe erigirse como un catalizador de la decisión pronta de un caso. Por eso la preocupación hacia la jurisprudencia, pues se están dando efectos contrarios a los que el constituyente permanente consideró en la reforma de amparo.

Este criterio cerrado también ha tenido, lamentablemente, eco en la Primera Sala de la Suprema Corte, pues en la jurisprudencia 1a./J. 8/2015 (10a.) se estableció que la violación al derecho de petición dentro de un asunto jurisdiccional no es directamente reclamable en vía de amparo, sino que deben atenderse a las vías ordinarias que establezca la legislación. Otra vez se adicionan elementos para hacer improcedente el amparo, aun cuando no hay sustento legal para ello.

Volviendo al tema, insistimos que si se prevé desde la Constitución el amparo por omisiones debemos transitar hacia un nuevo entendimiento judicial, y no quedarnos en las soluciones de antaño donde el criterio del Juez se encamina a no reflexionar ni admitir los casos porque se aumenta la carga laboral.

En la jurisprudencia 2a./J. 48/2016 (10a.) se confiere la atribución al Juez de Distrito para valorar desde la fase de admisión si vislumbra o no una abierta dilación de juicio o una total paralización. Es decir, al tener a la vista sólo la

demanda, el Juez valorará, *ad limine*, si una petición acaecida dentro de un juicio implica una tardanza desmesurada, solamente tomando en cuenta criterios temporales y sin ponderar la situación real del proceso de origen o los derechos en juego (lo cual sólo conocería si admitiera a trámite la demanda y pidiera los informes justificados).

Hay una pluralidad de casos en que una petición no acordada dentro de un juicio sí acarrea un choque frontal a derechos sustantivos, pues el tiempo que demora en proveerse un escrito es realmente lesivo para una persona. Por vía de ejemplo, cuando un reo efectúa una petición al Juzgado Penal para que su expediente sea extraído del archivo y que pueda estudiarse si procede acceder a un beneficio de prelibertad; cuando se excita el dictado de una sentencia dentro del plazo legal; o cuando se solicita la fijación de una medida cautelar, *inter alia*.

Todos estos casos, al no ser atendidos por el Órgano jurisdiccional, ameritan que sean llevados a la justicia constitucional *ipso facto*, sin esperar a que se configure una tardanza considerable que encuadre en la calificativa de "abierta dilación", cualquiera que sea el significado que la Segunda Sala haya querido darle. De lo contrario, sería un contrasentido y no tendría un efecto útil que el Constituyente encomiende al legislador secundario establecer los plazos en que debe desarrollarse el ejercicio de la administración de justicia.

También se pasó por alto que constitucionalmente rige el criterio interpretativo *pro persona* para destrabar cualquier duda, así como el principio de progresividad en los derechos. Si la cuestión es decantarse por establecer si el amparo procede en contra de omisiones o no, lo más adecuado es impulsar la procedencia, porque así se dejan abiertas más vías procesales al justiciable, ya que la envergadura y respeto que implica nuestro juicio de amparo lo convierte en la vía más eficaz para combatir la displicencia de las autoridades.

Finalmente, dejaremos sentada la idea de que en el foro se está enraizando una práctica judicial que es preocupante, pues hay tribunales que son impenetrables para admitir a trámite asuntos y motivan los autos de desechamiento con argumentos falaces, mal enfocados o incongruentes. Todo esto por el solo objetivo de aligerar la estadística laboral, sin chistar sobre el derecho de la persona de acceder al tribunal para ser oído en su causa.

Los Juzgados de Distrito no gustan de ventilar juicios ejecutivos mercantiles de poca cuantía, a pesar de que existe una jurisdicción de opción para el actor, e imponen autos excesivamente motivados en jurisprudencias inaplicables sólo para decir entre líneas al actor que "su juicio será tortuoso en la jurisdicción federal". Los Tribunales de lo contencioso administrativo temen ejecutar sus resoluciones en contra de gobiernos locales o municipios, queriendo evitar un roce político. Las juntas laborales demoran una eternidad para admitir una demanda y desahogar una audiencia, aun cuando la ley exige que esa fase se sustancie en 15 días.

Podríamos enlistar más defectos en la praxis jurisdiccional, pero sólo deseamos resaltar que la situación que yace en el fondo es una indolencia institucional por beneficiar a las personas. Como operadores jurídicos debemos recordar que detrás de las cuestiones jurídicas hay personas que depositaron su confianza en acudir al sistema jurídico. Si el sistema se cierra serán más comunes las pérdidas de confianza en el Estado y se alienta la búsqueda de la autotutela (ya lo estamos viviendo en el día a día). De nuevo un claro ejemplo de contumacia constitucional...ni más ni menos.

Fuentes

PÉREZ DAZA, Alfonso, "Discurso dictado durante la sesión conjunta de los Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura

Federal, en la que rindieron protesta Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación" del 7 de abril del año 2015.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. IV, pág. 737, con registro 289800.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. LXIII, pág. 2215, con registro 329557.

Reseñas

ALBERT, Richard,
"Constitutional Amendment and Dismemberment",
Yale Journal International of Law,
vol. 43, núm. 1, 2018, 84 pp.

En este artículo, Richard Albert presenta una interesante postura a un tema que parecía ya muy explorado: la reforma constitucional. Albert apunta que existen casos de reformas constitucionales que van en contra de los mismos cimientos de la constitución y que, por tanto, deberían ser limitados o llevarse a cabo mediante procedimientos reforzados. Parte de la idea de que jurídica y conceptualmente no parece haber diferencia entre los cambios radicales y los cambios que meramente refuerzan los propósitos originales de las constituciones. En esta investigación, el autor define a una reforma constitucional como un medio para que las constituciones alcancen los objetivos para las que fueron creadas. Por lo que, una reforma que altera la estructura básica de la constitución no puede considerársele una mera reforma constitucional (*constitutional amendment*) sino más bien, una desarticulación constitucional (*constitutional dismemberment*). Esta última, a su vez, se subdivide en tres clases de cambios al marco constitucional que buscan reformar:

- a) Cambio a la identidad de la constitución.
- b) Cambio a los valores de la constitución.
- c) Cambio a la estructura de la constitución.

Todos estos cambios no son mutuamente excluyentes, y sucede que un cambio muchas veces implica a los otros dos.

Por otro lado, las teorías recientes reconocen correctamente que existen cambios que son más significativos que otros. Para explicarlo, el autor se remonta a la teoría del cambio constitucional de John Rawls y seguidores como Kelbley,¹ quienes explican que las reformas constitucionales son aquellas que se ajustan al marco de la constitución (p.e. identidad, valores y estructura) y lo refuerzan para conseguir mejor sus objetivos. Si se altera esto último, ya no se trata de una reforma constitucional sino de una nueva constitución. De ello se extraen cuatro proposiciones básicas:

1. La proposición binaria. Esta se trata de la disyunción que establece que o se tiene una reforma constitucional o se tiene conceptualmente una nueva constitución.
2. La proposición de los límites de la reforma. En ella se establece que puede haber cambios constitucionales que se lleven a cabo siguiendo procedimientos de reforma ordinarios, pero que no resultan en una reforma adecuada.
3. La proposición de ilegitimidad. En la que se establece que cuando se hace una alteración a la constitución que no resulta en una reforma adecuada, los cambios son ilegítimos.

¹ Charles A. Kelbley, "Are There Limits to Constitutional Change? Rawls on Comprehensive Doctrines, Unconstitutional Amendments, and the Basis of Equality", *Fordham Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1487.

4. La proposición de las limitaciones implícitas. La cual señala que, aunque una constitución no establezca de manera explícita cómo se distingue una reforma constitucional ordinaria del crear una nueva constitución, la diferenciación está implícita en la misma naturaleza de la reforma y de la constitución.

A su vez, dichas proposiciones están enraizadas en la teoría del poder constituyente. Esta define una línea divisoria entre la sociedad y sus representantes. Los primeros son el poder constituyente –mismo que, virtualmente, no tiene limitaciones en cuanto a lo que puede determinar, razón por la cual puede crear una nueva constitución–, y el poder constituido –el cual solo tiene las atribuciones que la voluntad del poder constituyente ha determinado–. En ese sentido, el poder constituido no puede modificar el núcleo legislado y ratificado por el poder constituyente, sin caer por lo mismo en la ilegitimidad.

No obstante, estas cuatro proposiciones no dan cuenta del caso en que se hace una enmienda que conceptualmente podría ir en contra del "núcleo" de la constitución, pero que solo reforma eso, dejando intacto al resto de la constitución. En ese sentido, no se puede considerar conceptualmente que se está creando una nueva constitución. En el espectro que va desde una enmienda a la creación de una nueva constitución hay un concepto faltante, este es el que el autor propone como 'desarticulación constitucional'.

Uno de los fallos de la teoría convencional sobre el cambio constitucional –opina Albert– es que no da cuenta de por qué una reforma debería ser descartada simplemente por ir en contra del marco constitucional. La realidad es que la separación es demasiado drástica y la teoría de la desarticulación constitucional establece un nuevo concepto que, si se establecen reglas específicas al mismo, puede resultar útil para tener un marco normativo que permita las desarticulaciones constitucionales, resguardando la legitimidad.

Para lograr lo anterior es necesario incluir un nuevo concepto normativo, cuyo propósito sea eliminar la ambigüedad y ofrecer una serie de criterios claros para poder establecer la legitimidad de una desarticulación constitucional. Ello se logra a través de la regla de la mutualidad (*rule of mutuallity*) que entraña cuatro factores:

- a) El factor de la diferenciación: la reforma constitucional se distingue por requerir una votación menor que la ratificación constitucional, los votos de la reforma solo pueden ser utilizados para hacer reformas constitucionales y no desarticulaciones constitucionales.
- b) El factor de la unificación: las reformas constitucionales tienen los mismos requisitos que la ratificación constitucional, estos requisitos pueden ser usados para desarticulaciones constitucionales y para reformas constitucionales.
- c) Simetría: los requisitos de la ratificación constitucional original crean el criterio para las desarticulaciones constitucionales.
- d) Variabilidad: los requisitos para la desarticulación constitucional pueden ser menores si los ciudadanos y las élites políticas consideran legítimo hacer tal cosa.

De esta manera se establecen los requisitos normativos para hacer una desarticulación constitucional, cosa que supera a la teoría convencional, pues permite las desarticulaciones constitucionales y no las invalida, en principio, por ser tales; pero tampoco las permite bajo criterios ordinarios.

Uno de los mayores beneficios de esta teoría es que puede responder a la pregunta de cómo se deben de diseñar las leyes del cambio constitucional para evitar la degeneración democrática liberal (*liberal democratic degeneration*).

El planteamiento de los académicos "New Wave" es que en los regímenes autoritarios competitivos las instituciones democráticas son utilizadas para ejercer y obtener autoridad política, por lo que muchas veces se utilizan mecanismos constitucionales para instaurar regímenes autoritarios contrarios a la democracia. Así, la teoría de la desarticulación constitucional ofrece una manera de cuantificar las mayorías necesarias para validar un cambio, incluso si este va en contra del marco constitucional anterior. No importa si el cambio ratificado de esta manera sirve para fortalecer la democracia o no, la teoría no constriñe lo que puede o no legislarse, lo que importa es la cuantificación de las mayorías para poder hacer cambios radicales de la constitución, garantizando el apoyo de la mayoría sustancial de las personas, lo cual en sí mismo es democrático.

Por último, otro de los problemas que evita la teoría de la desarticulación constitucional es el de la juristocracia. Este se define como el problema de conciliar que los cambios constitucionales son resueltos por cortes que muchas veces no siguen procedimientos democráticos para el nombramiento de sus integrantes. Al incluir el principio de mutualidad se garantiza que las desarticulaciones constitucionales tengan la aprobación del poder constituyente al poner los mismos requisitos que para las ratificaciones constitucionales para hacer esos cambios.

Cabe mencionar que dicha teoría no determina cómo debe de ser una constitución, lo que hace es defenderla a través del principio de mutualidad para que las mayorías originarias necesarias para elaborar una nueva constitución sean las que determinen los cambios radicales ya sea en identidad, estructura o valores de la constitución vigente. Lo anterior sin la necesidad de invalidar dichas desarticulaciones por ir en contra de la constitución vigente, pero tampoco cayendo en el problema de desarticular la constitución utilizando mecanismos que fueron diseñados solo para reformarla. La defensa de esta doctrina apunta hacia una visión localista y no global. Parte de la idea de que la soberanía de los pueblos debe de determinar el régimen que deben de seguir, independientemente si este

es democrático liberal o no. Lo que garantiza es que sea necesario el consentimiento de los pueblos para hacer cambios que son, más que una mera reforma, una desarticulación a sus constituciones. En ese sentido, esta teoría sigue la estela de la teoría del poder constituyente, pero la precisa y da reglas claras para que esta pueda ser efectiva a la hora de realizar dichos cambios constitucionales.

Tras la lectura del texto de Albert, se puede llegar a la conclusión de que, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos es una constitución desarticulada. Esto es debido a que tiene cien años y es el resultado de la Revolución mexicana, una guerra civil que tuvo lugar a principios del siglo XX. Las enormes reformas que ha sufrido durante este tiempo hacen que debamos considerar si en realidad no se trata de nuevas constituciones dado que algunos de estos cambios realmente revierten valores importantes del propio movimiento revolucionario. De ello exponemos tres ejemplos de reformas recientes en la Constitución mexicana:

1. La reforma energética. Después de la revolución uno de los principios fundamentales otorgados al Estado mexicano fue el reconocimiento de la tierra y los recursos naturales como pertenecientes a la nación. Esto tuvo un impacto importante en el derecho individual a la propiedad y provocó que se nacionalizara en 1938 la industria del petróleo. No obstante, casi un siglo después, debido a la situación internacional de los combustibles fósiles que son cada vez menos importantes, resultó inadecuado para el Estado continuar monopolizando esa industria. Con esto se impulsó un fuerte debate e inclusive la intervención de la Suprema Corte de Justicia, pero finalmente se cambiaron los artículos 25 a 28 para dar un giro de ciento ochenta grados a estos principios.
2. La reforma laboral. Entre los constitucionalistas del 17 había férreos defensores de los derechos de los trabajadores. Se consideró un gran triunfo de la Revolución el artículo 23 constitucional en el que se plas-

maron los derechos de todos los trabajadores, no obstante, hoy el texto es insostenible en muchos puntos e impide que México sea un país competitivo en el mercado global.² Hoy enfrentamos un escenario muy diferente, pues la economía no está cerrada como a principios del siglo XX y se han puesto en marcha cambios importantes en la legislación laboral que han trastocado los valores emergidos de la Revolución.

3. Las leyes de carácter general. El siglo XXI ha visto una proliferación de las llamadas leyes generales o nacionales las que de facto implican la reducción de las competencias de las entidades federativas y han transformado la manera en que se entiende el federalismo en México. Quizás el ejemplo más claro es la existencia de un Código Nacional de Procedimientos Penales. Además, actualmente contamos con sistemas unificados de transparencia, anticorrupción, salud, seguridad, educación y turismo, mismos que han disminuido de forma considerable los poderes de los gobiernos locales.

Como muestran estos ejemplos, a pesar de que el artículo 135 establece que es necesario un procedimiento reforzado de mayorías calificadas e intervención de los gobiernos locales para la reforma constitucional (al igual que la Constitución de los Estados Unidos) durante todo este tiempo ello no ha significado una dificultad para cambiar el texto constitucional en aspectos que parecieran fundamentales. Esto ha llevado a juristas y académicos como Fix-Fierro y Valadés³ a reconocer y simplificar la Constitución, debido a que se ha transformado, a lo largo de todas estas reformas, en un texto de muy difícil manejo. No obstante, entre compañeros de ciencias políticas dicho intento ha causado cierta mofa,

² Ver comentarios al artículo 123 constitucional de Cervantes Martínez, Marvan Urquiza, Curioca Galvez, Mercado López, en José Ramón Cossío Díaz (coord.), *Constitución Comentada*, Tirant lo blanch, México, 2017.

³ Fix-Fierro Héctor y Valadés Diego, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado Anteproyecto, Ley de Desarrollo Constitucional*, UNAM-IJ, IBDC, Senado de la República, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, CEDIP, México, 2016.

pues, como dicen, la Constitución es un documento político que manifiesta el modo en que funciona el poder. En ese mismo sentido Bruce Ackerman⁴ ha postulado que los cambios en la Constitución son válidos si tienen el suficiente apoyo de la población sin importar qué tanto se alejan de los valores de los padres fundadores o constitucionalistas originales. El trabajo de Albert abona a este debate común entre los abogados y los científicos políticos. Especialmente porque no es claro que podamos identificar fácilmente la naturaleza de la Constitución, sus valores fundamentales o su arquitectura fundamental. Además, aún si pudieran identificarse, no es claro que estos valores deban de ser considerados como algo invariable o que sea necesario conservarlos. Sobre todo, en el caso de constituciones como la mexicana o la norteamericana, que tienen muchos años de antigüedad y representan algunos valores añejos que no necesariamente se corresponden con el estado de cosas actual y menos aún con la sociedad contemporánea y sus preocupaciones.

Como ejemplo de lo anterior podemos pensar en los valores establecidos por los padres fundadores en la Constitución de los Estados Unidos. En primer lugar, quienes determinaron los valores esenciales, la estructura o su naturaleza no entendían a la sociedad como hoy en día, pues es bastante claro, por ejemplo, que las mujeres no tenían ni voz ni voto sobre cómo fundar la nueva nación. La enorme mayoría de los constituyentes eran hombres blancos por lo que, a la luz de una sociedad incluyente como lo es la contemporánea no resulta claro que deba defenderse a capa y espada una serie de características supuestamente fundamentales asentadas por un grupo particular y no representativo de la sociedad hoy en día. Incluso, resulta hasta peligroso que se haga esto, pues reformas como la abolición de la esclavitud, que es citada en el texto de Albert, pueden llegar a estar en contradicción con las características fundamentales de la Constitución, por lo que, lejos de ser un instrumento que permita el avance de

⁴ Cfr. Ackerman Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999.

los pueblos hacia nuevas y mejores condiciones se puede transformar en un lastre.

Este ejemplo es especialmente importante a la luz de lo que significa hoy la pluralidad política, esto es la protección de las minorías. Es clara aquí la contradicción, pues el principio de mayoría absoluta que en general se postula para poder cambiar a las constituciones de los pueblos impediría que las minorías pudieran hacer cambios esenciales a la constitución del país al que pertenecen. Hay, pues, un conflicto que resulta de sectores minoritarios de la población como la comunidad LGBT o los indígenas (en México), etc., que nunca verían sus derechos garantizados en la Carta Magna, en aras de lograr la protección de los valores fundamentales de la misma .

En ese sentido, es posible que exista el problema de que los valores plasmados en constituciones de larga data ya no reflejen a las sociedades contemporáneas, y que la protección de un supuesto núcleo de valores, estructura y naturaleza pudiera impedir el cambio constitucional necesario para adaptarse a las nuevas condiciones sociales. En ese sentido, es loable el que las constituciones contengan una manera en que puedan ser reformadas para responder a los valores cambiantes de la sociedad sin que haya una ruptura del sistema legal, y sin establecer medidas drásticas, las cuales podrían resultar un lastre para el avance democrático de las sociedades. Esto, pues, llevaría a las constituciones –en tanto cuidadoras de sus propios valores fundamentales– a volverse un sistema rígido y difícilmente cambiable a la luz de las necesidades dinámicas de los pueblos.

Los abogados tendemos a ver a la Constitución como la ley suprema de los países o la norma básica de un sistema legal, consideramos que es la base del Estado de Derecho, y por ello buscamos su estabilidad, pero la Constitución está exactamente en la frontera entre la ley y la política. Si bien nos gustaría verla como

un sólido con un orden preciso y claros valores y estructura, en realidad más bien tiene una consistencia viscosa, sin límites precisos y bastante maleables que le permiten responder a los cambios sociales de cualquier época.

Ana Elena Fierro*

* Investigadora y coordinadora del Programa de Análisis Regulatorio del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en octubre de 2018. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT y Gothic 720 BT de 8, 9, 10, 11, 13 y 15 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 gramos.

