

Revista del  
Centro de Estudios de  
Derecho e  
Investigaciones  
Parlamentarias

Junio 2020

# Quórum 130 Legislativo

La declaratoria general  
de inconstitucionalidad  
en el juicio de amparo

Noé Luis Ortiz

Acciones afirmativas:  
entre la igualdad de género y el  
principio de igualdad jurídica

Saúl Pérez Trinidad

Derecho al olvido

Laura Eugenia  
Rodarte Ledezma

Tendencias para uniformar o unificar  
la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI

Oscar Uribe Benítez

Análisis de las reformas  
constitucionales en materia de  
justicia cotidiana, cívica e  
itinerante

Fernando Alberto  
Vilchis Leija

Democracia y  
jurisprudencia

Diego Armando  
Mejía Velázquez



# Quórum 130 Legislativo

es una publicación del Centro de Estudios  
de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

H. Cámara de Diputados, LXIV Legislatura

Junio, 2020

## MESA DIRECTIVA

### Presidenta

Dip. Laura Angélica Rojas Hernández

### Vicepresidentes

Dip. María de los Dolores Padierna Luna

Dip. Marco Antonio Adame Castillo

Dip. Dulce María Sauri Riancho

### Secretarios

Dip. Karla Yuritzi Almazán Burgos

Dip. Lizbeth Mata Lozano

Dip. Sara Rocha Medina

Dip. Héctor René Cruz Aparicio

Dip. Maribel Martínez Ruiz

Dip. Carmen Julieta Macías Rábago

Dip. Mónica Bautista Rodríguez

Dip. Jesús Carlos Vidal Peniche

## JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

### Presidente

Dip. Mario Delgado Carrillo

### Integrantes

Dip. Juan Carlos Romero Hicks

Dip. René Juárez Cisneros

Dip. Reginaldo Sandoval Flores

Dip. Izcóatl Tonatiuh Bravo Padilla

Dip. Jorge Arturo Argüelles Victorero

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Verónica Beatriz Juárez Piña

### Secretaría General

Graciela Báez Ricárdez

### Secretaría de Servicios Parlamentarios

Hugo Christian Rosas de León

### Secretaría de Servicios Administrativos y

### Financieros

Juan Carlos Cummings García

## CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS

### Integrantes

#### Encargado de la Dirección General del CEDIP

Juan Carlos Cervantes Gómez

#### Directora de Estudios de Constitucionalidad

Hasuba Villa Bedolla

#### Director de Estudios Parlamentarios

Noé Luis Ortiz

#### Director de Estudios Jurídicos

Marcial Manuel Cruz Vázquez



Diseño, formación y  
fotografía de portada

Miguel Angel Ramírez Hernández

ISSN: 1870-7270

Reserva: 04-2009-070116123600-102

## Quórum Legislativo 130

Publicación del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, con domicilio en Av. Congreso de la Unión No. 66, Col. El Parque, Alcaldía Venustiano Carranza, C.P. 15690, Ciudad de México. Editada y distribuida por la Cámara de Diputados a través del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando sea sin fines de lucro.

Los artículos firmados son responsabilidad exclusiva de los autores.

**Q**uórum **130**  
**Legislativo**

# Índice

---

<b>Presentación</b> CEDIP	<b>07</b>
<b>La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo</b> Noé Luis Ortiz	<b>11</b>
<b>Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica</b> Saúl Pérez Trinidad	<b>67</b>
<b>Derecho al olvido</b> Laura Eugenia Rodarte Ledezma	<b>111</b>
<b>Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en México durante los siglos XX y XXI</b> Oscar Uribe Benítez	<b>143</b>
<b>Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante</b> Fernando Alberto Vilchis Leija	<b>209</b>
<b>Democracia y jurisprudencia</b> Diego Armando Mejía Velázquez	<b>259</b>

# Presentación

---

Una tarea sustantiva de todo centro de estudios es la de generar conocimiento innovador, que coadyuve a la comprensión de una realidad cada vez más compleja y cambiante. Es en este contexto que la investigación científica se traduce en el instrumento primordial para el análisis de esa realidad, y así contribuir al desarrollo de las distintas disciplinas que permiten crear conocimiento de vanguardia. De esta manera, el propósito final de cualquier investigación científica debe conducir a soluciones efectivas de las distintas problemáticas que atañen al quehacer humano; y, al mismo tiempo, contribuir al avance de las diversas disciplinas de las cuales emergen.

En este orden de ideas, el número 130 de la Revista *Quórum Legislativo*, editado por el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de esta H. Cámara de Diputados, integra investigaciones que tienen el objetivo de constituirse como herramientas teórico-metodológicas que contribuyan a enriquecer el análisis del complejo objeto de estudio del fenómeno parlamentario y que, al mismo tiempo, se conviertan en conocimiento que permita a las y los legisladores mejorar sus prácticas en la materia.

Esta edición reúne seis colaboraciones, la primera de ellas de la autoría de Noé Luis Ortiz, que en el trabajo intitulado *La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo*, analiza de manera crítica la regulación y el funcionamiento de dicha declaratoria, con el objetivo de detectar algunos cambios necesarios.

*Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica*, es la entrega de Saúl Pérez Trinidad, donde analiza los posibles escenarios de conflictos jurídicos y sociales derivados de la confrontación del derecho a la igualdad de género mediante las acciones afirmativas y el principio de igualdad jurídica, destacando la complejidad que reviste, tanto teórica como fácticamente, cuando dichos derechos son analizados conjuntamente.

En el artículo *Derecho al olvido*, Laura Eugenia Rodarte Ledezma lleva a cabo un estudio jurisprudencial y un análisis comparativo de la interpretación y tratamiento normativo del derecho al olvido, en relación con el derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y a la libertad de expresión, con el objetivo de comprender cuáles son algunos de los presupuestos en conflicto en el ejercicio de dichos derechos.

Por su parte Oscar Uribe Benítez, presenta su artículo denominado *Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en México durante los siglos XX y XXI* donde expone las razones a favor y en contra de tal unificación, poniendo en el centro del debate el principio del federalismo.

Como quinta colaboración, Fernando Alberto Vilchis Leija entrega su investigación *Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante*, con el objetivo de indagar sobre dichas temáticas. Para ello, realiza un análisis histórico de las diferentes reformas que se han presentado en materia constitucional, a fin de determinar las ventajas de contar con una Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

Por último, mediante la investigación intitulada *Democracia y jurisprudencia*, Diego Armando Mejía Velázquez problematiza acerca de la democratización de la jurisprudencia, considerando la naturaleza democrática de los legisladores en la creación normativa, en contraste con la naturaleza de los ministros y magistrados que dan origen a la jurisprudencia.

Al tiempo que agradezco a nuestros amables lectores, expreso la seguridad de que en esta publicación encontrarán aportaciones que fortalecerán sus tareas cotidianas en relación con la labor parlamentaria.

Solo me queda reiterar nuestro compromiso de elevar la calidad de las investigaciones que conforman cada una de las ediciones de nuestra Revista, con el ánimo de seguir contando con su amable atención.

**Hugo Christian Rosas de León**  

---

**Secretario de Servicios Parlamentarios**

# LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO DE AMPARO

---

Noé Luis Ortiz

## **SUMARIO:**

*I. Introducción*

*II. Antecedentes históricos del juicio de amparo, con especial referencia a los efectos de las sentencias*

*III. La declaratoria general de inconstitucionalidad en el proyecto de Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1999-2001)*

*IV. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la reforma constitucional de 2011*

*V. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la Ley de Amparo de 2013*

*VI. La declaratoria general de inconstitucionalidad en los acuerdos generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

*VII. La primera declaratoria general de inconstitucionalidad y los expedientes en trámite*

*VIII. Agenda mínima de reformas*

*IX. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la Reforma judicial con y para el Poder Judicial*

*X. Conclusiones*

*XI. Fuentes de consulta*

# Q uórum **130** Legislativo

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

# I. Introducción

La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo fue incorporada a nuestro orden jurídico con la reforma constitucional de seis de junio de dos mil once.<sup>1</sup> A casi diez años de su aparición en el escenario jurídico y, tomando en cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha conocido de los primeros procedimientos en la materia, conviene analizar críticamente su regulación y funcionamiento con la finalidad de detectar algunos de los cambios que necesita.

Para tal efecto, la presente investigación inicia con una breve referencia a los antecedentes históricos del juicio constitucional, con el objetivo de encontrar las razones que inspiraron los efectos relativos o *inter partes* de las sentencias. Luego, se explicará sucintamente en qué consistió el proyecto de Ley de Amparo auspiciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el periodo 1999-2001, remisión que se justifica por la influencia considerable que tuvo en el texto vigente, como en su oportunidad será constatado.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aunque la declaratoria general surgió como una respuesta legislativa encaminada a atenuar los efectos de la relatividad de las sentencias de amparo, históricamente ésta no solo ha sido objeto de críticas (Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 231-236; CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 318; CARPIZO, Jorge, *La constitución mexicana de 1917*, 5a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 276-277, entre otros), sino también de opiniones que justifican su perdurabilidad dentro de la estructura del juicio constitucional (Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 276-280; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 518-519; NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, t. 1, p. 140, entre otros). Cabe señalar que las críticas al principio de relatividad cobran relevancia en el llamado *amparo contra leyes*, expresión que no solo hace referencia al juicio de amparo que se interpone en contra de una ley en sentido formal y material, sino a aquel que se promueve con la finalidad de combatir la inconstitucionalidad de una norma general. En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, relativo a la reforma constitucional de 2011, se reconoció que: *Debe precisarse que esta fórmula [la relatividad] adquiere importancia exclusivamente en los amparos en contra de las normas generales.*

<sup>2</sup> Junto al referido proyecto, la doctrina identificó varios intentos para atemperar los efectos *inter partes*. Para algunos, la reforma constitucional de 1994 al artículo 105 que desembocó, entre otras consecuencias, en la regulación de la acción de inconstitucionalidad, constituyó un intento del legislador para atenuar los efectos particulares de las sentencias de amparo, pues a través de este medio de control es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales. En materia de amparo, las reformas constitucionales y legales a la Ley de 1936, que permitieron la suplencia de la queja cuando el acto reclamado se fundara en leyes que ya hubieran sido declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte y las que acortaron los plazos para la presentación del informe justificado a tres días y para la celebración de la audiencia constitucional a diez días, cuando el quejoso impugnara la aplicación de leyes ya declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de la propia Corte, jugaron también un papel importante para disminuir la rigidez de los efectos de las sentencias. De igual manera, encontramos en la jurisprudencia del máximo tribunal atenuaciones al aludido principio, un claro ejemplo es el siguiente: *AMPARÓ CONTRA LEYES. SUS EFECTOS SON LOS DE PROTEGER AL QUEJOSO CONTRA SU APLICACIÓN PRESENTE Y FUTURA*, tesis P./J. 112/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 1999, t. X, p. 19.

Después se analizará la regulación que la Constitución, la Ley de Amparo y los acuerdos generales de la Suprema Corte hacen de la declaratoria general de inconstitucionalidad, así como los primeros expedientes sustanciados por el máximo tribunal que han desembocado en una declaratoria general o que están en vías de hacerlo, enfocados exclusivamente en aquellos en los que el Congreso de la Unión funge como autoridad emisora.

Se finalizará con algunas consideraciones encaminadas a ofrecer al legislador una agenda mínima de posibles modificaciones; una breve descripción de lo que se propone en la *Reforma judicial con y para el Poder Judicial* y las conclusiones.

## II. Antecedentes históricos del juicio de amparo, con especial referencia a los efectos de las sentencias

La creación del juicio de amparo se atribuye a Manuel Crescencio García Rejón,<sup>3</sup> quien lo introdujo por primera vez en la Constitución yucateca de 1841.<sup>4</sup> Si bien en el proyecto de constitución respectivo se concibió al amparo como un medio de control de la constitucionalidad de las leyes, en beneficio de aquellos que lo pidieran, difícilmente puede sostenerse que a través de él se hubiese buscado declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las mismas, en virtud de que su finalidad principal era, como se decía expresamente: *reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada*.

<sup>3</sup> Se reconoce que el juicio de amparo es una aportación del derecho mexicano al mundo, aun cuando su configuración actual ha recibido influencias externas, concretamente la estadounidense, la francesa y la española. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 257. Aunque hay autores que niegan tal originalidad, lo cierto es que la influencia de este medio de control se ha extendido por varias partes del mundo. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006; incluso al ámbito internacional, Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, “La expansión internacional del amparo mexicano”, *La justicia*, vol. 23, núm. 401, septiembre 1963, pp. 12-15.

<sup>4</sup> El juicio de amparo encontró su regulación primigenia en los artículos 53, 63 y 64 del proyecto de Constitución del 23 de diciembre de 1840 y en definitiva quedó comprendido en los numerales 8 y 62 de la Constitución del 31 de marzo de 1841, la cual entró en vigor el 16 de mayo siguiente.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

De este modo, la sentencia del juez se limitaba al caso particular, como también sucedía en el sistema estadounidense explicado por Alexis de Tocqueville en *La democracia en América*.<sup>5</sup> La influencia de la citada obra en el pensamiento de Rejón ha sido ampliamente estudiada por la doctrina mexicana<sup>6</sup> y su veracidad no puede más que confirmarse. Dicho influjo se evidencia sobre todo en la exposición de motivos del proyecto de constitución para el estado de Yucatán,<sup>7</sup> en donde es posible encontrar referencias prácticamente textuales a la obra de Tocqueville.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> La primera edición en francés de dicha obra fue publicada en París en 1835, año en que apareció una traducción en inglés por Henry Reeve, *Democracy in America*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 258, nota al pie de página 548. Carlos Echánove Trujillo comenta que la obra de Tocqueville fue traducida al castellano por A. Sánchez de Bustamante, llegando a México en 1837. Cfr. ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., *La vida pasional e inquieta de don Crescencio* (sic) *Rejón*, México, El Colegio de México, 1941, p. 247. Así las cosas, justo es decir que Rejón no fue el único conecedor de la referida obra, siendo José Fernando Ramírez uno de los primeros en invocarla en su voto particular de 1840, Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El juicio de amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 101-103.

<sup>6</sup> Cfr. RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional y El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 231-232; TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., pp. 496-498; NORIEGA, Alfonso, op. cit., pp. 94-95; BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., pp. 111-115; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 193; CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974, pp. 326-328; ARELLANO GARCÍA, Carlos, op. cit., pp. 109-112, entre otros.

<sup>7</sup> Así es, que aunque según el proyecto, se da al poder judicial el derecho de censurar la legislación, también se le obliga a ejercerlo de una manera oscura y en casos particulares, ocultando la importancia del ataque a las miras apasionadas de las fracciones. Sus sentencias pues, como dice muy bien Tocqueville, no tendrán por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley sólo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos la ley así censurada no quedará destruida: se disminuirá si su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Solo perecerá por fin poco a poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender, que encargando al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazará el proceso hecho a éstas con el que se siga a un hombre, y habrá de consiguiente seguridad de que la legislación no sufrirá el más leve detrimento, cuando no se le deja expuesta por este sistema a las agresiones diarias de los partidos. En fin, multiplicándose por el medio referido los fallos contra las leyes constitucionales, se harán éstas ineficaces, teniendo las Cámaras por lo mismo que derogarlas, y sacándose de consiguiente la ventaja de conservar el Código fundamental intacto, por un antemural el más fuerte que se ha levantado contra la tiranía de las asambleas legislativas, NARVAEZ H., José Ramón, *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del Juicio de Amparo en la Península Yucateca*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 40; véase también el prólogo de Daniel Moreno en *Manuel Crescencio Rejón. Pensamiento político*, México, Secretaría de Educación Pública, 1986, pp. 25-26.

<sup>8</sup> La segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales. [...] Cuando se invoca ante los tribunales de los Estados Unidos una ley que el juez estime contraria a la constitución, puede rehusarse a aplicarla. Ese es el único poder privativo del magistrado norteamericano y una gran influencia política dimana de él [...] Ahora bien, desde el día en que el juez rehúse aplicar una ley en un proceso, ésta pierde al instante una parte de su fuerza moral. Aquellos a quienes ha lesionado quedan advertidos de que existe un medio de sustraerse a la obligación de obedecerla y los procesos se multiplican, mientras ella cae en la impotencia. Sucede entonces una de estas dos cosas: o el pueblo cambia su constitución o la legislatura anula esa ley. Los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder [...] Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad. Por otra parte, la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir al fin. Además, se comprende sin dificultad que, al conceder a un interés particular el derecho a provocar la censura de las leyes y al ligar intímidamente el proceso hecho a la ley con el proceso hecho a un hombre, se asegura que la legislación no sea atacada. En este sistema, no se ve expuesta a las agresiones diarias de los partidos [...], DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, 2a. ed., [trad. de Luis R. Cuéllar], México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 107-109.

Así las cosas, el artículo 53 del proyecto de Constitución yucateca<sup>9</sup> sentó inicialmente las bases del juicio de amparo, el cual, con ligeras modificaciones, fue aprobado finalmente en el artículo 62 en los siguientes términos: *Corresponde a este tribunal reunido: 1º Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del Gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental en los términos expresados; limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada.*

Tomando como base las ideas expuestas, puede señalarse que la limitación de las sentencias de amparo obedeció, en principio, a una razón de carácter político, sustentada esencialmente en la idea de preservar el equilibrio entre los poderes públicos.<sup>10</sup> Esta tesis cobra fuerza si se tiene presente la vigencia previa de las Leyes Constitucionales de 1836 y del Supremo Poder Conservador;<sup>11</sup> Constitución centralista que motivó precisamente la secesión provisional de Yucatán, dentro de cuyo lapso se gestó su correspondiente norma constitucional.<sup>12</sup>

Pero además, Rejón dotó al amparo de un sello distintivo al concebirlo como un instrumento tutelar de los derechos del individuo<sup>13</sup> (...*Amparar en el*

<sup>9</sup> Artículo 53. *Corresponde a este Tribunal reunido: 1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección; contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios a la Constitución; o contra providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiere infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas.*

<sup>10</sup> Según la aludida exposición de motivos: *Tampoco se hace de él [el Poder Judicial] un poder temible, cual lo sería si se le encargase de impugnar las leyes de un modo teórico y general; pues que entonces al erigirse en censor del legislativo, entraría abiertamente en la escena política; dando apoyo al partido que le contrariase, y llamando todas las pasiones que pudiesen interesarse en la contienda, con peligro de la tranquilidad del Estado.* NARVAEZ H., José Ramón, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>11</sup> Para saber más sobre el Supremo Poder Conservador, Cfr. PANTOJA MORÁN, David, *El supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México-El Colegio de Michoacán, 2005, *passim*; MORENO CORA, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Lito Impresiones Macabsa, 1992, pp. 4-10 y CRUZ BARNEY, Óscar, “El Supremo Poder Conservador y el control constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. II, pp. 957-972.

<sup>12</sup> En la misma exposición de motivos se lee: *Se hará también innecesaria la creación de un poder conservador monstruoso, que destruya las instituciones fundamentales á pretexto de conservarlas, y que revestido de una omnipotencia política sea el árbitro de los destinos del Estado, sin que haya autoridad que modere sus abusos.* NARVAEZ H., José Ramón, *op. cit.*, p. 39.

<sup>13</sup> *En los Estados Unidos no se creó, como en nuestra legislación constitucional, ni un juicio especial y*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

*goce de sus derechos a los que le pidan su protección...);<sup>14</sup> individualismo éste que encontraría su máxima expresión en la Constitución de 1857, como se verá más adelante.*

Ahora bien, la instauración primigenia del juicio de amparo a nivel federal tuvo lugar con la Constitución de 1847, inspirada en el voto particular de Mariano Otero del cinco de abril del mismo año.<sup>15</sup> En este documento, llamado también Acta Constitutiva y de Reformas,<sup>16</sup> se estableció un sistema dual o paralelo de control de la constitucionalidad de las leyes,<sup>17</sup> en la medida que dicha función quedaba a cargo tanto de órganos políticos como jurisdiccionales.

---

*extraordinario, ni fórmulas determinadas para garantizar los derechos considerados como prioridades en nuestra Carta Política, sino que la Suprema Corte americana, como intérprete definitivo de la Constitución en ese país, y apoyándose igualmente en la ley organizadora del Poder Judicial de 24 de Septiembre de 1789, al ejercitar la competencia que le fue conferida, siguió el procedimiento de revisar las decisiones de todas las autoridades judiciales de la Unión. LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 4a. ed., México, Imprentas L.D., 1947, pp. 343-344.*

**14** Conviene recordar nuevamente la parte conducente de la exposición de motivos del proyecto constitucional yucateco: [...] *Sus sentencias pues, como dice muy bien Tocqueville, no tendrán por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley solo se encontrará ofendida por casualidad. [...] siendo además fácil de comprender, que encargando al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazará el proceso hecho á éstas con el que se siga á un hombre, y habrá de consiguiente seguridad de que la legislación no sufrirá el más leve detrimento [...].* NARVAEZ H., José Ramón, *op. cit.*, p. 40.

**15** Para conocer el texto completo del voto particular de Mariano Otero, *Cfr.* TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808 - 2005*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 443-472. De ese voto se desprende implícitamente la influencia de Tocqueville, pero además la del propio Rejón. Según Tena Ramírez, *En 47 las ideas de Rejón, expuestas en sendos folletos publicados en Mérida y en México y sostenidas en la tribuna del Congreso General, debieron seducir a Otero, quien con el propio Rejón, con Espinoza de los Monteros, Joaquín Cardoso y Pedro Zubieta integró la Comisión de Constitución en el Congreso Constituyente que inició sus labores en diciembre de 1846*, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, p. 499. Cabe señalar también que en 1842 se elaboraron tres proyectos de constitución, el de la mayoría de los diputados, el de la minoría y uno intermedio entre ambas fuerzas. En el proyecto minoritario, de corte federalista, Otero, junto con Espinoza de los Monteros y Octavio Muñoz Ledo, ensayó por primera vez sus ideas sobre la instauración de un medio de control de la constitucionalidad, el cual, según se advierte del artículo 81, constituye el prolegómeno de su voto particular de 1847, solo que en aquél utilizaba el término “reclamo”, en vez de “amparo”, con lo que la influencia de Rejón queda confirmada. *Cfr.* ARELLANO GARCÍA, Carlos, *op. cit.*, pp. 115-116.

**16** La Constitución de 1847 toma sus puntos esenciales del voto particular de Mariano Otero, incluido, claro está, el juicio de amparo. Paradójicamente, dicho voto nace en contraposición al dictamen de la Comisión de Constitución de 5 de abril de 1847, la que se integraba por el propio Rejón. En ese dictamen se proponía la reiniciación de la vigencia de la Constitución de 1824 de manera integral, sin realizar modificación alguna, ante el temor de que la *República* quedara *inconstituída* con motivo de la guerra con los Estados Unidos. Inconforme con esa determinación, Otero con esa misma fecha presenta su voto particular, recogiendo muchas de las ideas de Rejón, Fernando Agreda y José María del Río, plasmadas en el *Programa de la mayoría de los diputados del Distrito Federal* de 29 de noviembre de 1846. *Cfr.* ECHANOVE TRUJILLO, Carlos A., *Cómo presentó Rejón sus ideas sobre “amparo” a la nación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, Colección “Estudios Jurídicos”, núm. 4, pp. 3-8.

**17** Empleo esta expresión, aunque eventualmente se considere que el sistema dual o paralelo es aquel en el que coexisten, sin mezclarse, los modelos americano y europeo. *Cfr.* GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Editora Jurídica Grjley, 2003, p. 50.

En efecto, en los artículos 22, 23, 24 y 25 del Acta de Reformas<sup>18</sup> –los cuales correspondían a los numerales 16, 17, 18 y 19 del voto particular de Mariano Otero– se reglamentó un modelo muy particular que descansaba en supuestos normativos diametralmente opuestos. En los primeros tres artículos se preveía un control de la constitucionalidad de las leyes (federales o locales) por parte de órganos políticos, esto es, las legislaturas locales y el congreso general; mientras que en el artículo 25 se consagraba un control llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales federales, tanto de actos del Ejecutivo como del Legislativo (federales o estatales) que vulneraran los derechos que la Constitución y las leyes conferían a los gobernados. En el primer caso los efectos de las resoluciones eran generales, ya que la ley quedaba *anulada*; en el segundo eran relativos, pues la protección se limitaba al *caso particular*.

Al ser el voto particular de Mariano Otero el fundamento ideológico del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, es dable concluir que lo que en la actualidad se conoce como *fórmula Otero* no corresponde con su significado original, pues ésta en realidad implicaba dar efectos generales a las resoluciones que declararan la inconstitucionalidad de actos generales (leyes) y efectos particulares a las que hicieran lo propio respecto de actos particulares.<sup>19</sup> Asociar dicha fórmula únicamente con la relatividad de las

**18** ART. 22. *Toda ley de los Estados que ataque la Constitución ó las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de senadores.* Art. 23. *Si dentro de un mes de publicada la ley del Congreso general, fuera reclamada como anticonstitucional, ó por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio, ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres Legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al exámen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto. Las declaraciones se remitirán á la Suprema Corte, y esta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas.* Art. 24. *En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas á su vez, se contraerán á decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es ó no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución ó la ley general á que se oponga.* Art. 25. *Los Tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.* TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808 - 2005*, op. cit., pp. 474-475. Es importante mencionar que el 13 de agosto de 1849 se emitió la primera sentencia de amparo, precisamente con fundamento en el artículo 25 del Acta de Reformas, a pesar de no haber ley reglamentaria.

**19** En términos similares Juventino Castro manifiesta: *Debe entenderse así que Mariano Otero, -al proponer el control constitucional por medio de la acción de amparo-, se preocupa en anular; -en caso de ser fundada la queja, los actos concretos de una autoridad que desconozca o inclusive viole los derechos de individuales, pero en lo que toca a las leyes, -o sea a los actos legislativos-, se apresura (al igual que lo hizo Rejón en Yucatán) a aclarar que al amparar los tribunales de la Federación, la protección que otorgue es para el caso particular sobre el que verse el proceso, pero sin que por ello se entienda que es erga omnes, para lo cual se ordena que no se haga ninguna declaración general, entendible perfectamente cuando la impugnación sea de*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

sentencias equivale a reducir sus alcances a una de sus facetas y es probable que la noción sumamente estricta que se tiene de esta figura en la actualidad, sea deudora de esa indebida asociación.

En suma, aunque el juicio de amparo en el Acta Constitutiva y de Reformas sí se contempló como un medio de control de la constitucionalidad de las leyes, las resoluciones que se dictaran por los tribunales federales solo tenían efectos particulares. Esto es así, pues en realidad no se impugnaba a la ley como tal, sino la afectación que causaba a un interés particular, es decir, no se llevaba a cabo un control abstracto de la norma, sino un control concreto de la misma, y es justamente en este rasgo técnico donde se encuentra otra de las justificaciones de la relatividad de las sentencias.

Por ello, se entiende que en el invocado artículo 25 se dispusiera: *Los Tribunales de la Federación ampararán á cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.*<sup>20</sup>

El constituyente de 1856-1857 retomó el juicio de amparo en los artículos 101 y 102, pero excluyó el control de la constitucionalidad de las leyes efectuado por órganos políticos que se había consagrado en los artículos 22, 23 y 24 del documento constitucional de 1847.

La causa que motivó al constituyente de 1856 a eliminar del texto constitucional el control de las leyes federales por parte de las legislaturas

---

*actos, pero inentendible si se trata de leyes, pues en tal caso la norma general deja de serlo, puesto que obliga a unos y a otros no. Sin embargo Otero -y el Congreso Constituyente de 1847 que lo confirma-, no son en el fondo contradictorios. En realidad razonan en la siguiente forma: mediante el amparo solamente se autoriza desaplicación de la ley inconstitucional al querellante; pero si se trata de controvertir a la ley misma -en su esencia constitucional-, para anularla (invalidarla), la vía procesal conducente no es el amparo sino otro procedimiento que se compone en los artículos 16, 17 y 18 del proyecto, y que el Congreso aprueba en sus términos en los numerales 22, 23 y 24...”, CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 6-7.*

<sup>20</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, op. cit., p. 475.

locales, y el de las leyes locales por parte del congreso general, puede encontrarse en la exposición de motivos del proyecto de Constitución, en la cual, haciendo alusión expresa a Tocqueville, se calificaba a ese mecanismo como *una guerra de potencia á potencia* y se proponía sustituirlo por un *juicio pacífico y tranquilo [...] que dando audiencia á los interesados, prepare una sentencia, que si bien deje sin efecto en aquel caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima al poder soberano de que ha nacido, sino que lo obligue por medios indirectos á revocarla por el ejercicio de su propia autoridad.*<sup>21</sup> Nuevamente se encuentra aquí la justificación política de los efectos relativos de las sentencias de amparo; del mismo modo, la influencia de Tocqueville seguía viva en los constituyentes de esa época.

Así las cosas, el artículo 102 de la carta fundamental de 1857 dispuso lo siguiente: *Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, á petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose á protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó acto que la motivare.*<sup>22</sup>

Nótese que la Constitución de 1857, a diferencia de la de 1847, ya no hacía alusión a la protección de la sentencia en el *caso particular*, sino que se ocupaba de los *individuos particulares*; de ahí que, como antes fue señalado, el amparo confirmara su carácter de medio tutelar del interés individual, justificando con ello los efectos particulares del fallo.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 546-549.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 624.

<sup>23</sup> Según Felipe Tena Ramírez: *Las ideas capitales sobre las que se erige el juicio de amparo, expresadas con singular nitidez en la fórmula de Otero...informan [el] acentuado individualismo [de] la institución del amparo, en grado tal que si la estudiamos sin prejuicios habremos de convenir en que no se trata en realidad de un sistema de defensa directa de la constitucionalidad, sino de defensa primordial del individuo frente al Estado, que se resuelve en defensa secundaria y eventual de la Constitución*, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., p. 512. Asimismo, Héctor Fix-Zamudio señala que: *El carácter individualista del juicio de amparo durante la vigencia de la Constitución de 1857 se condensa en la frase del jurista Fernando Vega, el cual manifestó al respecto, que "nuestra institución [el juicio de amparo] se halla constituida sobre un principio cuya existencia debemos conservar como un título de honra nacional 'El interés individual sobre el interés colectivo'..."*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 199, nota al pie de página número 48.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

Finalmente, en la Constitución de 1917 la configuración del amparo quedó establecida en los artículos 103 y 107. La relatividad de las sentencias se contempló en la fracción II del segundo de los preceptos aludidos, que decía: *La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.*

Con algunas modificaciones, en el artículo 76 de la Ley de Amparo de 1936 se dispuso: *Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la Ley o acto que la motivare.*<sup>24</sup>

Las páginas previas permiten concluir que la relatividad de las sentencias en el juicio de amparo contra normas generales encuentra justificación en aspectos históricos, políticos, técnicos y teleológicos que se traducen, respectivamente, en las siguientes consideraciones: a) la marcada influencia que en su confección se tuvo de Tocqueville y del sistema difuso de control de la constitucionalidad, en el cual los jueces únicamente dictan sus fallos sobre casos particulares; b) la necesidad de preservar el equilibrio entre los poderes públicos del Estado, evitando los potenciales conflictos que pudieran derivar de una declaratoria general de inconstitucionalidad; c) su diseño como medio de control concreto de la constitucionalidad de normas generales –en oposición al control abstracto–, en el que no se impugna a la norma como tal, sino la afectación que causa a un interés particular mediante su aplicación en un caso determinado y, d) su concepción como un instrumento tutelar del interés individual, o sea, como una garantía procesal destinada a proteger las libertades fundamentales de las personas.

<sup>24</sup> Para algunos autores, la redacción que ofrece el artículo 76 de la Ley de Amparo de 1936 es más atinada que la consagrada en sede constitucional, toda vez que amplía los términos de esta última al abarcar también a las personas morales, privadas u oficiales. *Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. IV, comentario de FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, al artículo 107 constitucional, p. 303.

No obstante lo anterior, para un sector de la doctrina e incluso para el legislador, la relatividad de las sentencias *carece de justificación*,<sup>25</sup> de ahí que para superar sus limitantes e inconvenientes fue creada la declaratoria general de inconstitucionalidad. Lo interesante de todo esto es que el procedimiento que nos ocupa, lejos de modificar o suprimir los efectos *inter partes*, los vino a confirmar, al crear un mecanismo *ad hoc* que, dejando intacta esa parte del amparo, permitiera alcanzar los pretendidos efectos *erga omnes*.

<sup>25</sup> En el ya citado Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores se sostuvo: *Estas comisiones unidas consideran que no obstante la importancia que ha tenido la vigencia del principio de relatividad para el desarrollo del juicio de amparo en nuestro país, es necesario admitir que en la actualidad el principio que nos ocupa carece de justificación y en consecuencia, es impostergable su revisión*. La misma afirmación se encuentra en ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 115, en donde se afirma que: *el principio que nos ocupa carece de toda justificación*. Fix-Zamudio en uno de los trabajos pioneros sobre la materia sostenía: 141. *Los partidarios de la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas legislativas nos apoyamos en dos argumentos esenciales: a) La aplicación exclusiva de los efectos particulares cuando se impugnan normas generales. (sic) infringe uno de los principios básicos del régimen del Estado democrático de derecho, que descansa en la igualdad de los gobernados ante la ley, el que se infringe con la subsistencia de disposiciones normativas que han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia [...] 142. En segundo lugar, el dictado de sentencias caso por caso apoyadas en los mismos razonamientos e inclusive en jurisprudencia obligatoria cuando se trata de la impugnación de normas generales en el juicio de amparo, retrasa considerablemente la labor de la Suprema Corte de Justicia [...] FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, México, 2001, p. 149. En el propio Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, correspondiente a la reforma constitucional de 2011, también se argumentó como justificación para revisar el principio de relatividad, la vulneración de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley, economía procesal, la afectación a la regularidad del orden jurídico y la injusticia que genera (páginas 9 y 10 del Dictamen), argumentos consistentes con los expresados en ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *op. cit.*, pp. 115-118. Una posición contraria a tales planteamientos es la siguiente: *Teóricamente, la idea de que una ley declarada inconstitucional en vía de amparo no debe seguirse aplicando por modo absoluto, es correcta; pero precisamente en aras de esa misma idea y obsequiando las reglas de congruencia lógica, deberían también suprimirse el principio de iniciativa o instancia de la parte agraviada, la preclusión de la acción de amparo, el libre desistimiento de esta acción y otras figuras procesales tratándose del amparo contra leyes. En efecto, sería también contrario a la supremacía constitucional el hecho de que, por no impugnarse en vía de amparo una ley opuesta a los mandamientos de la Constitución por el sujeto que resulte agraviado, tal ley se siguiese aplicando en la realidad. Asimismo, si se considera que una ley es inconstitucional, este vicio no debería purgarse por la sola circunstancia de que el agraviado no ejercitase la acción de garantías contra ella dentro del término correspondiente. Igualmente podría estimarse que, en beneficio de la supremacía de la Constitución, los juicios de amparo promovidos contra leyes inconstitucionales no deberían ser materia de desistimiento*, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, p. 97.*

Junio 2020

### III. La declaratoria general de inconstitucionalidad en el proyecto de Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1999-2001)

El debate en torno a la pertinencia de la relatividad de las sentencias de amparo y las propuestas encaminadas a su modificación no es algo nuevo.<sup>26</sup> Sin embargo, el intento más acabado en nuestro país –hasta antes de las reformas constitucionales de 2011– se dio en 1999, cuando una comisión designada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Véase la nota al pie de página número 1 para conocer algunas opiniones doctrinales tanto a favor, como en contra, del principio de relatividad. Quizá uno de los primeros estudios sistemáticos de la declaratoria general de inconstitucionalidad en nuestro país, sea el de FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, México, enero-agosto de 1971, pp. 53-98. Dos propuestas interesantes en tal sentido, son las siguientes. Antonio Carrillo Flores, después de explicar algunas notas del sistema estadounidense señalaba que: *En México deberíamos aspirar a lo mismo: las decisiones de la Suprema Corte declarando inconstitucional una ley, cualquiera que fuera el procedimiento dentro del cual se hubieran dictado, deberían comunicarse a los respectivos Congresos, publicarse en el Diario Oficial y de inmediato dejar de tener vigencia en el punto concreto, como si hubiesen sido derogadas. La notificación al Congreso respectivo tendría por objeto dar a éste la oportunidad de corregir la irregularidad señalada por la Corte, en caso de que ello fuese posible, o que pudiese legislar acerca de los problemas que la decisión judicial eventualmente creara.* FLORES CARRILLO, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981, pp. 78-79. Como se ve, esta propuesta sí implicaba dar efectos generales a las sentencias. Fórmulas similares han existido históricamente en el derecho comparado, siendo el de Cuba el ejemplo más antiguo. *La Constitución [cubana] de 1901 confería al Tribunal Supremo en su art. 83 la atribución de ‘Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre partes’...El primer paso hacia la generalización del control de la constitucionalidad lo dio la ley de 17 de marzo de 1922, cuando otorgó a dos o más sentencias del Tribunal Supremo que declararían la inconstitucionalidad de una disposición de carácter general, el efecto de derogarla, pues si a los veinte días de publicada la sentencia no derogare o modificare la disposición inconstitucional la autoridad que la hubiere dictado, ‘la disposición impugnada perderá toda su eficacia y dejará de ser obligatoria en cuanto haya sido declarada contraria a la Constitución’ (art. 4)...El paso definitivo en el camino que venimos siguiendo, lo dio la Constitución cubana de 1940, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., pp. 521-523. Por su parte, Fix-Zamudio decía: *Nos atrevemos a proponer que, cuando el tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país establezca en jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones que señala el artículo 192 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, que determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo se publique en el Diario Oficial de la Federación y, a partir de ese momento, dicha disposición legal quede sin efecto para el futuro, sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva,* FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 233. Como se ve, esta propuesta sí implicaba dar efectos generales a la jurisprudencia. Asimismo, el artículo 208 de la Constitución de la provincia argentina de Río Negro, citada por el mismo autor, señala: *Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo,* Constitución de la Provincia de Río Negro de 8 de junio de 1988.*

<sup>27</sup> ...la Suprema Corte de Justicia, por conducto de su presidente, invitó, el 17 de noviembre de 1999, a la comunidad jurídica mexicana y a la sociedad civil en general, a la formulación de propuestas para una nueva Ley de Amparo, que debían enviarse a una comisión de Análisis de Propuestas, designada por el Tribunal en

inició una serie de trabajos que darían como resultado sendos proyectos de reforma constitucional en materia de amparo<sup>28</sup> y de ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución.<sup>29</sup>

Sobre estas bases, la declaratoria general de inconstitucionalidad fue una de las cuestiones más relevantes de los mencionados proyectos, encontrando su desarrollo concreto en los artículos 230 al 233 de la propuesta de legislación secundaria, cuyo contenido será expuesto sucintamente a continuación.

En los artículos 230 y 231 se proponía que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, estableciera jurisprudencia por reiteración en la cual se determinara la inconstitucionalidad de una norma general, o bien, se realizara su interpretación conforme a la Constitución, procedería a emitir la declaratoria general correspondiente dentro del plazo de treinta días hábiles, contados a partir de la aprobación de la jurisprudencia respectiva. Como complemento de lo anterior, en el artículo 220 del proyecto se contemplaba que la jurisprudencia por reiteración se formaría cuando un mismo criterio fuera sostenido en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, emitidas en diferentes sesiones y aprobadas por cuando menos ocho votos, tratándose de la constitucionalidad de leyes o de interpretación conforme.

Estas disposiciones eran consistentes con los efectos que tendrían las sentencias de amparo en casos concretos, pues de conformidad con el

---

*Pleno del más alto tribunal, integrada por ministros de la Corte, dos magistrados de circuito, dos académicos y dos abogados postulantes, Comisión que quedó integrada el 26 de los mismos mes y año...Dicho anteproyecto se presentó para su discusión y análisis en un Congreso Nacional de Juristas en la Ciudad de Mérida, Yucatán, del 6 al 8 de noviembre del año 2000... FIX-ZAMUDIO, Héctor, Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, op. cit., p. 282 y de este mismo autor "La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", op. cit., pp. 148-155. Es importante aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó diversos cambios a los proyectos presentados por la Comisión, siendo los textos modificados los que se citan en este apartado.*

**28** La propuesta de reforma al texto constitucional fue en los siguientes términos: *Artículo 107. [...] II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la norma general o acto que la motivare. Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se determine la interpretación conforme de una norma general respecto de esta Constitución, procederá a emitir la declaratoria general correspondiente, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. [...].*

**29** Para un análisis más detallado del contenido del proyecto en mención, Cfr. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, op. cit.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

---

Junio 2020

artículo 71 del proyecto en mención, éstas solo se ocuparían de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que versare la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la norma o acto que las hubiere motivado. Así, cuando el acto reclamado fuese una norma de carácter general, el fallo se limitaría a decidir si era constitucional, inconstitucional o si podía considerarse conforme a la Constitución; en el segundo caso, los efectos se extenderían a todas aquellas normas y actos cuya validez dependiera de la propia norma invalidada, pero únicamente respecto del quejoso, según el artículo 76.

Por otro lado, el artículo 232 precisaba que la declaratoria de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, en ningún caso podría modificar el sentido de la jurisprudencia que le hubiere dado origen; que sería obligatoria y tendría efectos generales, y que en ella la Corte establecería los alcances y las condiciones de la misma, así como la fecha a partir de la cual empezaría a surtir sus efectos, los cuales no serían retroactivos, salvo en materia penal.

Finalmente, el artículo 233 disponía que la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme tendría que remitirse al Diario Oficial de la Federación y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma invalidada, para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

Como puede apreciarse, la regulación que se hacía en ese proyecto guarda notables similitudes con el que finalmente fue aprobado, aunque con algunos cambios significativos que serán explicados posteriormente.

## IV. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la reforma constitucional de 2011

En este apartado se citarán brevemente los cambios realizados a la fracción II del artículo 107 constitucional, únicamente en lo que atañe a la declaratoria general de inconstitucionalidad.<sup>30</sup> Cabe decir que con posterioridad a la mencionada reforma se han publicado tres más al artículo 107 de la Constitución,<sup>31</sup> pero ninguna ha modificado los términos de la referida fracción.

Ahora bien, el primer párrafo de la porción normativa en comento mantiene el principio de relatividad, aun cuando el acto reclamado sea una norma general. Es de suma importancia enfatizar que persisten los efectos *inter partes* de las sentencias, ya que éstas solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado,

**30** *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011. Con motivo de esa reforma el texto constitucional quedó en los siguientes términos:

*Artículo 107.* Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: [...]

*II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.*

*Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.*

*Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.*

*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.*

Una bibliografía básica sobre la declaratoria general de inconstitucionalidad puede consultarse en COELLO GARCÉS, Clicerio y HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Jurisprudencia por reiteración y declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes en el juicio de amparo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 27, enero-junio, México, Porrúa, 2017, pp. 65-82; HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, “La declaratoria general de inconstitucionalidad: análisis del nuevo principio de relatividad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 38, México, 2014, pp. 289-320; NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, vol. 16, núm. 2, Madrid, 2013, pp. 40-55; MEJÍA GARZA, Raúl Manuel, “Jurisprudencia y declaratoria general de inconstitucionalidad”, en COSSÍO DÍAZ, José Ramón, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MEJÍA GARZA, Raúl Manuel (coords.), *La nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2015, pp. 536-540 y ÁVILA ORNELAS, Roberto, “La declaratoria general de inconstitucionalidad en el nuevo juicio de amparo mexicano”, en LUIS ORTIZ, Noé (coord.), *Estudios sobre el nuevo juicio de amparo*, México, INADEJ, 2015, pp. 321-341.

**31** Se trata de las publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014; el 29 de enero de 2016 y el 24 de febrero de 2017.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda. Para atemperar este escenario se creó la declaratoria general de inconstitucionalidad como un procedimiento autónomo del juicio de amparo, que no tiene como consecuencia que las sentencias que en ellos se emitan tengan efectos generales, como adelante será constatado.<sup>32</sup>

El segundo párrafo de la fracción que nos ocupa establece que cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente. Aunque la Constitución no señala qué efectos tendrá el citado acto informativo, parece que la intención que se persigue es solo la de enterar o hacer del *conocimiento* del órgano emisor la existencia de tales resoluciones, sin que ello lo vincule a iniciar acto normativo alguno.<sup>33</sup>

El que solo sea en los juicios de amparo indirecto en revisión, obedece a que en esta vía de tramitación del amparo el acto reclamado es la norma general en sí misma considerada y las autoridades responsables aquellas que la emitieron, por lo que se les da la oportunidad de defender su constitucionalidad. De esta manera, el pronunciamiento que se haga en la sentencia versará sobre la calidad de la norma como constitucional o no y el recurso de revisión que llegue a interponerse en su contra será del conocimiento de la Suprema Corte, si subsiste en el recurso el

---

<sup>32</sup> A una conclusión similar llegó la Segunda Sala de la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 109/2013. *Cfr. AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES. ALCANCE DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CONCESORIA POR LA APLICACIÓN DE UNA NORMA ESTIMADA INCONSTITUCIONAL*, tesis 2a./J. 145/2013, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, t 1, p. 579; también véase la tesis *OMISIÓN LEGISLATIVA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, tesis 2a. VIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, t. 2, p. 1164. Pese a ello, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017 señaló: [...] *la finalidad establecida en la reforma constitucional de seis de junio de dos mil once en la fracción II del artículo 107 constitucional, en la que el Constituyente Permanente modificó el alcance del principio de relatividad de las sentencias del juicio de amparo mediante el establecimiento de la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, cuyo propósito es que este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expulse del orden jurídico las disposiciones consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación emitida por reiteración en amparos indirectos en revisión.*

<sup>33</sup> En el citado dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores se dijo que: *En consecuencia, se pretende establecer en el segundo, tercero y cuarto párrafos de la fracción II del artículo 107 constitucional, que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los juicios de amparo indirecto en revisión de que conozca, resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, debe informar a la autoridad emisora de la norma, únicamente para su conocimiento.*

problema de constitucionalidad,<sup>34</sup> eventualmente los tribunales colegiados podrán conocer de tal medio de impugnación, según los acuerdos generales que dicte la propia Corte.<sup>35</sup>

Si bien es cierto que en amparo directo también es posible cuestionar la constitucionalidad de una norma,<sup>36</sup> y que en estos casos excepcionalmente procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte, no debe perderse de vista que: a) el acto reclamado siempre tendrá que ser la sentencia, laudo o resolución que pone fin al juicio, no la norma en la que se hubiere fundado; b) la autoridad responsable será el órgano jurisdiccional que haya dictado cualquiera de las señaladas determinaciones, no los órganos emisores de la norma aplicada; c) la inconstitucionalidad de la norma será materia únicamente de los conceptos de violación y, d) la calificación de los conceptos de violación solo se hará en la parte considerativa del fallo, no en un punto resolutivo.<sup>37</sup> En suma, las disposiciones de la declaratoria general de inconstitucionalidad no son aplicables al amparo directo en revisión.

El párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional indica que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración de criterios, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora y, transcurrido un plazo de noventa días naturales sin que el problema de inconstitucionalidad se hubiere superado, la propia Suprema Corte emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones.

**34** Cfr. artículos 107, fracción VIII, inciso a) de la Constitución y 83 de la Ley de Amparo.

**35** Cfr. Acuerdo general número 5/2013, de trece de mayo de dos mil trece, del tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que el pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2013, particularmente el punto cuarto.

**36** Cfr. AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES. ALCANCE DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA CONCESORIA POR LA APLICACIÓN DE UNA NORMA ESTIMADA INCONSTITUCIONAL, tesis 2a./J. 145/2013, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, diciembre de 2013, t I, p. 579. Por otra parte, la práctica demuestra que la constitucionalidad de una norma puede ser analizada en otras vías procesales ajenas al juicio de amparo. Cfr. CECIL HEADRICK, William, *El control judicial de las leyes*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 8-9.

**37** Cfr. artículos 107, fracciones III, inciso a), V y IX de la Constitución, 73, último párrafo, 81, fracción II, 170 y 175, fracción IV, de la Ley de Amparo.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

Los únicos órganos del Poder Judicial de la Federación que pueden emitir jurisprudencia que dé materia a una declaratoria general de inconstitucionalidad, son la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito, pues son éstos, conforme al artículo 216 de la Ley de Amparo, los que se encuentran facultados para emitir jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión en los que se juzgue la constitucionalidad de una norma.<sup>38</sup>

El plazo de noventa días es precisamente para que la autoridad emisora subsane los vicios de los que adolezca su acto y solo después de ello, de no superarse el problema de inconstitucionalidad, se proceda a emitir la declaratoria general correspondiente. Lo que se busca es que la propia autoridad emisora modifique, *motu proprio*, las disposiciones generales irregulares, en aras de evitar los conflictos que pudieran derivar de un pronunciamiento de esta naturaleza por parte de la Suprema Corte, sin concederle previamente esa posibilidad. La idea detrás de esta disposición, en realidad no está muy alejada de aquella que en su momento impulsó las respectivas propuestas de Rejón y de Otero en torno a la relatividad de las sentencias: preservar el equilibrio entre los poderes públicos.<sup>39</sup>

Por último, el párrafo cuarto apunta que la declaratoria general de inconstitucionalidad no será aplicable a normas generales en materia tributaria. Aunque sobre esta disposición se hará un comentario posteriormente, resulta oportuno decir que la Corte ha adoptado un criterio material del concepto *norma*

<sup>38</sup> En un precedente reciente, la Segunda Sala de la Suprema Corte se pronunció en un sentido similar. *Cfr. DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS ARTÍCULOS 231, 232 Y 233 DE LA LEY DE AMPARO SON ACORDES CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFOS, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, tesis 2a. XXIII/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 65, abril de 2019, t. II, p. 1342. Para conocer una posición que parece encontrar en la jurisprudencia que emiten los Plenos de Circuito el fundamento de una declaratoria general de inconstitucionalidad, *Cfr. FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 5a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, pp. 48-49 y 218.

<sup>39</sup> Así se confirma con el dictamen de la Cámara de Senadores sobre el proyecto de Ley de Amparo, en el que se lee: *Si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, siendo además que tal declaratoria no procede en forma automática sino respetando las condiciones y plazos antes referidos, permitiendo que sea el propio órgano emisor de la norma quien reforme o modifique la norma declarada inconstitucional y no siendo así, la Suprema Corte de Justicia sea quien emita la declaratoria general de inconstitucionalidad, aprobada por una mayoría calificada, lo que pretende preservar con ello, el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.*

*tributaria*, privilegiando el contenido o materia del acto normativo sobre su mera denominación.<sup>40</sup>

Así las cosas, a la luz del texto constitucional, la declaratoria general de inconstitucionalidad está sujeta a que se satisfagan los siguientes requisitos: a) que se establezca jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión, en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general; b) que se notifique a la autoridad emisora una vez que se establezca tal jurisprudencia; c) que el problema de inconstitucionalidad no sea superado dentro del plazo de noventa días, y d) que la declaratoria general sea aprobada por cuando menos ocho votos.

## V. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la Ley de Amparo de 2013

El dos de abril de dos mil trece se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual contempla en el Título Cuarto, Capítulo VI, lo relativo a la declaratoria general de inconstitucionalidad.

El procedimiento contiene varias similitudes con el patrocinado por la Suprema Corte (véase el apartado III). Si bien una de las principales diferencias radica en que la interpretación conforme ya no se contempla como una alternativa a través de la cual se pueda superar la inconstitucionalidad de una norma general, esto no significa que a los tribunales de amparo les esté impedido apoyarse en esa figura para declarar su constitucionalidad

---

<sup>40</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desechado por improcedentes las declaratorias generales de inconstitucionalidad relativas a diversos preceptos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora (expediente 1/2012); la Ley de Pensiones para los Empleados del Gobierno del Estado de Oaxaca (expediente 3/2012) y la Ley de Pensiones y Prestaciones Sociales para los Trabajadores al Servicio del Estado de San Luis Potosí (expediente 1/2015), por considerar que subsiste en ellas el problema de constitucionalidad de normas generales en materia tributaria.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

---

Junio 2020

a la luz de una determinada interpretación,<sup>41</sup> pues lo único que se limita es la posibilidad de dotar de eficacia *erga omnes* al criterio interpretativo correspondiente.<sup>42</sup>

Ahora bien, la declaratoria general de inconstitucionalidad se regula en los artículos 231 al 235 de la norma secundaria, aunque también existen otros preceptos que se encuentran directamente relacionados con ella, mismos que serán objeto de un breve análisis en las páginas siguientes.

El artículo 231 retoma en esencia lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, aunque realiza una serie de matices a su texto. En efecto, el precepto legal en cita señala que cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Así las cosas, la Ley puntualiza que la inconstitucionalidad de una norma podrá decretarse *en una o en distintas sesiones*, y aclara que la información que se haga a la autoridad emisora se llevará a cabo por conducto del *presidente* de la Corte o de la sala de que se trate. No está demás señalar que el acto informativo únicamente tiene lugar cuando se dicte el segundo fallo de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte, por lo que las sentencias de los tribunales colegiados no tienen que ser informadas al órgano emisor. Finalmente, esta porción legal reitera la limitante que existe en materia de normas tributarias.

En el artículo 232 se desarrollan las bases establecidas en el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución, pero también se efectúan algunos cambios en relación con el texto supremo. Según la disposición

---

<sup>41</sup> Esto es así, en virtud de que esta técnica hermenéutica procede sin necesario fundamento constitucional o legal, antes bien, es desde sus orígenes una creación jurisprudencial. Cfr: FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *op. cit.*, pp. 136-139 y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *op. cit.*, pp. 125-127.

<sup>42</sup> Cfr. FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, pp. 50-51 y ÁVILA ORNELAS, Roberto, *op. cit.*, pp. 336-337.

secundaria, cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual determinen la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación que refiere la Constitución; una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma declarada inconstitucional y transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que ésta se modifique o derogue, el pleno de la Suprema Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, la cual tendrá que ser aprobada por cuando menos ocho votos.

Lo que más destaca es que la Ley sustituye la expresión utilizada por la Constitución que dice: *...sin que se supere el problema de inconstitucionalidad...*, por el enunciado: *...sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional...*<sup>43</sup> A diferencia de la Constitución, la Ley precisa que la jurisprudencia debe recaer sobre *la misma norma general* ya estimada inconstitucional.

Por último, destaca que el plazo de noventa días que tienen los órganos emisores de las normas cuya inconstitucionalidad se hubiese declarado, se computará dentro de los *días útiles* de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el *Estatuto de Gobierno del Distrito Federal* (referencia que hoy debe entenderse hecha a la Constitución Política de la Ciudad de México)<sup>44</sup> o en la Constitución Local, según corresponda, siempre que el emisor *sea el órgano legislativo federal o local*. Este precepto es relevante solo para efectos del cómputo del plazo que se tendrá para superar el problema de inconstitucionalidad, mas no para la información de los fallos y la notificación de la jurisprudencia. En este contexto, en todos los casos en que la autoridad emisora no sea un ór-

<sup>43</sup> La Ley reduce significativamente los alcances del texto constitucional, pues éste condiciona la emisión de la declaratoria general a que dentro del plazo señalado *no se supere el problema de inconstitucionalidad* y el legislador consideró que esa superación sólo podía lograrse mediante la *modificación* o la *derogación* de la norma. Sin embargo, no parece correcto que la derogación sea un acto compatible con la naturaleza de otras normas generales, de manera concreta, con los tratados internacionales (actos de creación bilateral con reglas específicas para limitar su ámbito de vigencia), los cuales son, según el artículo 107, fracción I de la Ley de Amparo, normas generales para efectos de la procedencia del juicio constitucional. *Cfr.* LUIS ORTIZ, Noé, "Breves reflexiones sobre algunas divergencias entre la Ley de Amparo y sus bases constitucionales", *Juris Dictio*, año 12, núm. 34, 2014, pp. 88-89.

<sup>44</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 2017.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

---

Junio 2020

gano legislativo, se estará a los noventa días naturales que refiere la Constitución.<sup>45</sup>

En el artículo 233 se consagra la facultad de los plenos de circuito para solicitar a la Corte, por mayoría de sus integrantes y de conformidad con los acuerdos generales que emita,<sup>46</sup> que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general, lo que resulta acorde con la atribución que les otorga el artículo 41 Ter, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En el artículo 234 hay varios aspectos a destacar. En principio, la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen; será obligatoria y tendrá efectos generales, y en ella deberá establecerse la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, así como los alcances y las condiciones de la misma; finalmente, se establece que los efectos de las declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal.

Por último, el artículo 235 señala que la declaratoria general de inconstitucionalidad se remitirá al Diario Oficial de la Federación y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma invalidada, para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

En otro orden de ideas, es importante decir que existen reglas específicas para el establecimiento de la jurisprudencia. Según las disposiciones transitorias de la Constitución y de la Ley,<sup>47</sup> para la integración de la

---

<sup>45</sup> En la resolución de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha validado implícitamente la constitucionalidad del artículo 232, párrafo tercero, de la Ley de Amparo.

<sup>46</sup> Llama la atención que la Ley de Amparo, en su artículo 233, dice que esta facultad de los Plenos de Circuito se ejercerá *conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, mientras que el artículo 41 Ter, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, precisa que se llevará a cabo *conforme a los acuerdos generales que emita el Consejo de la Judicatura Federal*.

<sup>47</sup> El artículo cuarto transitorio del decreto correspondiente a la reforma constitucional de 2011 estableció: *Para la integración de jurisprudencia por reiteración no se tomarán en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto*; en similares términos el artículo séptimo transitorio de la Ley de Amparo señaló: *Para la integración de la jurisprudencia por reiteración de criterios a que se refiere la presente Ley no se tomarán en cuenta las tesis*

jurisprudencia por reiteración de criterios no se tomarán en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a la normatividad anterior; asimismo, las declaratorias generales de inconstitucionalidad no podrán ser hechas respecto de tesis jurisprudenciales aprobadas previamente a la nueva legislación.

Ambas son disposiciones que tienen como objetivo salvaguardar la permanencia de normas generales que ya han sido declaradas inconstitucionales por tesis (jurisprudenciales o aisladas) de los tribunales de amparo. Por un lado, el que los criterios emitidos conforme a la nueva legislación no se consideren como parte de la cadena que ya exista, formada con criterios emitidos a la luz de la regulación anterior, tiene como finalidad salvar un número considerable de normas que ya han sido estimadas inconstitucionales por los tribunales federales en asuntos que todavía no constituyen jurisprudencia, a los cuales podrían sumarse los nuevos pronunciamientos haciendo más rápida la integración de la misma; por el otro, la jurisprudencia ya existente en materia de inconstitucionalidad de normas no podrá ser objeto de una declaratoria general de inconstitucionalidad, el supuesto contrario hubiere posibilitado iniciar varios de estos procedimientos respecto de jurisprudencia ya aprobada.

Otro aspecto que también se prevé en la Ley es aquel que nace de la posible aplicación de una norma cuya inconstitucionalidad ya se hubiese declarado mediante el procedimiento en estudio. Cuando una norma ha sido objeto de una declaratoria general de inconstitucionalidad por parte de la Suprema Corte ya no podrá ser aplicada, puesto que los efectos de una determinación de tal naturaleza serán *erga omnes*. En otras palabras, una declaratoria general de inconstitucionalidad tiene efectos similares a los de un acto derogatorio<sup>48</sup> (pero no equivale a la derogación formal de la norma, pues ésta es, por antonomasia, un acto legislativo), lo cual significa que la norma respectiva ya no podrá ser aplicada al haber sido materialmente expulsada del ordenamiento jurídico.

---

*aprobadas en los asuntos resueltos conforme a la ley anterior* y el octavo agregó: *Las declaratorias generales de inconstitucionalidad no podrán ser hechas respecto de tesis aprobadas conforme a la ley anterior.*

<sup>48</sup> Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 107-109 y 260-268.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

---

Junio 2020

Sin embargo, subsistirá la posibilidad de que por error o mala fe, las autoridades sigan aplicando una disposición declarada inconstitucional. Frente a tal supuesto, la Ley de Amparo es clara al señalar en la fracción VIII del artículo 61, que el amparo es improcedente contra normas generales respecto de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad.<sup>49</sup> Esto no significa que ante la aplicación de leyes inconstitucionales se deje en estado de indefensión a los afectados, ya que la propia Ley prevé otro medio de defensa para reparar las violaciones cometidas.

Regulada en el artículo 210 de la Ley de Amparo, la denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad resulta procedente cuando las autoridades aplican una norma que ya ha sido declarada contraria a la Constitución. Se desarrolla mediante un procedimiento sumario que se limita a la presentación de la denuncia, a una vista a las partes por el plazo de tres días y al dictado de la resolución dentro de idéntico lapso. La prohibición de aplicar normas que han sido objeto de una declaratoria general de inconstitucionalidad comienza una vez que ésta surte sus efectos, pues a partir de ese momento adquiere obligatoriedad y ya se conocen sus alcances y condiciones derivado de su publicación en los medios oficiales.

La denuncia se presentará ante el juez de distrito que tenga jurisdicción en el lugar donde el acto deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se esté ejecutando o se haya ejecutado; si el acto denunciado puede tener ejecución en más de un distrito o ha comenzado a ejecutarse en uno de ellos y sigue ejecutándose en otro, el trámite se llevará ante el juez de distrito que primero admita la denuncia; en su defecto, aquel que dicte acuerdo sobre ella o, en su caso, el que primero la haya recibido; cuando el acto denunciado no requiera ejecución material se tramitará ante el juez de distrito en cuya jurisdicción resida el denunciante. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación otorga competencia a los jueces de distrito para conocer de es-

---

<sup>49</sup> Cfr. LUIS ORTIZ, Noé, “La improcedencia en el juicio de amparo”, en LUIS ORTIZ, Noé, *Estudios sobre el nuevo juicio de amparo*, op. cit., pp. 98-101.

tas denuncias, según la materia sobre la que verse la norma general anulada, esto es, penal, administrativa, civil o de trabajo.<sup>50</sup>

Hecho lo anterior, el juez de distrito dará vista a *las partes*<sup>51</sup> por el plazo de tres días para que expongan lo que a su derecho convenga. Transcurrida la vista, el propio juez dictará resolución dentro de los tres días siguientes, la cual podrá ser en dos sentidos. De considerar que no hubo aplicación de la norma inconstitucional, la resolución podrá impugnarse mediante el recurso de inconformidad;<sup>52</sup> por el contrario, de estimarse que sí hubo tal aplicación, se ordenará a la autoridad denunciada que deje sin efectos el acto dentro del plazo de tres días y, de no hacerlo, se estará a las reglas previstas para el caso del cumplimiento e inejecución de las sentencias. Si con posterioridad la autoridad vuelve a aplicar la norma declarada inconstitucional, su impugnación será posible mediante la denuncia de repetición del acto reclamado.<sup>53</sup>

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 267, fracción IV, de la Ley de Amparo, prevé la imposición de cinco a diez años de prisión, multa de cien a mil días, en su caso destitución e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos, a la autoridad que dolosamente *Incumpla la resolución en el incidente que estime incumplimiento sobre declaratoria general de inconstitucionalidad*. Asimismo, el artículo 268 de la Ley en cita señala que se impondrá pena de uno a tres años de prisión o multa de treinta a trescientos días y, en ambos casos, destitución e inhabilitación de uno a tres años para desempeñar otro

<sup>50</sup> Cfr. artículos 51, fracción IV; 52, fracción VI; 54, fracción IV y 55, fracción V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

<sup>51</sup> La Ley de Amparo no precisa quiénes son las *partes*, además de que esta expresión resulta vaga al no derivar la denuncia de un juicio previo; tampoco contempla una dilación probatoria, cuando lo único que no estará sujeto a prueba es la existencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad (dada su publicación en los medios oficiales), no así la aplicación de la norma en el caso concreto u otras circunstancias similares.

<sup>52</sup> Sobre el particular, la Suprema Corte ha emitido algunos pronunciamientos. Cfr. *RECURSO DE INCONFORMIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 201, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO. SU MATERIA DE ANÁLISIS*, tesis P. I/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. I, 966; *RECURSO DE INCONFORMIDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 201, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO*, tesis P. II/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 965 y *RECURSO DE INCONFORMIDAD PREVISTO EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY DE AMPARO. SON INOPERANTES LOS AGRAVIOS QUE CONSTITUYEN AFIRMACIONES DOGMÁTICAS*, tesis P. III/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 966.

<sup>53</sup> Cfr. artículos 192 al 201, fracción IV, de la Ley de Amparo.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

cargo, empleo o comisión públicos, a la autoridad que dolosamente aplique una norma declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante una declaratoria general de inconstitucionalidad.

## VI. La declaratoria general de inconstitucionalidad en los acuerdos generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte también ha dado cierto tipo de reglamentación al procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, a través de la emisión de acuerdos generales.

El primero de ellos fue el 11/2011<sup>54</sup> y se dio con anterioridad a la promulgación de la nueva Ley de Amparo, paralelamente a la entrada en vigor de las reformas constitucionales respectivas. De hecho, fue precisamente la ausencia de ley reglamentaria lo que motivó la expedición de un acuerdo general en el que se precisara el procedimiento previo a una declaratoria general de inconstitucionalidad.<sup>55</sup> El segundo es el 15/2013,<sup>56</sup> emitido después de la publicación de la Ley de Amparo. Entre ambos ordenamientos existen muy pocas diferencias, por lo que se procederá a explicar el contenido del último, máxime que por virtud de éste, aquél fue dejado sin efectos.

El Acuerdo General, como su nombre lo indica, regula el procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad en aspectos que no son materia de la Constitución ni de la Ley, por referirse a la actuación de los

<sup>54</sup> Acuerdo General número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de octubre de 2011.

<sup>55</sup> En el considerando Sexto del Acuerdo General se señaló: *En virtud de que la reforma constitucional en materia de amparo señalada en el Considerando Primero que antecede entró en vigor el cuatro de octubre de dos mil once, y que a la fecha no se han expedido las reformas a las leyes reglamentarias respectivas, se estima necesario emitir un acuerdo general en el cual se precise el procedimiento previo a una declaratoria general de inconstitucionalidad, sin regular los aspectos que por mandato constitucional se han reservado al legislador.*

<sup>56</sup> Acuerdo General número 15/2013, de veintitrés de septiembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de octubre de 2013.

órganos del Poder Judicial de la Federación y de las instancias internas de la Suprema Corte. Tratando de sistematizar sus disposiciones, es posible dividir las en dos apartados.

## **1. Actos a realizar antes de que transcurra el plazo de noventa días al que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional.**

a) Una vez que el pleno o las salas de la Corte determinen por segunda ocasión consecutiva la inconstitucionalidad de una norma general *no tributaria*, lo harán del conocimiento del presidente de la propia Corte con el objeto de que ordene informar a la autoridad emisora la existencia de esos precedentes.<sup>57</sup>

b) Cuando el pleno o las salas establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual determinen la inconstitucionalidad de una norma general, lo harán del conocimiento de la presidencia de la Corte con el objeto de que realice los siguientes actos: mediante proveído se ordene realizar la notificación a la que se refiere el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional, acompañando copia certificada de las sentencias y, de preferencia, de las tesis jurisprudenciales respectivas; se integre el expediente de la declaratoria general de inconstitucionalidad y se turne el asunto al ministro que corresponda.

c) Cuando la jurisprudencia relativa a la inconstitucionalidad de una norma general provenga de un tribunal colegiado de circuito, éste lo hará del conocimiento del pleno de circuito al que pertenezca, quien lo comunicará a la presidencia de la Suprema Corte acompañando copia certificada de las

<sup>57</sup> La Ley de Amparo no reserva para el presidente del máximo tribunal la facultad para ordenar dicho acto informativo, por el contrario, indica en el artículo 231 que será el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte (según la instancia que haya conocido del amparo en revisión), quien lo informará a la autoridad emisora correspondiente. Si bien el artículo 14, fracción XX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, señala como una facultad del presidente de la Corte: *Realizar todos los actos tendientes a dar trámite al procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad a que se refiere la Ley de Amparo...*, lo cual no sucede en relación con los presidentes de las salas, opinamos que es la Ley de Amparo la que debe prevalecer, al tener el carácter de norma específica y prever disposición expresa. De este modo, el Acuerdo General estaría modificando lo que dispone la Ley de la materia, por cuanto respecta a este acto en particular. Esta conclusión es acorde con el hecho de que la *información* de la segunda ocasión consecutiva es de menor relevancia que la *notificación* de la jurisprudencia, por ello, se entiende que tales actos corran a cargo de los presidentes de las salas o del pleno, la primera, y del presidente del pleno, la segunda.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

cinco ejecutorias correspondientes y, en su caso, de las tesis respectivas, con el objeto de que se emita el proveído señalado en el inciso anterior, el cual precisará, de ser el caso, que el criterio jurisprudencial no ha sido materia de análisis por la Corte y si se encuentra pendiente de resolver alguna contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva.

En este último supuesto, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad en tanto no se decida la contradicción de tesis, lo que se deberá realizar preferentemente dentro del plazo de noventa días a que se refiere el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional. En caso de que exista duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general cuya inconstitucionalidad se haya determinado en jurisprudencia por un tribunal colegiado de circuito, el presidente de la Suprema Corte lo consultará al tribunal pleno en sesión privada, antes de practicar la notificación a la autoridad emisora.<sup>58</sup>

**d)** Si antes de transcurrir los noventa días, contados a partir del siguiente al en que surta efectos la notificación que se realice a la autoridad emisora, entra en vigor una nueva norma general que a juicio del tribunal pleno modifique a la inconstitucional, el procedimiento de declaratoria general se deberá *declarar sin materia*. El ministro ponente someterá al pleno el proyecto de resolución.

### **2. Actos a realizar una vez transcurrido el plazo de noventa días al que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional.**

**a)** Si dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del referido plazo no se hubiese superado el problema de inconstitucionalidad *mediante la emisión de una nueva norma general*,<sup>59</sup> el ministro ponente deberá remitir

<sup>58</sup> El párrafo tercero del punto Primero del Acuerdo General en análisis señala: *Si en un mismo amparo indirecto en revisión subsiste el problema de constitucionalidad de normas generales tributarias y de diversa naturaleza, lo dispuesto en el presente instrumento normativo se aplicará, en lo conducente, respecto del pronunciamiento que se emita en relación con estas últimas.*

<sup>59</sup> Cabe señalar que la superación del problema de inconstitucionalidad no solo puede derivar de *la emisión de una nueva norma general*, sino de su abrogación o de la derogación de una de sus partes.

a la Secretaría General de Acuerdos de la Corte el proyecto de resolución, el que deberá listarse para sesión pública que se celebrará dentro de los diez días hábiles posteriores.

**b)** Al emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, el pleno deberá señalar la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, así como sus alcances y condiciones, en términos de lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Amparo.

**c)** Si el proyecto de resolución que contenga la declaratoria general de inconstitucionalidad no alcanza la votación requerida (cuando menos ocho votos), se desestimaré el asunto y se ordenará su archivo.

**d)** La Secretaría General de Acuerdos realizará las gestiones necesarias para que la declaratoria general de inconstitucionalidad se publique en el Diario Oficial de la Federación y, en su caso, en el órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional, dentro de los siete días hábiles siguientes al en que se apruebe el engrose respectivo, incluyendo los votos formulados.

## VII. La primera declaratoria general de inconstitucionalidad y los expedientes en trámite

**1. La primera declaratoria general de inconstitucionalidad.** El 2 de abril de dos mil diecinueve se publicó en el Diario Oficial de la Federación la sentencia dictada por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017.<sup>60</sup> Se trata de la primera resolución de su tipo en nuestro país, desde la creación de esta figura en la reforma constitucional de 6 de junio de 2011. Para comprender el funcionamiento práctico de la declaratoria general de inconstitucionalidad, en las páginas siguientes

<sup>60</sup> En adelante, todos los datos relacionados con este caso son tomados de la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, en su versión publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2019.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

se expondrá el contenido de la mencionada resolución, según las etapas del procedimiento que se delinearán en los instrumentos normativos antes comentados.

**a) La resolución de un asunto por segunda ocasión consecutiva y la información a la autoridad emisora.** De conformidad con los artículos 107, fracción II, segundo párrafo, de la Constitución y 231 de la Ley de Amparo, así como del punto segundo del Acuerdo General 15/2013, cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo informará a la autoridad emisora de la norma, siempre que no se trate de normas en materia tributaria.<sup>61</sup>

En el caso que nos ocupa, los juicios de amparo indirecto que motivaron la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad fueron conocidos en primera instancia por Juzgados de Distrito en Materia Administrativa Especializada en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Las sentencias que éstos emitieron se impugnaron a través de sendos recursos de revisión, de los que conocieron los correlativos Tribunales Colegiados de Circuito de la misma materia y especialización, quienes reservaron jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los planteamientos de inconstitucionalidad.

Sobre esta base, la segunda sala de la Suprema Corte comunicó al presidente de la misma que en sesión de veinticinco de octubre de dos mil diecisiete, resolvió los amparos en revisión 1121/2016 y 692/2017, en los que determinó la inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal

<sup>61</sup> En el Considerando Segundo de la sentencia se abordó esa cuestión en los siguientes términos: [...] *Al respecto debe mencionarse que la disposición normativa mencionada no corresponde a la materia tributaria, pues, como será visto adelante, prevé una hipótesis de conducta sancionable en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, mas no un aspecto relacionado con la imposición de contribuciones.*

*Sin que obste que la conducta prevista en la disposición referida esté relacionada con la imposición de una multa, la cual eventualmente puede originar un crédito fiscal en términos del artículo 4º del Código Fiscal de la Federación.*

*Lo anterior porque las multas administrativas como las que establece la disposición considerada inconstitucional constituyen una clase de ingresos distinta de las contribuciones que percibe el Estado con motivo del ejercicio de sus funciones de derecho público, según lo establecido en el artículo 3º, párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación, de ahí que el artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión no tiene carácter tributario.*

de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Así las cosas, por acuerdo de catorce de noviembre de dos mil diecisiete, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó notificar (informar) a las Cámaras del Congreso de la Unión los mencionados amparos en revisión y requirió al secretario de acuerdos de la segunda sala para que, una vez formada la jurisprudencia respectiva, se lo comunicara y le remitiera las copias certificadas de las sentencias restantes con que fuese integrada.

**b) La notificación de la jurisprudencia.** En términos de lo dispuesto por los artículos 107, fracción II, tercer párrafo, primera parte, de la Constitución y 232, primer párrafo, de la Ley de Amparo, así como del punto tercero del Acuerdo General 15/2013, cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, lo notificarán a la autoridad emisora, se integrará el expediente respectivo y se turnará el asunto al ministro que corresponda.

En este orden, el uno de diciembre de dos mil diecisiete, el secretario de acuerdos de la segunda sala remitió a la presidencia de la Suprema Corte copia certificada de la jurisprudencia 167/2017<sup>62</sup> y de las sentencias emitidas en los amparos en revisión 104/2017, 693/2017 y 210/2017 (que sumadas a las emitidas en los amparos en revisión 1121/2016 y 692/2017, conformaron las cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, en las que se sustentó un mismo criterio).<sup>63</sup> En virtud de ello, por auto de siete de diciembre de dos mil diecisiete, el presidente

<sup>62</sup> Cuyo texto es el siguiente: *TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 298, INCISO B), FRACCIÓN IV, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIOLA EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El precepto constitucional citado prohíbe las multas excesivas, lo que implica que debe existir una relación entre las posibilidades económicas del infractor, la gravedad de la conducta y la sanción procedente. Por su parte, el artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión prevé la posibilidad de sancionar con multa por el equivalente de 1% hasta 3% del ingreso (acumulable) del infractor, cualquier conducta que vulnere lo previsto en la normativa de la materia (ley, reglamentos, disposiciones administrativas, planes técnicos fundamentales, concesiones o autorizaciones, o demás disposiciones); es decir, conforme a ese precepto legal, tanto las conductas que produzcan una afectación grave como las que causen una menor serán sancionadas con el mismo porcentaje de multa mínima (1%), lo cual es contrario al artículo 22 de la Constitución Federal, al tratarse del rango inferior de la sanción aplicable, el cual resulta excesivo, al permitir que cualquier conducta construida a partir de la normativa sea sancionada con base en la misma proporción mínima (1% del ingreso acumulable), sin atender a la conducta en particular y a los efectos que ésta produce (frente al bien jurídico protegido), a efecto de imponer una sanción que resulte razonable y corresponda con la afectación causada., tesis 2a./J. 167/2017, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 49, diciembre de 2017, t. I, p. 539.*

<sup>63</sup> La Ley de Amparo señala: *Artículo 223. La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos.*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó notificar al Congreso de la Unión el establecimiento de la mencionada jurisprudencia y turnó el asunto al ministro ponente para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.<sup>64</sup>

**c) El incumplimiento de la autoridad emisora en el plazo de 90 días.** Según lo que disponen los artículos 107, fracción II, tercer párrafo, segunda parte, de la Constitución y 232, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, así como el punto sexto del Acuerdo General 15/2013, una vez que la jurisprudencia se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos.

No obstante que la Constitución habla de noventa días naturales, el artículo 232, tercer párrafo, de la Ley de Amparo, señala que: *Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.*

Por ello, en la sentencia que nos atañe la Suprema Corte se ocupó ampliamente de la elucidación del concepto *días útiles*, concluyendo que *son días útiles aquellos que son hábiles*, por lo que *el plazo de noventa días establecido en el artículo 232 de la Ley de Amparo para que los órganos legislativos modifiquen o deroguen la disposición considerada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos referidos, debe computarse dentro de los días hábiles de los periodos ordinarios de sesiones establecidos en la Constitución General o local, según corresponda.*<sup>65</sup> Así, en el caso que se comenta, el plazo de noventa días útiles transcurrió del uno de febrero al dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

<sup>64</sup> La emisión de la jurisprudencia fue notificada al Congreso de la Unión, junto con las sentencias de las que derivó, el quince de diciembre de dos mil diecisiete. El asunto se turnó al Ministro José Fernando Franco González Salas.

<sup>65</sup> *Cfr.* considerando quinto de la sentencia emitida en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017.

Por lo anterior, toda vez que dentro de ese plazo y hasta la fecha de resolución,<sup>66</sup> no había sido reformado o derogado el artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión por parte del Congreso de la Unión, pues no había sido publicado en el Diario Oficial de la Federación algún decreto en ese sentido,<sup>67</sup> la Corte concluyó que subsistía el problema de inconstitucionalidad y, por ende, procedía realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad,<sup>68</sup> lo cual hizo al tenor del punto resolutivo segundo de la sentencia de mérito, en el que se dijo: *Se declara la inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en la porción normativa de 1% [...], el cual fue aprobado por mayoría de ocho votos.*<sup>69</sup>

**d) Efectos, alcances y condiciones de la declaratoria.** El artículo 107, fracción II, tercer párrafo, *in fine*, de la Constitución, especifica que en la declaratoria general de inconstitucionalidad se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria; por lo que en el artículo 234 de la Ley de Amparo, así como en el punto séptimo del Acuerdo General 15/2013, se señala que la declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, así como los alcances y las condiciones de la misma; precisando que los efectos de la declaratoria no serán retroactivos salvo en materia penal.

En este contexto, en el punto resolutivo segundo de la sentencia en comentario se dijo: *Se declara la inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de*

<sup>66</sup> Recuérdese que el asunto se sesionó el 14 de febrero de 2019.

<sup>67</sup> Es interesante mencionar que en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del lunes 30 de abril de 2018, se publicó la minuta correspondiente a la iniciativa *Con proyecto de Decreto, por el que se adiciona una fracción IV al inciso A) y se deroga la fracción IV del inciso B) del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, que fue aprobada por la Cámara de Senadores en sesión celebrada el 25 de abril de 2018. El 30 de abril siguiente se turnó a la Comisión de Comunicaciones de la Cámara de Diputados para dictamen, pero el proceso legislativo no fue concluido, de lo contrario, es muy probable que la declaratoria general de inconstitucionalidad que nos ocupa no hubiese tenido lugar. Véase: Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, 30 de abril de 2018, año XXI, núm. 5015-IV, pp. 10-11.

<sup>68</sup> Cfr. considerando quinto de la sentencia emitida en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017.

<sup>69</sup> *Se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos en contra de algunas consideraciones, Franco González Salas, Aguilar Morales, Medina Mora I. con consideraciones adicionales, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Zaldivar Lelo de Larrea, respecto del considerando quinto, relativo a las consideraciones y fundamentos, consistente en emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Los señores Ministros González Alcántara Carrancá, Pardo Rebolledo y Piña Hernández votaron en contra. Los señores Ministros Aguilar Morales y Medina Mora I. anunciaron sendos votos concurrentes. La señora Ministra Luna Ramos reservó su derecho de formular voto concurrente.*

**La declaratoria general de inconstitucionalidad  
en el juicio de amparo**

Junio 2020

la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en la porción normativa de 1%, con los alcances establecidos en el último considerando de esta resolución y con efectos generales que se surtirán a partir de la notificación de estos puntos resolutive al Congreso de la Unión. En la sentencia se señaló que la declaratoria general de inconstitucionalidad no tendría efectos retroactivos<sup>70</sup> y se precisaron sus alcances en cuanto a las posibles conductas que pudieran configurarse conforme a la fracción IV, inciso B), del artículo 298 de la citada Ley Federal, así como las facultades sancionadoras del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Es importante mencionar que en la parte medular de la declaratoria general de inconstitucionalidad, esto es, en la que se hizo el pronunciamiento respectivo,<sup>71</sup> la Suprema Corte no reprodujo en su literalidad el criterio jurisprudencial que la había motivado; aunque el criterio contenido en la sentencia haya sido, en esencia, el mismo que el sostenido en la jurisprudencia, la forma en que la Suprema Corte debe emitir la declaratoria puede ser objeto de reflexión, a la luz de lo que dispone el artículo 234, primer párrafo, *ab initio*, de la Ley de Amparo, que dice: *La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen.*

**e) Publicación de la sentencia.** Según el artículo 235 de la Ley de Amparo y el punto octavo del Acuerdo General 15/2013, la declaratoria general de inconstitucionalidad se remitirá al Diario Oficial de la Federación y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional, para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles siguientes al en que se apruebe el engrose respectivo, incluyendo los votos formulados.

En el punto resolutive tercero de la sentencia se ordenó: *Publíquese esta resolución en el Diario Oficial de la Federación, así como en el Semanario Judicial de la*

<sup>70</sup> Cfr. considerando sexto de la sentencia emitida en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017.

<sup>71</sup> En la sentencia se dijo: *En consecuencia, con fundamento en el artículo 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este Tribunal Pleno emite la declaratoria general de inconstitucionalidad del porcentaje mínimo de sanción previsto en el inciso B) del artículo 298 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (1% del ingreso acumulable del infractor) solo en cuanto a las conductas señaladas en la fracción IV del artículo referido.*

*Lo anterior porque esa disposición normativa transgrede el artículo 22 constitucional en tanto engloba múltiples conductas que pueden sancionarse con un rango mínimo del 1% del ingreso acumulable del infractor, lo cual no necesariamente atiende a la gravedad de la infracción, por lo que impide valorar si la conducta reprochada y los efectos por ella producidos son o no de una entidad menor que justifique la imposición de una sanción menor a ese porcentaje.*

*Federación y su Gaceta*, por lo que el 2 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la *Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, así como los Votos Particular formulado por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo y Concurrentes formulados por los Ministros Eduardo Medina Mora I. y Luis María Aguilar Morales*.

**2. Los expedientes en trámite.** Según la información proporcionada por la Suprema Corte,<sup>72</sup> actualmente existen diversos procedimientos *sub judice*, de los cuales, tres versan sobre normas generales emitidas por el Congreso de la Unión. Concretamente se trata de los siguientes asuntos:

a) Declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, relativa a la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248, de la Ley General de Salud, en tanto que establecen una prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de la marihuana.

b) Declaratoria general de inconstitucionalidad 2/2017, atinente a la inconstitucionalidad del artículo 13, párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación, al disponer que las promociones dirigidas a las autoridades fiscales deben ser presentadas dentro del horario de las 07:30 a las 18:00 horas, lo que impide el pleno acceso a la justicia de los contribuyentes.

c) Declaratoria general de inconstitucionalidad 4/2012, concerniente a la inconstitucionalidad de los artículos 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativos a las conclusiones no acusatorias.<sup>73</sup>

En relación con el primer asunto ya existe jurisprudencia declarando la inconstitucionalidad de las mencionadas normas,<sup>74</sup> incluso, el plazo de noventa

<sup>72</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con un sitio especializado en el que da a conocer el seguimiento de las declaratorias generales de inconstitucionalidad, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/denunciaincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>. El Congreso de la Unión también cuenta con uno en el que da cuenta de las declaratorias emitidas en relación con las normas generales que ha aprobado, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/declara.htm>, ambos consultados el 23 de enero de 2020.

<sup>73</sup> Se tiene registro de dos asuntos de los que derivó la siguiente tesis aislada: *CONCLUSIONES NO ACUSATORIAS. LOS ARTÍCULOS 294 Y 295 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES VULNERAN LOS ARTÍCULOS 1o., 14, 16 Y 133 CONSTITUCIONALES*, tesis 1a. CCX/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXII, julio de 2013, t. 1, p. 553.

<sup>74</sup> Cfr. *DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

días útiles con el que contaba el Congreso de la Unión –como autoridad emisora– para superar el problema de inconstitucionalidad ya expiró; sin embargo, la Suprema Corte mediante proveído de 31 de octubre de 2019 otorgó, no obstante lo dispuesto por la Constitución, *de manera excepcional y por única ocasión, atendiendo a la complejidad de la materia [...] una prórroga del plazo respectivo, la cual vence el último día del periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, que transcurrirá del 1 de febrero al 30 de abril de 2020, con el objeto de que, al concluir dicho plazo, el Congreso de la Unión haya aprobado la legislación correspondiente.*<sup>75</sup>

### VIII. Agenda mínima de reformas

Muchos de los planteamientos que se desarrollan en estas páginas podrían verse superados con motivo de la llamada *Reforma judicial con y para el Poder Judicial*, presentada el pasado 12 de febrero de 2020, en la cual se proponen cambios al régimen jurídico de la jurisprudencia y de la declaratoria general de inconstitucionalidad. Sin embargo, desde nuestro punto de vista las reformas que necesita este mecanismo tienen que estar orientadas en una dirección diferente a la que ahí se propone.

**1. La segunda ocasión consecutiva.** Como antes se ha visto, cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo

---

*DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD*, tesis 1a./J. 6/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 492; *INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD*, tesis 1a./J. 10/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 493; *PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS*, tesis 1a./J. 7/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 495; *PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO*, tesis 1a./J. 9/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 496 y *PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO*, tesis 1a./J. 25/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, marzo de 2019, t. II, p. 1127. Un par de análisis críticos sobre la primera de las sentencias de las que derivaron los mencionados criterios jurisprudenciales (amparo en revisión 237/2014 de 4 de noviembre de 2015) pueden consultarse en URIBE BENÍTEZ, Oscar, *La sentencia ilustrada de la Suprema Corte de Justicia sobre los derechos correlativos al autoconsumo de marihuana*, México, Editorial Flores, 2016; y HERRERA FRAGOSO, Agustín, *La legalización de la marihuana posterior a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*, México, Anaya, 2016. Para saber más de los cinco precedentes y del trámite de la declaratoria general de inconstitucionalidad respectiva, en su primera etapa, véase SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, *Nuevo paradigma regulatorio de la cannabis en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, pp. 27-34.

<sup>75</sup> Así lo acordó en su sesión privada celebrada el 29 de octubre de 2019.

indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, lo informarán a la autoridad emisora. Este escenario se justificaba en la medida que el establecimiento de la jurisprudencia por reiteración de criterios se lograba con tres sentencias ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario –como se decía en el proyecto original<sup>76</sup> y no con cinco – como finalmente se aprobó–, puesto que ahora entre el acto informativo que haga la Corte y el establecimiento de la jurisprudencia tendrá que mediar más de un criterio.

Si además se toma en cuenta que el acto informativo carece de efectos jurídicos vinculantes, ya que solo tiene como finalidad *hacer del conocimiento* de la autoridad emisora la resolución de los mencionados asuntos, este acto se presenta como prematuro y, eventualmente, contraproducente, pues podría incentivar la actuación legislativa para realizar cambios anticipados en una norma cuya constitucionalidad aún puede ser avalada; sin considerar que también puede aportar elementos para que la oposición o el gobierno lleven al terreno político un debate que no ha sido resuelto en forma definitiva en sede judicial.

Por ello, sería conveniente que una futura reforma ponderara la conveniencia de retomar las tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario para la conformación de la jurisprudencia o, en su defecto, que el acto informativo tuviese lugar una vez que se resolviera la inconstitucionalidad de una norma general por cuarta ocasión consecutiva.

**2. El número de sesiones.** Como se ha señalado, la declaratoria general de inconstitucionalidad depende de que la Corte establezca jurisprudencia por reiteración derivada de amparos indirectos en revisión, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma. Ese tipo de jurisprudencia se establece cuando la Suprema Corte, funcionando en pleno o en salas, sustenta un mismo criterio en *cinco sentencias* no interrumpidas por otra en contrario *resueltas en diferentes sesiones*, según lo dispuesto por los artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo.

<sup>76</sup> Así se desprende de la iniciativa original presentada en la Cámara de Senadores: *Artículo 222. La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de ocho votos. Artículo 223. La jurisprudencia por reiteración de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuatro votos. Artículo 224. Para el establecimiento de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito deberán observarse los requisitos señalados en este capítulo, salvo el de la votación, que deberá ser unánime.*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

Sin embargo, el artículo 231 de la propia Ley señala que cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, *en una o en distintas sesiones*, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Si bien esta divergencia podría carecer de relevancia en el terreno práctico, no deja de representar un punto susceptible de revisarse en sede legislativa. Pero además, esto permitiría analizar si es conveniente que una jurisprudencia y, por tanto, una declaratoria general de inconstitucionalidad, puedan generarse en solo dos sesiones (nótese que la actual Ley no exige que los asuntos tengan que discutirse en cinco sesiones diferentes),<sup>77</sup> en detrimento de una verdadera reiteración de criterios y de mayores márgenes de reflexión de cara a una decisión de tal trascendencia.<sup>78</sup>

**3. La irretroactividad y el diferimiento de los efectos.** El artículo 234 de la Ley de Amparo establece que los efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad no serán retroactivos salvo en materia penal. Al respecto, podría ser pertinente hacer extensivos los efectos *ex tunc* de las declaratorias de inconstitucionalidad a la materia administrativa (no tributaria),<sup>79</sup> cuando

<sup>77</sup> A diferencia del proyecto que en su momento fue elaborado a instancia de la Suprema Corte. En la exposición de motivos respectiva se señalaba lo siguiente: [...] *Otra modificación significativa consiste en la reducción de cinco a tres del número de tesis necesarias para constituir jurisprudencia. El cambio no es caprichoso ni se reduce a una mera cuestión numérica. En realidad, de lo que se trata es de encontrar un adecuado equilibrio entre el sistema de precedentes que se sigue en otros ordenamientos o en los procesos de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y el de reiteración de criterios que se prevé para la Ley de Amparo. Lo importante es encontrar una solución intermedia entre ambos extremos. Esto puede obtenerse disminuyendo el número de los casos a tres a efecto de que los órganos competentes puedan, con mayor facilidad, lograr que sus criterios sean obligatorios para dar certeza a nuestro orden jurídico. Sin embargo, para que la reiteración cumpla con su finalidad, se propone que los criterios deban fijarse al resolver los asuntos en tres sesiones distintas. Es importante destacar que cuando se trate de interpretación respecto de la constitucionalidad de normas generales, además deberá contarse con el voto aprobatorio de ocho Ministros [...]*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *op. cit.*, p. 153.

<sup>78</sup> *Pero otra valiosa novedad que trajo la nueva LA, es la relativa a que tanto la SCJN, funcionando en Pleno o en Salas, así como los TCC, no podrán emitir jurisprudencia por reiteración, como ocurría con la L.A. abrogada, en una sola sesión, sino que tendrán que emitir las cinco sentencias consecutivas necesarias para su formación “en diferentes sesiones”, lo cual, a mi juicio, permitirá una verdadera “reiteración”, pues ésta exige examinar y discutir en lo particular cada uno de los cinco asuntos que permitan su integración. Esto, sobre todo, porque cada litigante piensa y ataca de manera distinta a los otros, por lo que los conceptos de violación o agravio permitirán confirmar o apartarse del criterio adoptado en el primer y posteriores asuntos, cocinándose así a fuego lento la jurisprudencia por reiteración y, al mismo tiempo, evitándose el fraude a la L.A. que se producía cuando en una sola sesión y discutiéndose en realidad un sólo asunto, se producía jurisprudencia sin ninguna reiteración verdadera*, ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 35, México, 2013, p. 204.

<sup>79</sup> Una jurisprudencia que de subsistir, podría atenuar los efectos de la reforma en materia fiscal, es la siguiente:

en el pronunciamiento respectivo la Corte declarara la inconstitucionalidad de normas en las que se hubiere fundado la imposición de sanciones derivadas de un procedimiento administrativo sancionador.<sup>80</sup>

Por otra parte, la Ley también señala que la Corte establecerá la fecha en que surtirá efectos la declaratoria general,<sup>81</sup> sin indicar un plazo fatal para ello. En este orden, sería adecuado que se estableciera un plazo suspensivo máximo para que la declaratoria entrara en vigor. Los efectos diferidos o *pro futuro* permiten que una sentencia no despliegue sus consecuencias inmediatamente, sino solo después de transcurrido un periodo que es determinado por el propio órgano que la emite, pero esta clase de resoluciones generalmente van acompañadas de medidas que impiden un uso arbitrario de las mismas. Algunas consisten en imponer un límite temporal máximo en que puede diferirse la eficacia de una sentencia, así como la correspondiente obligación del órgano de que se trate de emitir una norma dentro de ese lapso.<sup>82</sup>

Debe tenerse en cuenta que si la declaratoria general señala una fecha posterior para que comiencen sus efectos, no es sino por la necesidad de que durante esa prórroga el órgano emisor elabore otra norma que sustituya a la inconstitucional, evitando un vacío normativo. Esto atiende a los casos en que hay normas relevantes para la vida económica, política o social de un país, cuya expulsión inmediata del sistema jurídico traería aparejadas serias consecuencias, por lo que es conveniente extender su vigencia para que los órganos competentes puedan dar una solución normativa al problema de inconstitucionalidad.<sup>83</sup>

---

*MULTAS FISCALES. DEBEN APLICARSE EN FORMA RETROACTIVA LAS NORMAS QUE RESULTEN BENEFICAS AL PARTICULAR*, tesis 2a./J. 8/98, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, marzo de 1998, t. VII, p. 333; véase también *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTEŠTAD PUNITIVA DEL ESTADO*, tesis P./J. 99/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2006, t. XXIV, p. 1565.

**80** En perspectiva comparada, el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español señala lo siguiente: *Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.*

**81** *Cfr.* artículo 234, fracción I, de la Ley de Amparo.

**82** *Cfr.* artículos 139.5 y 140.5 de la Constitución de Austria.

**83** Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú No. 010-2002-AI/TC, derivada de un proceso de inconstitucionalidad seguido contra la legislación antiterrorista: *En dicho proceso, se puso en evidencia que la*

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

**4. Las normas tributarias.** Tanto la Constitución como la Ley puntualizan que las disposiciones de la declaratoria general no son aplicables a las normas generales en materia tributaria. Frente a la imposibilidad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad de esta clase de normas podría argumentarse la importancia que tiene para el Estado dicha materia, relacionada con la obtención de recursos públicos y la satisfacción de necesidades sociales.<sup>84</sup>

Vistas así las cosas, la exclusión de este tipo de disposiciones no debe sorprender; sin embargo, preceptos como los que se analizan no se entienden si paralelamente existen otros que, por un lado, otorgan a los órganos emisores de las normas impugnadas un plazo de noventa días para superar los vicios de inconstitucionalidad de su producto normativo y, por el otro, facultan a la Suprema Corte para establecer en la declaratoria general la fecha a partir de la cual comenzará a surtir sus efectos.

En este contexto, la norma tributaria inconstitucional no quedaría anulada en forma automática, sino que sus creadores tendrían la oportunidad de solventar los vicios existentes previamente a su expulsión del orden jurídico. En el derecho comparado se encuentran ejemplos de cómo las sentencias de algunos tribunales concilian los extremos antes señalados, al mantener la vigencia de leyes tributarias inconstitucionales hasta en tanto se lleven a cabo las modificaciones pertinentes.<sup>85</sup>

---

*declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley (u otra norma con rango de ley) puede ser perjudicial para la sociedad, LANDA ARROYO, César, Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política, Lima, Palestra, 2011, p. 42.*

**84** Así se expuso en el ya invocado Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores: *Este procedimiento de declaratoria no aplicará a las normas generales en materia tributaria. La razón de esto último obedece a la especial importancia que guarda dicha materia en las finanzas públicas y el posible impacto negativo en las mismas en caso de establecer una declaratoria con efectos generales.* Para conocer un análisis de cómo el amparo fiscal influye en la capacidad recaudatoria del gobierno, Cfr. MAYER-SIERRA, Carlos Elizondo, “La industria del amparo fiscal”, *Política y gobierno*, vol. XVI, núm. 2, II semestre de 2009, pp. 349-383.

**85** En la sentencia de 20 de diciembre de 1966 (1 BVR 320/57, 70/63) del Tribunal Constitucional Federal Alemán se dijo: *...el hecho de que la ley del impuesto a las ventas vigente, satisfaga o no la equidad tributaria deseada por el legislador, en la medida que coloca, sin excepción, en igual posición las transacciones externas de las empresas como las de los grupos empresariales, no permite por ahora ni declarar la nulidad de la ley, ni establecer una violación de los derechos fundamentales. [...] El especial significado que tiene la ley del impuesto a las ventas para los ingresos de la federación, pero también para los costos mismos de las empresas y para la determinación general de los precios, no permiten en todo caso, por el momento, declarar la nulidad de la totalidad de la ley [...] Según esto, la ley del impuesto a las ventas deberá mantener, en principio, su actual reglamentación imperfecta, y seguir vigente, en lo que respecta a la rígida igualación de las transacciones externas de las empresas y de los grupos empresariales, a pesar de que se fijen límites temporales,* SCHWABE, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, [trad. de Marcela Anzola Gil], Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 10-11. Néstor Pedro Sagüés también da cuenta de la sentencia emitida en el caso *Naftalin Vs. King*, resuelto por la Corte Suprema de Minnesota: *En concreto, esa Corte Suprema se negó a declarar inconstitucional una suerte*

**5. El estatus de la jurisprudencia sin declaratoria general.** De conformidad con el artículo 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución, cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora y, transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, se emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Lo que la Constitución y la Ley de Amparo no precisan, es qué pasa con la jurisprudencia cuyos efectos generales no se aprueben por la mencionada mayoría. Esto es, se sabe que en términos del punto séptimo, párrafo segundo, del Acuerdo General 15/2013, *Si el proyecto de declaratoria general de inconstitucionalidad no alcanza la votación calificada requerida, se desestimaré el asunto y se ordenará su archivo*, pero surgen dudas acerca de la fuerza que conservará la jurisprudencia no avalada por el tribunal pleno, sobre todo cuando aquélla provenga de las salas o de los tribunales colegiados de circuito (desde ese momento, citando a Tocqueville, perderán parte de su *fuerza moral*).<sup>86</sup>

Aunque formalmente pueda sostenerse que la jurisprudencia sigue siendo obligatoria para todos los tribunales del país, al no haberse activado alguno de los mecanismos previstos en la Ley de Amparo para su superación, no parece congruente que una jurisprudencia cuyo criterio no ha sido avalado por la mayoría de la Suprema Corte conserve el mismo estatus que antes. De ahí que podría analizarse la posibilidad de reformar la Ley de Amparo, con la finalidad de dar certeza jurídica sobre la fuerza vinculante que conservará la jurisprudencia respectiva, si la declaratoria general de inconstitucionalidad no es aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos.

**6. La notificación de la jurisprudencia antes de su validación.** Una futura reforma constitucional tendría que evaluar la pertinencia de conservar el actual

---

*de tributo (pese a entender que colisionaba con la constitución estadual), dado que si así procedía, podía producirse una situación de caos social ante la paralización de un ambicioso programa de obras públicas cuya suerte dependía de la aludida fuente tributaria, SAGÜÉS, Pedro Néstor, La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, pp. 35-36.*

<sup>86</sup> Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis, *op. cit.*, pp. 107-109.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

mecanismo de la declaratoria general de inconstitucionalidad, sobre todo por lo que hace a la jurisprudencia que emitan las salas y los tribunales colegiados de circuito. El sistema de control de la constitucionalidad en México solo permite que sea el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el que tenga encomendada la facultad para expulsar, por efecto de una de sus resoluciones, una norma de carácter general, esto, a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad.<sup>87</sup>

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 constitucional, fracciones I, segundo párrafo y II, último párrafo; 42 y 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7o de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, las sentencias que emita la Suprema Corte en esos medios de control tendrán efectos generales cuando fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

En términos similares, el artículo 43 de la misma Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional establece que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos serán obligatorias para las salas, plenos de circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y de la Ciudad de México, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales,<sup>88</sup> misma votación que se exige para la aprobación de la jurisprudencia del pleno (por reiteración o sustitución), en términos de los artículos 222 y 230 de la Ley de Amparo.

Ese esquema pone de manifiesto el plano de horizontalidad en el que se sitúa la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus relaciones con los otros poderes, concretamente con el Poder Legislativo. El control de la constitucionalidad, como forma de verificación del ejercicio del poder político, hace viable que el órgano

<sup>87</sup> Aunque la bibliografía sobre estos dos medios de control es amplia, *Cfr.* COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 479-744 y BRAGÉ CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 339-427.

<sup>88</sup> *Cfr.* JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TIENEN ESE CARÁCTER Y VINCULAN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO SE APRUEBAN POR OCHO VOTOS O MÁS, tesis P./J. 94/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 12.

cumbre del Poder Judicial pueda expulsar del ordenamiento jurídico un acto del legislador, si éste es contrario a la Constitución.<sup>89</sup>

Desde esta perspectiva, es plenamente congruente con el diseño institucional apuntado que la jurisprudencia del pleno, aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos, sosteniendo la inconstitucionalidad de una norma de carácter general, pueda motivar una declaratoria general en los términos aquí estudiados, pues una decisión de ese tipo resulta equiparable a una sentencia emitida por la propia Suprema Corte en controversias constitucionales o en acciones de inconstitucionalidad.

Pero esto no queda suficientemente justificado cuando el criterio jurisprudencial de inconstitucionalidad no proviene del tribunal pleno, sino de una de las salas (aprobado por cuatro votos) o de un tribunal colegiado de circuito (en los que se requiere unanimidad, esto es, tres votos). Esto significa que una decisión minoritaria en relación con la integración total de la Corte (once ministros) e incluso, una decisión de un órgano no terminal, estarían provocando la actuación del Congreso de la Unión (o de otra autoridad emisora), sin que el criterio jurisprudencial haya sido previamente avalado por el máximo tribunal del país. Lo conveniente sería entonces que, si el actual mecanismo subsiste, la notificación de la jurisprudencia a la autoridad emisora se realice después de que el criterio respectivo haya sido avalado por el pleno de la Suprema Corte por la mencionada votación calificada.

La regulación vigente no toma en cuenta que la jurisprudencia de las salas o de los tribunales colegiados de circuito, una vez notificada a las autoridades emisoras, no es plenamente firme y, por tanto, puede no ser compartida por el máximo tribunal. En el caso de las primeras, es posible que la otra sala sostenga jurisprudencialmente un criterio totalmente diferente y que, llegado el caso, el pleno de la Suprema Corte falle en contradicción de tesis en favor del criterio opuesto al que ya se hubiese notificado a la autoridad emisora.

<sup>89</sup> *...aunque se habla de un poder constituido judicial, compuesto por diversos tribunales, sólo el supremo o de última instancia (suprema corte, Oberstergerichtshof o Corte superior), es el órgano constituido representativo de la función jurisdiccional de gobierno, quedando situados en condición de subordinación a él todos los demás tribunales y juzgados...de tal suerte que el órgano supremo del poder judicial, es el que lo representa en tanto poder constituido, independientemente del número y la jerarquía de los diversos tribunales en que se subdivide para realizar prácticamente sus atribuciones...*, COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría constitucional*, 2a. ed., México, El pliego, 2000, pp. 164-165.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

La inestabilidad de la jurisprudencia es todavía mayor en el caso de los tribunales colegiados, pues las posibilidades de que otros –ya sean del mismo circuito o de uno diferente– sostengan criterios contradictorios son mayores; una jurisprudencia de colegiado es susceptible de entrar en contradicción con las de otros y los plenos de circuito pueden dar la razón al criterio opuesto, si no es así, el debate puede abrirse nuevamente ante las salas y luego ante el pleno. En cualquier caso, la notificación de una jurisprudencia de colegiado a las autoridades emisoras, sin haber sido avalada previamente por la Corte, parece prematura.

Así las cosas, podrían explorarse dos caminos, uno es reservar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la emisión de la jurisprudencia que pueda dar origen a una declaratoria general de inconstitucionalidad;<sup>90</sup> otro, es que la notificación de la jurisprudencia de las salas o de los tribunales colegiados de circuito, se dé solo hasta que el mismo pleno haya tenido la oportunidad de analizarla y, en su caso, validarla.

Es importante mencionar que en el punto cuarto del Acuerdo General 15/2013 se tuvo el propósito de matizar estos aspectos, al considerar que cuando la jurisprudencia relativa a la inconstitucionalidad de una norma general provenga de un tribunal colegiado de circuito y se comuniqué a la presidencia de la Suprema Corte, se analizará si se encuentra pendiente de resolver alguna contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva. De ser este el caso, *no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se dicte el fallo correspondiente en la contradicción de tesis, lo que preferentemente se deberá realizar por el Tribunal Pleno dentro del plazo de noventa días a que se refiere el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional*. Sin embargo, esta reserva solo operaría cuando exista contradicción pendiente de resolver y no aplicaría para el caso de la jurisprudencia de las salas.

<sup>90</sup> En la propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación previamente analizada (véase el apartado III de este trabajo), el grupo redactor comisionado solo contemplaba a la jurisprudencia del tribunal pleno; así, en la exposición de motivos correspondiente se señaló: *Cabe destacar que en el esquema que se propone únicamente tratándose de amparos indirectos en revisión en los que fueron oídas las autoridades que expidieron y promulgaron las normas generales, sólo nuestro Máximo Tribunal funcionando en Pleno, puede hacer la declaratoria con efectos generales. Ni las Salas ni los tribunales colegiados de circuito, ni los juzgados de distrito contarían con tan importante facultad*, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *op. cit.*, p. 152.

Estas observaciones cobran mayor relevancia en la medida que, según lo ha sostenido la Suprema Corte,<sup>91</sup> el análisis de la declaratoria general de inconstitucionalidad no implica *reabrir* el debate que ya se dio, previo a la emisión de la jurisprudencia.

**7. El diálogo con la sociedad y con las autoridades emisoras.** La declaratoria general de inconstitucionalidad es un procedimiento oficioso, que no requiere intervención o instancia de parte. En este sentido, cada vez que se presente el supuesto de hecho (resolución del segundo caso, emisión de la jurisprudencia, incumplimiento de la autoridad en el plazo de noventa días, etcétera), los órganos jurisdiccionales tendrán la obligación de actuar. Es además un procedimiento que se sigue, por decirlo de algún modo, *inaudita parte*,<sup>92</sup> pues antes de la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad no es necesario dar audiencia a la autoridad emisora para que manifieste lo que a su derecho convenga.<sup>93</sup>

En este contexto, cabe mencionar que en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional publicada en 2011 se dijo que: [...] *En ese proceso específico, y a efecto de estar en posibilidad de construir el sentido y alcances de la declaratoria general con gran cuidado, en la ley de amparo deberá conferirse a la Suprema Corte la facultad de llamar a quien estime conveniente a efecto de escuchar sus opiniones antes de tomar una medida de tal trascendencia para nuestro orden jurídico.*<sup>94</sup> En la Ley de Amparo no existe tal disposición.

Así las cosas, podría resultar conveniente que, antes de que la Suprema Corte emita la declaratoria general, se escuche el parecer de la autoridad emisora (sobre todo cuando es el Congreso de la Unión), no para que defienda la constitucionalidad de su acto normativo, lo que ya tuvo la oportunidad de hacer al fungir como parte en los juicios de amparo indirecto de los que derivó la jurisprudencia respectiva,

<sup>91</sup> Sobre todo en las sesiones de 12 y 14 de febrero de 2019, relacionadas con la discusión de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017.

<sup>92</sup> Si bien no hay partes procesales en sentido estricto.

<sup>93</sup> Para utilizar una expresión común en el ámbito procesal.

<sup>94</sup> Véase la *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, presentada en la Cámara de Senadores el 19 de marzo de 2009. Esta misma afirmación se hizo en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, de 10 de diciembre de 2009.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

Junio 2020

sino, sobre todo, para que aporte elementos que permitan a la Corte ponderar los alcances y las consecuencias de su decisión.<sup>95</sup>

Esto no debe parecer extraño. De hecho, en los sistemas que prevén la cuestión de inconstitucionalidad como medio de control, se distinguen con claridad los casos concretos de los que emerge la cuestión, con el procedimiento que se sigue ante el tribunal constitucional, en el curso del cual las autoridades que emitieron la norma cuya constitucionalidad se debate, sí cuentan con la oportunidad de comparecer en su defensa.<sup>96</sup>

Además, sería conveniente que la sociedad y el foro pudiesen formular planteamientos en *pro* o en contra de la norma general que eventualmente puede ser expulsada del ordenamiento jurídico. De ser el caso, podría adoptarse una disposición como la que hoy rige la publicidad de los proyectos de sentencias de amparo, en términos del artículo 73, párrafo segundo, de la Ley de la materia,<sup>97</sup> así como la regulación del *amicus curiae* o la posibilidad de celebrar audiencias públicas.

**8. La votación calificada.** La pertinencia de modificar el número de votos necesarios para emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad tiene que ser evaluada con detenimiento, pues ello implicaría una reforma de mayores alcances al sistema de votaciones que actualmente existe en todos los medios

---

<sup>95</sup> *En resumen, al juez constitucional no puede serle indiferente qué es lo que resuelve, so pretexto de que cumple su tarea si se limita a aplicar automática y asépticamente a la regla constitucional, como si fuese un teorema algebraico o un silogismo puramente lógico. Su papel de Poder del Estado y de operador de una Constitución-instrumento de Gobierno le obliga a meritar y ponderar cuidadosamente las secuelas de sus pronunciamientos, máxime si ellos tienen efectos vinculantes o erga omnes*, SAGÜES, Pedro Néstor, *op. cit.*, p. 36.

<sup>96</sup> Explicando en términos muy generales la mecánica de este medio de control concreto de la constitucionalidad de normas –en perspectiva comparada–, habrá de decirse que comúnmente son los órganos jurisdiccionales ordinarios los que tienen la facultad para elevar la cuestión al tribunal constitucional, cuando dentro del curso de un proceso concreto de su conocimiento tienen duda (*ex officio* o a petición de parte, según el ordenamiento de que se trate) sobre la constitucionalidad de la ley que van a aplicar para la resolución de la controversia en la cual se suscite; siendo que el único órgano que puede juzgar la constitucionalidad de tal acto y, por tanto, pronunciarse sobre su validez, es el propio tribunal constitucional. Esto es, de una *litis* concreta *inter partes*, se deriva un juicio abstracto sobre la constitucionalidad de una norma. *Cfr.* KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 88 y CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>97</sup> Artículo 73. [...] *El Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Tribunales Colegiados de Circuito, tratándose de resoluciones sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma general y amparos colectivos, deberán hacer públicos los proyectos de sentencias que serán discutidos en las sesiones correspondientes, cuando menos con tres días de anticipación a la publicación de las listas de los asuntos que se resolverán.* [...].

de control de la constitucionalidad, en aras de preservar la congruencia del mismo. Esto es, tendría que tomarse en cuenta no solo la votación exigida en las declaratorias generales de inconstitucionalidad, sino también en las controversias constitucionales, en las acciones de inconstitucionalidad y en lo relativo a la aprobación de la jurisprudencia y al *quórum* para sesionar.<sup>98</sup>

**9. Los días útiles.** Además de que los días útiles a los que alude el artículo 232, tercer párrafo, de la Ley de Amparo, carecen de fundamento constitucional, en cuyo artículo 107, fracción II, párrafo tercero, se habla de noventa días naturales sin excepción alguna, sería conveniente analizar su permanencia. Como se constató al analizar la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 6/2017, el plazo de noventa días útiles transcurrió del uno de febrero al dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, esto es, casi un año, dentro del cual el Congreso de la Unión no superó el problema de inconstitucionalidad; además, en el diverso procedimiento 1/2018, relativo a la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de la marihuana, nuevamente la autoridad emisora dejó transcurrir el apuntado plazo (en este caso con el aval de la Suprema Corte).

Lejos de que el amplio periodo que se concede a las autoridades legislativas constituya una regla proporcional o acorde a la periodicidad con la que sesionan, parece que ha constituido un desincentivo para legislar con la urgencia que el caso amerita. Con esto también se pierde de vista que los congresos generalmente cuentan con comisiones permanentes o que pueden convocar a sesiones extraordinarias de ser necesario. En cualquier caso, existen mecanismos legales que llevan a repensar la conveniencia de tener un plazo tan extenso, el cual además –según la experiencia– sigue siendo insuficiente para que el legislador atienda las sentencias de la Corte.

<sup>98</sup> Si bien desde una perspectiva comparada puede decirse que lo común es que las decisiones de los tribunales constitucionales en materia de constitucionalidad de normas tienen eficacia general y vinculan a todos los poderes públicos, lo cierto es que esto se logra a través de medios de control de la constitucionalidad cuyo diseño es acorde con esa clase de efectos. Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *op. cit.*, pp. 99-114 y LUIS ORTIZ, Noé, “¿Qué es un tribunal constitucional?”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 11, núm. 21, enero-abril de 2018, pp. 38-41. ...cada uno de los cuales [medios de control] se diseña conforme a la naturaleza del tipo de acto o decisión cuya constitucionalidad se controlará, lo cual se explica claramente desde el momento en que estructuralmente, no es igual un acto concreto que uno de alcances generales... Cada uno de estos medios de control se aplican para verificar la constitucionalidad de diversos tipos de decisiones de los detentadores formales del poder e inclusive de, un mismo tipo de decisiones, cuyos efectos se producen en condiciones diferentes en un caso y en otro, COVIAN ANDRADE, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIP, 2005, pp. 22-23. Las propuestas para revisar la votación calificada en controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad no son recientes. Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *op. cit.*, pp. 340-352.

## IX. La declaratoria general de inconstitucionalidad en la *Reforma judicial con y para el Poder Judicial*

El pasado 12 de febrero de 2020, fue presentada formalmente una iniciativa de reformas constitucionales y legales que afectan, entre otros preceptos, el régimen jurídico de la jurisprudencia y, por tanto, de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En esencia, se propone eliminar la reiteración de criterios como una de las formas a través de las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede emitir jurisprudencia (este mecanismo subsistiría para los tribunales colegiados de circuito); asimismo, se propone crear la jurisprudencia por precedentes obligatorios, según la cual, *Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.*<sup>99</sup> Esto es, una sola decisión de la Suprema Corte, aprobada por la señalada mayoría calificada, sería suficiente para conformar jurisprudencia y emitir una declaratoria general.

En consecuencia, para el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad se propone lo siguiente. Según el artículo 231 de la Ley de Amparo, *Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá informarlo a la autoridad emisora de la norma en un plazo de quince días.* Esto es, se suprime la *segunda ocasión consecutiva* y la referencia a que las sentencias podrán emitirse *en una o en distintas sesiones* (esto, como consecuencia de la eliminación de la jurisprudencia por reiteración de criterios), y se precisa que la información correspondiente deberá hacerse *en un plazo de quince días.*

---

<sup>99</sup> Cfr. artículos 94, párrafo decimosegundo de la Constitución, 222 y 223 de la Ley de Amparo, ambos del mencionado proyecto de reformas.

Por otro lado, en el artículo 232 se propone que: *Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia en la que determinen la inconstitucionalidad de una norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Nuevamente se elimina la mención a la jurisprudencia por reiteración.

En los artículos 233 y 234 de la propuesta de reformas a la Ley de Amparo se hacen ajustes menores, por ejemplo, el cambio de denominación de los *plenos de circuito* por los *plenos regionales* y la precisión de que *La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la resolución o jurisprudencia que le dio origen*, esto, pues según la iniciativa, la declaratoria también podrá derivar de una sola resolución de la Suprema Corte.

En suma, la *Reforma judicial con y para el Poder Judicial*, por lo que toca a la declaratoria general de inconstitucionalidad, no realiza las modificaciones que, desde el punto de vista expuesto, necesita esta institución.

## X. Conclusiones

La declaratoria general de inconstitucionalidad no significó una superación o modificación de la relatividad de las sentencias. Tanto la Constitución como la Ley reglamentaria continúan estableciendo que las que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda,<sup>100</sup> precisando que cuando el acto reclamado sea una norma general, la sentencia deberá determinar si es constitucional o si debe considerarse inconstitucional. Si se declara la inconstitucionalidad de la norma general impugnada, los efectos se extenderán a todas aquellas normas y actos cuya validez dependa de la propia norma invalidada, pero esos efectos se traducirán en la inaplicación únicamente respecto del quejoso.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Cfr. artículos 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución y 73 de la Ley de Amparo.

<sup>101</sup> Cfr. artículo 78 de la Ley de Amparo.

## La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo

---

Junio 2020

En este contexto, la declaratoria general de inconstitucionalidad no vino sino a confirmar estos efectos del amparo; tan las sentencias no tienen efectos generales, que para ello se creó un procedimiento diverso que sí puede tener esas consecuencias jurídicas.

La relatividad de las sentencias no puede considerarse un defecto estructural del juicio de amparo y tampoco el resultado de un estancamiento evolutivo en comparación con otras instituciones; por tanto, afirmar que ya no es acorde con los tiempos actuales o que carece de justificación, resulta, cuando menos, parcialmente cierto. Si bien la historia ha jugado un papel importante en su configuración –como ya se ha visto–, lo cierto es que paralelamente existen aspectos políticos, técnicos y teleológicos que la justifican y que no pueden pasarse por alto al momento de plantear cambios en su funcionamiento.

Como toda figura jurídica, la regulación de la declaratoria general de inconstitucionalidad es perfectible. A casi diez años de su creación y, sobre la base de los primeros casos resueltos, es posible sugerir algunas propuestas encaminadas a tal propósito.

## XI. Fuentes de consulta

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “La jurisprudencia en la nueva ley de amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 35, México, 2013.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El juicio de amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001.

\_\_\_\_\_, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2006.

CARPISO, Jorge, *La constitución mexicana de 1917*, 5a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2001.

\_\_\_\_\_, *Garantías y amparo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1998.

\_\_\_\_\_, *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974.

CECIL HEADRICK, William, *El control judicial de las leyes*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

COELLO GARCÉS, Clicerio y HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Jurisprudencia por reiteración y declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes en el juicio de amparo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 27, México, Porrúa, enero-junio 2017.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversias constitucional*, México, Porrúa, 2008.

COVIÁN ANDRADE, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIPC, 2005.

\_\_\_\_\_, *Teoría constitucional*, 2a. ed., México, El pliego, 2000.

CRUZ BARNEY, Óscar, “El Supremo Poder Conservador y el control constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho*

**La declaratoria general de inconstitucionalidad  
en el juicio de amparo**

---

Junio 2020

*procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, 2a. ed., [trad. de Luis R. Cuéllar], México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., *Cómo presentó Rejón sus ideas sobre “amparo” a la nación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, Colección “Estudios Jurídicos”, núm. 4.

\_\_\_\_\_, *La vida pasional e inquieta de don Crencio (sic) Rejón*, México, El Colegio de México, 1941.

FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 5a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, México, enero-agosto 1971.

\_\_\_\_\_, “La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, México, 2001.

\_\_\_\_\_, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

\_\_\_\_\_, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.

FLORES CARRILLO, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003.

HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, “La declaratoria general de inconstitucionalidad: análisis del nuevo principio de relatividad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 38, México, 2014.

HERRERA FRAGOSO, Agustín, *La legalización de la marihuana posterior a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*, México, Anaya, 2016.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

LANDA ARROYO, César, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el derecho y la política*, Lima, Palestra, 2011.

LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 4a. ed., México, Imprentas L.D., 1947.

LUIS ORTIZ, Noé, “¿Qué es un tribunal constitucional?”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 11, núm. 21, enero-abril 2018.

\_\_\_\_\_, “Breves reflexiones sobre algunas divergencias entre la Ley de Amparo y sus bases constitucionales”, *Juris Dictio*, año 12, núm. 34, 2014.

\_\_\_\_\_, *Estudios sobre el nuevo juicio de amparo*, México, INADEJ, 2015.

**La declaratoria general de inconstitucionalidad  
en el juicio de amparo**

---

Junio 2020

Manuel Crescencio Rejón. *Pensamiento político*, México, Secretaría de Educación Pública, 1986.

MAYER-SIERRA, Carlos Elizondo, “La industria del amparo fiscal”, *Política y gobierno*, vol. XVI, núm. 2, II semestre de 2009.

MEJÍA GARZA, Raúl Manuel, “Jurisprudencia y declaratoria general de inconstitucionalidad”, en COSSÍO DÍAZ, José Ramón, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MEJÍA GARZA, Raúl Manuel (coords.), *La nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2015.

MORENO CORA, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Lito Impresiones Macabsa, 1992.

NARVÁEZ H., José Ramón, *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del Juicio de amparo en la Península Yucateca*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007

NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, vol. 16, núm. 2, Madrid, 2013.

NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993.

PANTOJA MORÁN, David, *El supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México-El Colegio de Michoacán, 2005.

RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional y El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000.

SAGÜÉS, Pedro Néstor, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

SCHWABE, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, [trad. de Marcela Anzola Gil], Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, *Nuevo paradigma regulatorio de la cannabis en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

TENA RAMÍREZ, Felipe, “La expansión internacional del amparo mexicano”, *La justicia*, vol. 23, núm. 401, septiembre 1963.

\_\_\_\_\_, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009.

\_\_\_\_\_, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008.

URIBE BENÍTEZ, Óscar, *La sentencia ilustrada de la Suprema Corte de Justicia sobre los derechos correlativos al autoconsumo de marihuana*, México, Editorial Flores, 2016.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

# ACCIONES AFIRMATIVAS: ENTRE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA

---

Saúl Pérez Trinidad

## **SUMARIO:**

*I. Introducción*

*II. Igualdad de género*

*III. Igualdad y equidad de género*

*IV. Igualdad jurídica e igualdad sustantiva*

*V. Acciones afirmativas*

*VI. Principio de igualdad jurídica*

*VII. Discusión*

*VIII. A manera de conclusiones*

*IX. Fuentes de consulta*

# Q uórum **130** Legislativo

## I. Introducción

Las acciones afirmativas constituyen una estrategia, una manera de actuar, una herramienta que, emergida para contrarrestar la discriminación racial, se ha instalado en diferentes ámbitos –incluido el género– para reivindicar garantías individuales y derechos fundamentales de grupos que, históricamente han sufrido trato desigual y discriminatorio, como el género femenino. Tales acciones tienen la pretensión de lograr la igualdad de facto, que trasciende los planes y programas gubernamentales, así como la creación normativa o igualdad jurídica, ya que se trata de la igualdad de hecho, del logro de la igualdad en los planes fácticos de la vida.

Las referidas acciones afirmativas implican un trato preferencial en el acceso a ciertos derechos, oportunidades, recursos, servicios o bienes, a favor de los grupos desfavorecidos históricamente, aunque esto implique entrar en una posible contradicción con algunos principios jurídicos, como el mismo principio de igualdad jurídica, principio de no discriminación, principio de igualdad de oportunidades, principio de la observancia general de la ley, entre otros, que han provocado, tanto en la teoría como en la *praxis*, que esta nueva diferencia implique una nueva desigualdad.

En el ámbito de la igualdad de género, las acciones afirmativas se instalaron como una práctica discursiva que trascendió en la elaboración de leyes que supusieron regímenes especiales de atención hacia el género femenino, como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, donde se atiende el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres y niñas. Dicha focalización provocó que la atención del fenómeno de la violencia se particularizará en la variable género, con resultados que aún no son posibles de considerarse como favorables, en virtud de que a más de 10 años de que dicha ley entrará en vigor, la violencia no solo no ha disminuido, sino que, además de su aumento estadístico, ésta también se ha diversificado.

Como parte de los estudios de género, las acciones afirmativas han recibido críticas, tanto a favor como en contra, estas segundas se han centrado en que provocan discriminación y desigualdad. Un ejemplo de ello, lo

constituyeron las llamadas cuotas de género, que obligaban a la suma o agregación de las mujeres hasta completar una cuota, no importando los perfiles, experiencia y capacidades. Dichas cuotas fueron el precedente de la actual paridad de género. Además de esta consideración y como ya mencionamos, las acciones afirmativas podrían suponer un conflicto con algunos principios de derecho, ya que al ser acciones que privilegian a un sector, por ese mismo hecho, podrían significar acciones perjudiciales para otro.

Ese es el problema que este artículo aborda, es decir, si las acciones afirmativas entran en contradicción con el principio de igualdad jurídica y, de ser el caso, cuáles son las formas en que se pueden solventar tales contradicciones, específicamente en el ámbito de la igualdad de género.

Para ello, investigamos las tres variables que planteamos: la igualdad de género, las acciones afirmativas y el principio de igualdad jurídica, para pasar al análisis de la problemática señalada, la relación entre las acciones afirmativas y el principio de igualdad jurídica, reflexionando en torno a las posibles contradicciones que se pudieran presentar.

## II. Igualdad de género

La igualdad entre los géneros es un ideal de la sociedad contemporánea, que ha encontrado en las diversas escuelas del feminismo a su referente teórico más importante. El feminismo ha atravesado por diversos momentos en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres y de la igualdad de género, por ello es pertinente realizar un breve recorrido histórico.

### A. Orígenes

Debemos realizar una aclaración respecto de las diversas acepciones que sobre el estudio de las mujeres han adoptado las diversas posturas feministas, como refiere Teresita de Barbieri, cada uno de los términos empleados para referirse a este campo de conocimiento tienen alcances

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

distintos y corresponden a momentos diferentes de la reflexión y la investigación. Estudios de la mujer fue la primera formulación que abordó la subordinación de la población femenina. Tiempo después la investigación demostró que las condiciones de mujeres y varones eran muy diferentes en un mismo espacio y tiempo, con lo que nació el concepto de estudios sobre las mujeres, para abordar la diferencia de condiciones entre hombres y mujeres. Los estudios de género enfatizan los aspectos específicos de construcción social y su carácter relacional, por último, los estudios feministas enfatizan la voluntad política que subyace al análisis de los anteriores, para la superación de la desigualdad de género.<sup>1</sup>

Como es posible observar en la referencia anterior, los conceptos *estudios de la mujer*, *estudios sobre las mujeres*, *estudios de género* y los *estudios feministas* suponen una evolución teórica y conceptual en torno a este campo de estudio, que nos permiten ubicar el desarrollo y los alcances de dichas figuras, además de contextualizar adecuadamente los estudios feministas, en tanto estudios que ponen el acento en la voluntad política de los actores, es decir que acentúan la importancia de la participación política en el logro de la igualdad de género.

Muchas son las autoras que han realizado una investigación histórica del feminismo en el mundo, la mayoría de ellas coincide en ubicar a la Revolución Francesa como el evento histórico donde es claramente discernible el inicio de ese movimiento y esta coyuntura histórica no es casualidad, ya que es el mismo desarrollo de la humanidad, quien llevo a considerar privilegiadamente a la ideología igualitaria y racionalista del iluminismo, como el paradigma que debía prevalecer en todos los ámbitos de la actividad social. Esto aunado a las nuevas condiciones de trabajo surgidas a partir de la Revolución Industrial, donde se empezó a privilegiar la producción a gran escala, creando la necesidad de más mano de obra, tuvo, entre otras derivaciones, la incorporación de las mujeres al ámbito laboral, por lo que dichas mujeres participaron por primera vez en los espacios públicos.

---

<sup>1</sup> DE BARBIERI, Teresita, "Acerca de las propuestas metodológicas feministas", en Bartra, Eli (comp.), *Debates en torno a una metodología feminista*, 2da. Edición, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2002, p. 103.

Dentro de estos inicios destaca una de las primeras feministas de la historia: Olympe de Gouges, quien en su ya célebre Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791, afirmaba que los *derechos naturales de la mujer están limitados por la tiranía del hombre, situación que debe ser reformada según las leyes de la naturaleza y la razón*.<sup>2</sup>

Por su parte, Mary Wollstonecraft escribe en 1792 la *Vindicación de los derechos de la mujer*, planteando demandas impensables para la época: igualdad de derechos civiles, políticos, laborales y educativos, y derecho al divorcio como libre decisión de las partes.<sup>3</sup> Esta autora señaló la conexión existente entre el sistema absoluto de los reyes y las relaciones de poder entre los sexos y denunció que los hombres ejercían una verdadera tiranía absolutista sobre las mujeres en el ámbito de la familia y la casa.

En el siglo XIX, Flora Tristán vincula las reivindicaciones de la mujer con las luchas obreras, de esta forma publica en 1840 *L'Union Ouvrière*, en donde clama por la necesidad de los trabajadores de organizarse y aboga por su unidad universal, es decir, que la emancipación de los trabajadores debía ir unida a la emancipación de la mujer.<sup>4</sup> Es esta autora la creadora de la consigna Proletarios del mundo, únios. De esta manera se convierte en la primera mujer en hablar del socialismo y de la lucha de la clase proletaria, haciendo énfasis en el sufrimiento de las mujeres, así señala *la mujer es la proletaria del proletariado ... hasta el más oprimido de los hombres quiere oprimir a otro ser: su mujer*.<sup>5</sup>

Como es de apreciarse mediante un ejercicio retrospectivo, y tal como nos muestra la historia, los principios del Iluminismo cuestionaban el régimen anterior, la forma de gobierno monárquica, al mismo tiempo que proclamaba la igualdad, no obstante; la práctica, durante esa etapa histórica

<sup>2</sup> GOUGES, Olympe de, Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, 1791, <http://generoydiversidad.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/51/2016/02/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-de-la-Mujer-y-de-la-Ciudadana.pdf>.

<sup>3</sup> BERDASCO GARCÍA, Ma. L., *Acciones para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, España, Ediciones Radio, S. Coop. And., 2018, p. 147.

<sup>4</sup> *Ídem*.

<sup>5</sup> Con lo que deja claro el plano que las mujeres ocupaban en esa época, dentro de la injusticia sufrían injusticia, dentro de la opresión sufrían opresión y dentro de la desigualdad sufrían desigualdad.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

(como en algunas otras), demostró que ésta no era extensible a las mujeres, de esta forma, es de apreciarse que la Revolución Francesa no cumplió con sus demandas, y las mujeres advirtieron que debían luchar en forma autónoma para conquistar sus reivindicaciones, en virtud de que los ideales que se pregonaban eran en función del género masculino, así la igualdad del iluminismo era una igualdad, pero no para todos y todas.

Para Susana Gamba,<sup>6</sup> fue en los Estados Unidos de América y en Inglaterra donde el feminismo tuvo mayor fuerza y repercusión.

Para muchas autoras feministas, es posible agrupar el desarrollo de este pensamiento en tres momentos históricos claramente identificables entre sí. De esta manera, la filósofa Ana de Miguel<sup>7</sup> señala que el feminismo empieza en el momento en que se articulan, tanto en la teoría como en la práctica, un conjunto coherente de reivindicaciones y las mujeres se organizan para conseguirlas, conscientes de la existencia de la discriminación sexual, este es el caso de las llamadas olas de feminismo que a continuación abordamos, ya que el análisis histórico es fundamental para recordar el camino recorrido, sus causas y sus alcances, y en el caso específico de esta investigación, para precisar el recorrido realizado para llegar al planteamiento de las acciones afirmativas.

### B. Primera ola

Amelia Valcárcel<sup>8</sup> afirma que el feminismo tiene su nacimiento en la Ilustración porque como resultado de la polémica ilustrada sobre la igualdad y diferencia entre los sexos, nace un nuevo discurso crítico que utiliza las categorías universales de su filosofía política, pero de ello no cabe deducir que la Ilustración sea feminista. Tal como refiere Victoria Camps:

*... el feminismo es un hijo de la Ilustración, pero un hijo no querido.  
Nació porque algunas mentes ilustradas –mujeres todas ellas, con*

---

<sup>6</sup> GAMBA, Susana, *Diccionario de estudio de Género y Feminismos*, Ed. Biblos, España, 2008.

<sup>7</sup> DE MIGUEL, Ana, “El feminismo a través de la historia I. Feminismo premoderno”, *Mujeres en red. El periódico feminista*, 2007- 01, recuperado de <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1309>.

<sup>8</sup> Cfr. VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 2008.

*alguna contadísima excepción— lo concibieron, lo trajeron al mundo y el nuevo vástago fue creciendo y reproduciéndose, cada vez con más ímpetu, de generación en generación. El feminismo remata una Ilustración que, sin las reivindicaciones feministas, no se habría completado. No tenía sentido, en efecto, proclamar la mayoría de edad del ser humano sin percibir siquiera que las mujeres seguían en minoridad perpetua. Ni lo tenía hablar de «ciudadano» para decir sólo «varón», ni escribir «libertad» para dar a entender exclusivamente «libertad masculina». Pero así era. La revolución de la mujer fue pausada pero constante, ininterrumpida. Aun así, hasta los años ochenta del pasado siglo, ha habido resistencia a incorporar el movimiento feminista al pensamiento político. De un modo más bien teórico se aceptaba que era importante lo que las mujeres decían, pero esa importancia iba acompañada de una indiferencia real y casi absoluta hacia los contenidos y propuestas feministas.<sup>9</sup>*

La primera ola, también conocida como la ola del feminismo ilustrado, reivindica principalmente la ciudadanía de las mujeres, sus principales características son:<sup>10</sup>

- Su duración se extiende desde la Revolución Francesa hasta mediados del siglo XIX.
- El debate teórico se centra en la igualdad de la inteligencia y la reivindicación de la educación.
- Fundamenta sus reivindicaciones en el pensamiento del Siglo de las Luces, a pesar de que muchos autores ilustrados, como Rousseau desplazasen a la mujer a un segundo plano dentro del estado liberal.
- Sus autoras clave son Poullain de Barre, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft, así como las ciudadanas que presentaron en 1789 a la Asamblea francesa su *cuaderno de reformas*, que incluía ya el derecho

<sup>9</sup> CAMPS, V., “El hijo no querido de la Ilustración”, *Revista de Libros*, Segunda época, No. 157, enero de 2010, recuperado de [https://www.revistadelibros.com/articulo\\_imprimible.php?art=4544&t=articulos](https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4544&t=articulos).

<sup>10</sup> Cfr. VALCÁRCEL, A., *La memoria colectiva y los retos del feminismo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2001, pp. 7-14.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

al voto, la reforma de la institución del matrimonio y la custodia de los hijos, además del acceso a la instrucción.

Este periodo de la historia es muy importante para el feminismo, ya que en este momento histórico los derechos de la mujer comienzan a estar presentes en las tribunas políticas e intelectuales. De esta manera, Condorcet, padre del laicismo en la enseñanza, escribe en 1790 el opúsculo *Sobre la admisión de las mujeres en el derecho de la ciudad*, donde señalaba que los hechos han probado que los hombres tenían o creían tener intereses muy diferentes de los de las mujeres, puesto que en todas partes han hecho contra ellas leyes opresivas o, al menos, establecido entre los dos sexos una gran desigualdad. Este autor entonces planteaba por vez primera la exclusión de las mujeres de la misma y reconociendo que la negativa a obtener el status de ciudadanas de pleno derecho era otro factor de desigualdad.<sup>11</sup>

En esta ola se exige la abolición de los privilegios masculinos, y que se otorgaran a la mujer derechos matrimoniales, a los hijos, al trabajo, a la capacitación profesional, a la educación y al voto.

### Segunda ola

A la segunda ola se le conoce también como la ola del feminismo liberal sufragista. En ella se reivindica principalmente el derecho al voto de las mujeres, una de sus obras más destacadas es *El sometimiento de la mujer*, de John Stuart Mill y Harriet Taylor, publicado en 1869, en ella se establecen las bases del sufragismo. Sus principales características son:<sup>12</sup>

- Su duración se extiende desde mediados del siglo XIX hasta la década de los cincuenta del siglo XX.
- Comienza con la *Declaración de Sentimientos de Seneca Falls*, que se publicó en el año de 1848, después de la primera Convención sobre los Derechos de la Mujer, que se considera como el texto fundacional

---

<sup>11</sup> SLEDZIEWSKI, Elizabeth G., “La Revolución Francesa. El giro”, en DUBY, GEORGES Y PERROT, Michelle (comps.), *Historia de las mujeres en Occidente*, vol. IV: El siglo XIX, Madrid, Taurus, Santillana, 2000, p. 63.

<sup>12</sup> Cfr. VALCÁRCEL, A., *La memoria colectiva y... cit.*, pp. 14-20.

del feminismo estadounidense. Entre 100 y 300 mujeres y hombres pertenecientes a movimientos sociales y organizaciones, lideradas por Elisabeth Cady Stanton y Lucrecia Mott, se reúnen en el Seneca Falls (EE.UU.) y, tomando como base la declaración de independencia norteamericana, reclaman la independencia de la mujer de las decisiones de padres y maridos, así como el derecho al trabajo, al que daban prioridad por encima del derecho al voto. Los doce principios formulados exigen cambios en las costumbres y moral de la época y en la consecución de la plena ciudadanía de las mujeres.

- En Inglaterra aparecen las sufragistas, lideradas por Emmeline Pankhurst, y el debate sobre el sufragio universal se hace cada vez más intenso. Durante la primera mitad del siglo XX, se va incorporando a las legislaciones democráticas, a veces limitada en edad o estrato social. Es la primera reivindicación pacifista e introduce el término de solidaridad.
- Socialmente, el activismo se extiende a las clases media y baja. También se vincula a otras causas de derechos civiles, como la abolición de la esclavitud en Estados Unidos. En este sentido, destaca la figura de Sojourner Truth y su discurso ¿Acaso no soy mujer? (*Ain't I a woman*) de 1851.
- Continúan, en paralelo al derecho al voto, las reivindicaciones sobre el acceso a la educación y, a partir de 1880, algunas profesoras comienzan a admitir mujeres en las aulas universitarias, aunque todavía es algo excepcional. Antes, la mujer fue logrando acceso a la educación primaria y secundaria, aunque todavía bajo el pretexto de ser buena madre y esposa.

Como vemos, en este momento se exige el sufragio universal, la educación superior, el acceso a las profesiones y a cargos de todo tipo, las condiciones laborales y los derechos y deberes matrimoniales equiparables a los de los varones. Trabajan y median por la paz. Vindican la condición de libres e iguales, también para ellas. En esta ola del feminismo, las mujeres realizan una gran cantidad de acciones en el ámbito de lo público, de esta manera escriben y publican una gran cantidad de textos emancipatorios, se reúnen

y asocian, intercambian ideas y experiencias, se manifiestan, realizan actos de oposición a las autoridades, desafían al poder, se oponen al matrimonio *obligado*, investigan y practican el control de la natalidad, exigen igual salario, se declaran librepensadoras, se enfrentan a sus correligionarios de izquierdas exigiendo coherencia con las ideas de justicia e igualdad a sus compañeros y camaradas, exigen, incluso de la Iglesia, mayor apertura de miras y consideración de iguales.<sup>13</sup>

Para González García, si bien el movimiento de las sufragistas fue criticado porque se circunscribió a las problemáticas de las mujeres de clase media, es importante señalar que sentó los antecedentes para que más adelante, la mayoría de los países occidentales reconocieran el derecho al voto a la mujer.<sup>14</sup>

### **Tercera ola**

La tercera ola, también llamada del feminismo contemporáneo, modifica de manera radical la escala de valores y pugna porque se legisle en aspectos considerados antes como privados. Sus obras de referencia son *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir, y *La mística de la femineidad*, de Betty Friedan, una característica de esta ola fue el uso del lema *lo personal es político*, para hacer referencia a la problemática que la mujer vivenciaba en el ámbito de su confinamiento, es decir, el ámbito doméstico-privado, además de ubicar al patriarcado como una de las principales causas de la opresión de las mujeres. Sus principales características son:<sup>15</sup>

- Comienza con los movimientos sociales de la década de 1960 (el pacifista llevado a cabo por los hippies, el de la lucha contra la discriminación racial llevado a cabo por los negros y contra la discriminación religiosa llevado a cabo por los judíos) hasta la actualidad, aunque algunas teóricas marcan el punto final en la década de los años 80 del siglo pasado. Esta ola del feminismo logró avanzar en sus luchas contra la desigualdad

---

<sup>13</sup> *Ídem*.

<sup>14</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, M., A., *Breve recorrido por la historia del feminismo*, recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/historiagenda/articulo/download/65416/57344>.

<sup>15</sup> *Ib.* pp. 23-26.

social, beneficiado por el progreso de las técnicas anticonceptivas, que lograron separar, en el imaginario social, la sexualidad de la maternidad.

- Se lucha contra la mujer como estereotipo sexual en los medios de comunicación, el arte y la publicidad. Los años cincuenta definen un tipo de femineidad, de la que se hace propaganda en la televisión y el cine. Los sesenta y setenta reflexionan acerca de esos modelos y se enfrentan a ellos.
- Se exige la abolición del patriarcado: se toma consciencia de que más allá del derecho al voto, la educación y otros logros de las primeras olas feministas, es la estructura social la que provoca desigualdades y sigue estableciendo jerarquías que benefician a los varones.
- Con el lema que ya mencionamos *lo personal es político* entran en el debate la sexualidad femenina, la violencia contra la mujer, la salud femenina, el aborto o la contracepción, entre otros.
- Desde los años ochenta, adquieren especial importancia las diversidades femeninas, el multiculturalismo, la solidaridad femenina y el debate, cada vez más intenso, entre diferentes corrientes del feminismo.

En esta etapa se consolida el pensamiento feminista, se construyen figuras conceptuales como el patriarcado, así como de las desigualdades y discriminaciones de sexo-género. Se acuñan términos, se describen las injusticias como impuestas por las culturas y no por la naturaleza. Las mujeres logran incorporarse en mucha mayor medida a la educación secundaria y superior y a oficios, empleos y profesiones. Aparecen como candidatas elegibles y electoras. Influyen y presionan en las instituciones internacionales, nacionales y locales. Publican, crean, usan anticonceptivos, exigen derechos en el matrimonio y consiguen el divorcio, proclaman y practican el amor libre, regulan y controlan su fecundidad, se organizan social y profesionalmente como feministas y como lobbies.

En esta ola se cambian códigos y legislaciones. Se reivindica fuertemente la despenalización del aborto. Se legislan y practican políticas de igualdad

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

de género. Se extiende la coeducación y la escuela mixta se generaliza. Surgen corrientes y afiliaciones diversas, a veces opuestas o disyuntivas: doble militancia o no; feminismo socialista, radical o liberal; feminismo de la igualdad o de la diferencia, ciber y ecofeminismo. Se enriquecen las propuestas y crecen las feministas influyentes: representantes sociales, académicas, lideresas sindicales, políticas.<sup>16</sup>

### Perspectiva de género

Dentro de esta última ola de feminismo, podemos ubicar, en tanto marco teórico, al feminismo con perspectiva de género, que se diferencia del feminismo de la igualdad y del feminismo de la diferencia esencialista, y que constituye una forma distinta de observar la realidad, una forma de abordar los diferentes objetos de estudios de una manera más abarcativa e integradora que contempla la complejidad de las relaciones sociales, ya que el género permite comprender a cualquier sujeto social cuya construcción se apoye en la significación social de su cuerpo sexuado con la carga de deberes y prohibiciones asignadas para vivir. Las mujeres y los hombres no conforman clases sociales o castas; por sus características pertenecen a la categoría social de género, esto es, son sujetos del género.

La perspectiva de género permite ubicar en el plano del análisis la estructura androcéntrica de la sociedad, ya que mediante ésta es posible analizar y reconocer las maneras en que se conforman los poderes correspondientes a cada género y las relaciones de poder entre ambos. Asumir la perspectiva de género requiere un gran esfuerzo y conduce a una revolución intelectual interna de tipo personal y a una revolución cultural de las mentalidades. Es, como señala Michel Foucault al referirse al acto revolucionario, la conmoción de la microfísica y la microfísica del poder.

La perspectiva de género ha señalado puntualmente que lo anterior implica una redistribución de los poderes sociales, la transformación de los mecanismos de creación y reproducción de esos poderes, para reconstruir la opresión y la enajenación de género y crear ejercicios alternativos del

---

<sup>16</sup> *Ídem*.

poder; la construcción de procesos para mejorar la calidad de vida de mujeres y hombres; y el desarrollo de opciones sociales dignas, así como una cultura que se corresponda con el nuevo paradigma que ponga en el centro lo humano compuesto por las mujeres y los hombres, la igualdad como el principio de las relaciones de género y la construcción de una mejor calidad de vida y libertad.

Desde la perspectiva de género se cuestiona el predominio de un género o la posición androcéntrica de la humanidad, con base en la cual se crean la ciencia, las leyes, las instituciones y costumbres que rigen las estructuras sociales y que mediante los procesos de relación social - socialización- se practican y refuerzan en cada ámbito familiar, escolar, laboral, cultural, etc.

Así la construcción social del género influye en la construcción de las sociedades, en la distribución de los bienes y recursos disponibles, en la posibilidad de tomar decisiones, de tener oportunidad de participar en el desarrollo humano y social. En fin, la historia muestra que muchos de estos bienes han estado por años sólo en manos del género masculino: la tierra, el capital, la producción de riquezas, las instituciones sociales, estatales, institucionales y familiares y hasta la propia cultura.

Ahora bien, consideramos que la intención de eliminar realmente la desigualdad, no tiene como objetivo reivindicar esferas psicológicas, sociales o culturales separadas para hombres y mujeres, ya que la investigación a propósito de los mecanismos reforzadores de las divisiones y desigualdades, no puede ser nunca para ratificar la división, sino más bien para el planteamiento de alternativas abarcadoras que eliminen las fronteras de género.

### III. Igualdad y equidad de género

**E**n este momento de la presente investigación, pensamos que es necesario realizar una precisión en torno al uso de los términos igualdad y equidad, en virtud de tener connotaciones distintas y dado que, después de este apartado, procedemos a analizar la igualdad jurídica y la igualdad

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

sustantiva, es necesario aclarar el uso de estos términos, con el objetivo de que no haya equivocaciones en el empleo preciso de los conceptos.

Los términos igualdad y equidad han sido empleados históricamente como sinónimos, aunque son semánticamente distintos y, dado que de cada concepto se desprenden implicaciones diferenciadas, no son asimilables el uno al otro.

Igualdad fue el término inicialmente empleado en la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos, convirtiéndose en la perspectiva y medida prioritaria. Tiempo después y dentro de la construcción de la visión de sociedades justas, fue desplazado por el término equidad, no obstante, este último concepto en la actualidad ha provocado que diversas personas, grupos y comunidades justifiquen discriminaciones e incumplimiento de derechos.

Durante la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer llevada a cabo en Pekín en el año 1995, se presentó una importante discusión en torno a los conceptos de igualdad y equidad. Finalmente, la posición del Caucus de Derechos Humanos en dicha conferencia fue la que prevaleció, consiguiendo que en la mayoría de los párrafos de la Plataforma de Acción se mantuviera el término igualdad.<sup>17</sup>

Sin embargo, en América Latina se apoyó la sustitución del término igualdad por el de equidad ya que pensaron que si se hablaba de equidad en vez de igualdad quedaría claro que lo que se pretendía no era una igualdad formal y androcéntrica, sino una igualdad real ya que la experiencia les había demostrado que la igualdad garantizada en las leyes y constituciones, no había dado los frutos esperados.

No obstante, la sustitución del término igualdad por el de equidad no trajo los beneficios esperados, porque la equidad es a lo sumo una meta social de la cual los gobiernos pueden excusarse aludiendo a toda clase de

---

<sup>17</sup> FACIO, Alda, *Superando obstáculos para la transversalidad de Género en América Latina y el Caribe*, Colectivo de Investigación, Desarrollo y Educación entre Mujeres, A.C., recuperado de <http://www.cidem-ac.org/>.

justificaciones, mientras que la igualdad es un derecho humano y por lo tanto una obligación jurídica de la que no se pueden sustraer los Estados.

Así el sociólogo chileno Manuel Antonio Garretón menciona que:

*En tanto la equidad apunta a la igualdad de oportunidades individuales para la satisfacción de un conjunto de necesidades básicas o aspiraciones definidas socialmente, la igualdad apunta a la distancia entre categorías sociales respecto del poder y la riqueza, o si se quiere del acceso de instrumentos que determinan el poder sobre lo personal y el entorno. Una sociedad puede ser a la vez equitativa y desigual.<sup>18</sup>*

Y en sentido inverso, alguna medida puede ser igualitaria, pero no necesariamente equitativa. La equidad entonces significa que cada uno recibe lo que le corresponde o lo que merece, según lo asignado socialmente. La igualdad, en cambio, implica recibir el mismo trato sin considerar las diferencias. Igualdad es tener los mismos derechos ante la ley; el derecho humano a la igualdad siempre va aparejado al derecho humano a la no discriminación, tal como se puede apreciar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) y todos los otros instrumentos legales internacionales de derechos humanos, ya que estos garantizan la igualdad y prohíben la discriminación por cualquier causa.

Con la equidad no sucede lo mismo porque la equidad no está aparejada a la no discriminación, de manera que según se entienda lo que es justo para las mujeres, así será la equidad que se les otorgue.

Ahora bien, desde la teoría de los derechos humanos la igualdad exige tratamiento no discriminatorio en todos los sentidos, es decir; exige un tratamiento que redunde en el goce pleno de los derechos humanos por ambos géneros, de todas las edades, de cualquier origen étnico, no

<sup>18</sup> GARRETÓN Manuel Antonio, "Igualdad, ciudadanía y actores en las políticas sociales", *Revista de Ciencias Sociales (CI)*, Chile, núm. 9, 1999, pp. 41-52.

importando nacionalidad, etc. Para poder cumplir con esto, el principio de igualdad requiere que a veces se les dé un tratamiento idéntico a mujeres y hombres, y a veces un tratamiento distinto. En virtud de que uno de los principios fundamentales del derecho constitucional y de la teoría de los derechos humanos establece que es discriminatorio tratar a diferentes como si fueran idénticos y en consecuencia, el principio de igualdad exige que el derecho y las políticas públicas no traten a mujeres y hombres como si fueran idénticos.<sup>19</sup>

Desde esta perspectiva se hace evidente que la igualdad, desde el marco de los derechos humanos, no promueve la exigencia de trato idéntico, sino que exige la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres a través de las acciones de los Estados.

A esta igualdad se le ha llamado sustantiva, porque se refiere precisamente a la igualdad (de hecho, de facto) en derechos. Para Ferrajoli, esta igualdad no es otra cosa que la idéntica titularidad, protección y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los y las titulares somos entre sí diferentes.<sup>20</sup>

En síntesis, la igualdad entre mujeres y hombres puede ser definida como *trato idéntico o diferenciado entre hombres y mujeres que resulta en una total ausencia de cualquier forma de discriminación contra las mujeres por ser mujeres, en lo que respecta al goce y ejercicio de todos sus derechos humanos*.<sup>21</sup>

La importancia de la garantía de igualdad, radica en que los derechos humanos serían inútiles sin ella, porque habría miles de justificantes para limitarlos en razón del sexo, la etnia, edad, habilidad, orientación sexual, etc.

---

19 FACIO, Alda, *La igualdad sustantiva un paradigma emergente en la ciencia jurídica*, Colectivo de Investigación, Desarrollo y Educación entre Mujeres, A.C., recuperado de <http://www.cidem-ac.org/>.

20 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 82.

21 FACIO Alda, *Op. cit.* Aquí es necesario puntualizar que el concepto de igualdad, prohíbe expresamente la discriminación en contra de la mujer, pero no la discriminación en contra del hombre, porque esto último entraría en contradicción con las acciones afirmativas, o con las medidas especiales de carácter temporal, tal como veremos más adelante.

En virtud de lo anterior, los Estados adquirieron la obligación de reconceptualizar la igualdad de conformidad con lo planteado por la CEDAW y construir una teoría jurídica y social que resulte en una igualdad real entre mujeres y hombres.

Es necesario mencionar que el Comité de la CEDAW le realizó observaciones a nuestro país, en el sentido de emplear el término igualdad en sustitución del término equidad, porque ambos transmiten mensajes distintos y el empleo indiscriminado de ellos, sólo producen confusión conceptual, que no abona al logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.<sup>22</sup>

Al respecto el Instituto Nacional de las Mujeres refiere que:

*La igualdad, tal como está establecida en la CEDAW, no se propone hacer iguales a mujeres y hombres, sino garantizar la igualdad en el goce y el ejercicio de los derechos de ambos; en pocas palabras, se trata de que en nuestras sociedades haya igualdad de trato, igualdad en el acceso a las oportunidades e igualdad de resultados.<sup>23</sup>*

Es evidente que el concepto de igualdad trae aparejados los conceptos de igualdad jurídica e igualdad sustantiva, que son necesarios de retomar en este trabajo de investigación.

## IV. Igualdad jurídica e igualdad sustantiva

Uno de los conceptos más trascendentes del feminismo, lo constituye, sin duda alguna, el de igualdad sustantiva, para distinguirse del de igualdad jurídica.

<sup>22</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, CEDAW/C/MEX/CO/6, 7 a 25 de agosto de 2006, párrafos 18 y 19.

<sup>23</sup> Instituto Nacional de las Mujeres, recuperado de [www.inmujeres.gob.mx](http://www.inmujeres.gob.mx).

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

La igualdad jurídica como su nombre lo indica, se refiere a la igualdad que se obtiene en el texto de la ley, es decir, se trata del reconocimiento de los derechos de las mujeres en los ordenamientos vigentes de un determinado territorio, no obstante, tal igualdad no garantiza que en lo fáctico, que en la realidad, que en el trato, tal igualdad se cumpla, en virtud de ello, se propone y acuña el término igualdad sustantiva, para referirse a la igualdad de hecho, que se logra cuando las mujeres ven reflejada en su vida práctica la igualdad, el ejercicio pleno de sus derechos humanos y el acceso a las mismas oportunidades que los varones.

La igualdad de todas las personas ante la ley (y en la ley) está establecida en distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que proveen una base fundamental para la exigibilidad y el logro de la igualdad entre mujeres y hombres en los hechos. Al mismo tiempo, los instrumentos legales constituyen un referente para la formulación de políticas públicas y para la demanda de la sociedad para el cumplimiento de las leyes.

A esta acepción de igualdad considerada en la CEDAW, se le denomina igualdad formal o de *jure* que se refiere a que los derechos humanos son comunes a todas las personas, hombres y mujeres. Implica que haya tratamiento idéntico a mujeres y hombres, en lo relativo, por ejemplo, al acceso a bienes y servicios, a ser electas, a gozar de la misma libertad de expresión que los hombres, etcétera. El derecho de igual protección de la ley significa que ésta no puede ser aplicada de manera distinta a personas en situaciones similares, y que no puede ser aplicada de forma idéntica a personas en situaciones diferentes.

Al respecto, en los párrafos 8 y 9 de la Recomendación General 25, del 2004, del Comité de la CEDAW se señala:

*“8. En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es*

*suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado.*

*En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer. 9. La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia”.*<sup>24</sup>

Es decir, que el Comité interpreta que no basta con que la igualdad entre las mujeres y los hombres se refleje en el plano de la formalidad, es decir, en el plano normativo, en virtud de que tal igualdad no es siempre una igualdad de resultados, por lo que es evidente que la igualdad jurídica no conlleva, necesariamente, la igualdad de facto, por ello, se habla de igualdad sustantiva, para referirse a la igualdad que, implica, pero que también trasciende a la igualdad jurídica.<sup>25</sup> Los factores para que la igualdad jurídica no garantice la igualdad de resultados pueden ser muchos, entre los más importantes pueden ser la no observancia y la inaplicación de la ley, pero consideramos que principalmente se debe a que son intentos aislados, desarticulados y atomizados, por lo que finalmente terminan por ser inútiles.

<sup>24</sup> ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, *La hora de la igualdad sustantiva. Participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe hispano*, ONU-Mujeres, México, 2015, p. 15.

<sup>25</sup> Luigi Ferrajoli llama a esta acción *falacia garantista*, para señalar que es falsa la creencia de que las buenas razones del derecho y una buena técnica jurídica, bastan para la protección de los derechos.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

Al respecto y de acuerdo con la CEDAW, los Estados Parte no sólo están obligados a sentar las bases legales para que exista igualdad formal entre mujeres y hombres; es necesario asegurar que haya igualdad de resultados o de facto: igualdad sustantiva. En este sentido, si bien es cierto que la promulgación de leyes y la elaboración e instrumentación de políticas públicas en favor de las mujeres es un gran avance, para alcanzar la igualdad sustantiva es necesario que las leyes y políticas garanticen que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres en las distintas esferas sociales y personales y exista un contexto propiciatorio para lograrlo en los hechos, es decir, implica la obligación del Estado para remover todos los obstáculos para que la igualdad se alcance en los hechos.

La CEDAW establece una serie de obligaciones que los Estados Parte deben observar para lograr la igualdad sustantiva o igualdad de facto. Por su carácter legalmente vinculante, la CEDAW compromete a los Estados Parte a respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres. La Convención brinda un entendimiento fundamental de la igualdad de género y es, al mismo tiempo, una visión y una agenda para la acción hacia el logro de la igualdad de resultados. Así, mientras que la igualdad formal se refiere a la adopción de leyes y políticas que tratan de manera igual a hombres y mujeres, la igualdad sustantiva alude a la igualdad en los hechos, en los resultados, asegurando que las desventajas inherentes de determinados grupos no se mantengan.

*La igualdad sustantiva supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas ejercer plenamente sus derechos y tener acceso a oportunidades de desarrollo mediante medidas estructurales, legales o de política pública.<sup>26</sup>*

Una vez que hemos hablado sobre los conceptos de igualdad jurídica e igualdad sustantiva, resulta evidente que son las bases conceptuales, o son la evolución conceptual que sirvió para construir el concepto de acciones afirmativas, que es una figura jurídica empleada para lograr la igualdad y evitar la discriminación, y que, como ya hemos mencionado,

---

<sup>26</sup> *Ídem.*

ha sido empleada en diferentes ámbitos de la vida social. A continuación, procedemos a su análisis.

## V. Acciones afirmativas

Las acciones afirmativas, como ya hemos señalado, nacen en un contexto de discriminación racial, se trata de instrumentos jurídicos o figuras jurídicas conceptualizadas como medidas compensatorias de la desigualdad histórica que sufría la comunidad afroamericana, sobretodo en el ámbito del trabajo, por lo que se trata, también, de la lucha por el reconocimiento de los derechos civiles y laborales.

La expresión de *affirmative action* aparece por primera ocasión en el *News Deal Wagner Act* de 1935 y fue definida como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) de Estados Unidos, al tratar de remediar los hábitos de los empleadores al discriminar a la gente afroamericana.<sup>27</sup>

En virtud de lo anterior, el origen de la acción afirmativa debe ubicarse en el sistema jurídico norteamericano, donde se establecieron medidas precisas, concretas y obligatorias, para proteger y salvaguardar las garantías individuales, a favor de la comunidad afroamericana.

Para Nuria González Martín,<sup>28</sup> la acción afirmativa constituye una política de protección preferencial, bien ejecutada, que no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro lado, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado.

Esta autora señala que para la constitución de la acción afirmativa se realizó un recorrido que transitó de la igualdad de trato, a la prohibición de la discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y de esta, a políticas de *Affirmative Action*, es decir acciones positivas, en las que se pretende igualar las condiciones del punto de partida.

<sup>27</sup> REYES, A., A., *Acciones afirmativas*, Cámara de Diputados, México, 2008, p. 9.

<sup>28</sup> Cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas*, México, CONAPRED, 2005, p. 321.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

Para ella, es importante reflexionar que:<sup>29</sup>

1. *Un trato igualitario, a través del principio de igualdad, resulta insuficiente porque no todas las personas han tenido las mismas posibilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera y estaríamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida.*

2. *Una prohibición de discriminación, muy diferente del principio de igualdad, como garantía constitucional, que no tiene, realmente, significado si además de constituir un principio, no formula una obligación, por parte del Estado o incluso del sector privado, de actuar; de proteger; promover y compensar a los grupos vulnerables por aquellas discriminaciones históricas y a veces no tan históricas.*

3. *Una igualdad de oportunidades, que hay que construir diferenciadamente, que nivele igualdad como medida de justicia social con un beneficio común.*

4. *Y por último y ante el aumento de discriminaciones, debemos reclamar acciones positivas que traten de paliar las desigualdades de hecho y de derecho, con un doble objetivo:*

*a. Encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada históricamente (con un factor de temporalidad),*

*b. Igualdad sustancial, material o de hecho en los resultados, no sólo una mera igualdad formal.*

Como es posible apreciar, un elemento fundamental de las acciones afirmativas lo constituyen las cuotas, ya que la igualdad sustantiva, implica que las mujeres ocupen numéricamente, los mismos espacios, ya sea de decisión o no, que los varones, de esta forma, ante igualdad de calificación,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 321-323.

las acciones afirmativas obligan a decidir por el representante del grupo protegido (y en desigualdad histórica) por encima del representante del grupo no protegido.

## **A. Acciones afirmativas e igualdad de género**

Como ya hemos mencionado, las acciones afirmativas son un instrumento jurídico empleado para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Son consideradas como medidas especiales de carácter temporal que parten del reconocimiento de que históricamente hombres y mujeres han recibido un acceso diferenciado a los bienes y servicios de una sociedad, así como a las oportunidades de desarrollo. Su objetivo es acortar la brecha entre los sexos llevando a cabo acciones que favorezcan a las mujeres como una forma de compensar la discriminación que han padecido en el pasado y que aún padecen en la actualidad.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, dispone en su artículo 4, lo siguiente:

*1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.*

*2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.*

Además, el Comité de dicha Convención, señala que:

*El término ‘medidas’ abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o*

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

*apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas.*<sup>30</sup>

De esta manera, los Estados parte de la CEDAW están obligados a instrumentar medidas especiales de carácter temporal para eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida pública de un país, en el ámbito educativo, en el ámbito laboral, en la salud, en la vida económica y social, en la impartición de justicia y en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, entre otras.

No omitimos señalar que el Comité de la CEDAW refiere que llamar a las medidas especiales de carácter temporal *acciones afirmativas*, *acciones positivas* o *medidas positivas* no es adecuado, pues advierte que esas expresiones son ambiguas puesto que han surgido de debates y prácticas de distintos países y no necesariamente comprenden las medidas especiales de carácter temporal mencionadas en la Convención. Por lo que en todo caso, es necesario tener presente el espíritu de las medidas como mecanismos compensatorios para hacer realidad la igualdad sustantiva, pues tratan de eliminar formas de discriminación que pueden ser el resultado de personas, la ideología de género dominante o de instituciones sociales y culturales.<sup>31</sup>

## VI. Principio de igualdad jurídica

Como hemos planteado al inicio de este trabajo, las acciones afirmativas pueden suponer conflicto con algunos principios de derecho, tal como se puede apreciar en la siguiente cita:

---

<sup>30</sup> Comité CEDAW, Recomendación General 25.

<sup>31</sup> Como es de notarse, nosotros empleamos el término acciones afirmativas en ese trabajo, en virtud de la extensión del mismo, ya que se emplea, tanto en la vida práctica como en la producción teórica de muchas disciplinas científicas, no obstante cuando nos referimos a las medidas especiales de carácter temporal, lo hacemos dentro del ámbito de la igualdad de género, para estar en congruencia con lo expresado por el Comité de la CEDAW y para homologar el uso indiscriminado de los términos.

*Las distintas enunciaciones del “tratamiento diferenciado positivo” no son recíprocamente equivalentes ni políticamente ingenuas. Se le ha denominado “acción afirmativa” (Affirmative Action) por parte de sus defensores abiertos y por parte de las agencias gubernamentales norteamericanas encargadas de la promoción de las oportunidades de grupos como las mujeres y las minorías étnicas; se le ha denominado “tratamiento preferencial” (Preferential Treatment) por parte de quienes han buscado una enunciación más neutra frente a la polarización política del debate; se le ha denominado “discriminación inversa” (Inverse Discrimination o Reverse Discrimination) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio; e incluso se ha llegado a nombrar como “discriminación afirmativa” (Affirmative Discrimination) por un autor tan renombrado como Nathan Glazer para evidenciar la ironía de una medida supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación. Algunas variaciones como “discriminación compensatoria” (Compensatory Discrimination) pueden también ser registradas.<sup>32</sup>*

En razón de ello, analizamos el principio de igualdad jurídica ya que, como hemos planteado, pudiera entrar en conflicto con las acciones afirmativas, señalando primeramente, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que los principios generales del derecho:

*“... deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico jurídicos de generalización, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos “principios”, que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando*

32 RODRÍGUEZ ZEPEDA, J, *Un marco teórico para prevenir la discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en LÓPEZ VELA, V., “Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel”, *Revista de Filosofía open insight*, México, vol.7, no.12 jul./dic., 2016.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

*aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir “principios generales del derecho”, las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra”.*<sup>33</sup>

El principio de igualdad jurídica, constituye uno de los elementos más importantes de todo sistema normativo, puesto que en él se disponen de elementos que prohíben los actos de discriminación, ya que propugna que, ante situaciones iguales, se otorgue el mismo trato a las personas, y en sentido contrario, es decir, ante situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas.

En nuestra Constitución Federal, este principio está contemplado en diversos artículos, pero encuentra en el quinto párrafo del artículo primero su enunciado normativo fundamental:

### *Artículo 1o. ...*

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

Como podemos observar el principio de igualdad jurídica conlleva necesariamente el principio de no discriminación, puesto que son elementos indisolublemente ligados e interdependientes, de tal manera que su consecución no es posible sino se presentan de manera conjunta, es decir, para lograr la igualdad es necesaria e imprescindible la no discriminación, y la no discriminación nos conduce siempre al cumplimiento del principio de igualdad.

---

<sup>33</sup> PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, [Tesis aislada] 357113, Quinta Época. Fuente Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, p. 2642.

Del precepto constitucional transcrito, es posible derivar que el principio de igualdad conlleva la prohibición de todo tratamiento diferenciado o desigual, que no esté contemplado en ese mismo texto constitucional.

Al respecto debemos resaltar también que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no prevé situaciones de igualdad sustantiva, como si lo hacen otras constituciones en otros países.<sup>34</sup> No obstante México está suscrito a la CEDAW, donde sí se establecen este tipo de normas y, dado que se trata de derechos humanos, dicha ley se eleva a rango constitucional.

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prevé este principio de la siguiente forma:

### ***Artículo 1.***

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

### ***Artículo 2.***

*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía*

<sup>34</sup> Como es el caso de la Constitución colombiana, véase al respecto BRITO MELGAREJO, R., *El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

### Artículo 7.

*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

Este principio también es observable en otros instrumentos del derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## VII. Discusión

Como ya habíamos planteado desde el inicio de esta investigación, y como ya han abordado otros autores, las acciones afirmativas, también llamadas discriminación positiva, discriminación inversa, discriminación compensatoria y discriminación afirmativa, en tanto figuras jurídicas concebidas para lograr la igualdad sustantiva, pueden suponer un conflicto con el principio de igualdad jurídica, en virtud de que se trata, como su nombre lo indica de discriminación, aunque su acepción sea *positiva* o *afirmativa*, tal adjetivo deviene de que tales actos de discriminación, combaten otra discriminación, y son consideradas *positivas* o *afirmativas*, en virtud de ello, es decir, en razón de que combaten un tipo de discriminación, aunque pudieran causar otro tipo de la misma, de tal suerte que para el grupo social en desventaja supondrá una *acción afirmativa* o *discriminación positiva*, mientras que para el grupo social al que le será impuesta, por ese hecho, será una *discriminación negativa* o solo discriminación, o algún tipo de *acción negativa*.

Al respecto se han construido en la esfera filosófica y jurídica una serie de argumentos que analizamos a continuación.

Uno de ellos, es considerar que estas acciones crean regímenes jurídicos especiales (lo cual es jurídicamente válido), en contraposición del derecho común, en ese sentido Villoro Toranzo señala:<sup>35</sup>

*... la norma es general porque no se dirige a una persona en particular sino a una totalidad, categoría o generalidad de personas, que podrá ser muy extensa o también restringida; por ejemplo, todos los ciudadanos o solo los comerciantes, o, todavía más restringida, los comerciantes que sean comisarios de una sociedad anónima. Por eso se dice también que la norma es una regla general, es decir, una pauta o modelo de conducta, a la que deben ajustarse las conductas concretas.*

En este comentario de Villoro Toranzo, se aprecia que la norma es general, no solo cuando está dirigida a toda la población, sino también cuando se dirige a una generalidad de personas. Entonces la norma es general cuando no se dirige a una persona en particular, sino cuando se dirige a toda la sociedad o a una parte de ella, definida previamente.

Esta dirección de la ley ha dado lugar a lo que se conoce como derecho especial, en contraposición al conocido derecho general, el primero se refiere al derecho que se aparta de la regla general y es relativo a clases especiales de personas, cosas y relaciones, mientras que el segundo es aplicable a toda la colectividad.<sup>36</sup>

Entonces, el derecho especial separa a determinadas clases especiales de personas, cosas y/o relaciones de la esfera del derecho general, para insertarlas en una disposición especial.

Para Tardío Pato, una definición comúnmente aceptada la proporciona De Castro cuando enfrenta al derecho común con el derecho especial. El primero se refiere al *conjunto de las disposiciones destinadas a reglamentar la vida*

35 VILLORO, T., M. *La norma jurídica y sus caracteres*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx>.

36 Cfr. ENNECERUS, Kippy Wolffg, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pp. 182-183.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

Junio 2020

*social considerada en su totalidad. Y el segundo es aquel que contiene normas sólo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas.*<sup>37</sup>

Esto podría suponerse contrario al principio de igualdad jurídica, no obstante, para Bobbio la especialización o especificación del derecho, deriva del principio de justicia, según el cual deben ser tratadas de igual modo las personas que pertenecen a la misma categoría.

*Es bastante normal el caso de que la aplicación de una norma dirigida a regular un determinado comportamiento de una categoría de personas ponga de relieve ... la presencia de una categoría especial a la que no conviene la disciplina general y, de ahí, la exigencia, para respetar las reglas de la justicia y para no regular de manera igual a personas pertenecientes a categorías distintas, de derogar la disciplina de la norma general y de crear una norma especial. En otras palabras, el paso de la regla general a la especial derogatoria corresponde a una natural diferenciación de categorías y a un gradual descubrimiento, por parte del legislador o del juez, de esta diferenciación: representar el proceso de progresiva adecuación de la regla de justicia a las articulaciones de la realidad social hasta el límite ideal del tratamiento distinto para cada individuo, que es la exigencia eterna de la equidad como justicia del caso concreto, expresada en la máxima suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo). La primacía de la norma especial sobre la general es la expresión de la exigencia del camino de la justicia, que nos gusta a menudo representar como procedente de lo abstracto a lo concreto, de la legalidad a la equidad. En favor de la norma especial hay una presunción de mayor justicia, precisamente porque el ideal del ordenamiento justo es aquel en el que se da a cada uno lo que le corresponde, por la singularidad que le distingue como persona frente a las demás personas.*<sup>38</sup>

<sup>37</sup> DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 111, en Tardío Pato J., A., *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003.

<sup>38</sup> BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, España, Ed. Debate, 1990, p. 350, en TARDÍO PATO J., A., *El principio de...* op. cit., p. 195.

De esta manera, para Bobbio, la justicia opera ya sea como diversificación de lo desigual o como unificación de lo igual. Y no entra en conflicto con el principio de igualdad, ya que como ha señalado Paladin, la ley igual para todos no es aquella que contiene una disciplina idéntica para la totalidad del supuesto de hecho abstracto contenido en ella, sino la norma común a cualquier situación que objetivamente no requiera o no consienta una regla diferenciada.<sup>39</sup>

Es decir, la igualdad de la ley se refiere a una aplicación diferenciada, para el caso de dirigirse a partes de la sociedad diferenciada, porque de no hacerse de esta manera, la norma, por ese hecho sería desigual.

En el mismo sentido de lo anterior, Bobbio señala que el principio de especialidad no solo no tiene por qué ser lesivo del principio de igualdad, sino que incluso es una exigencia de tal principio, en su vertiente de necesidad de trato diferenciado a categorías diferenciadas, para evitar la denominada “desigualdad por indiferenciación”, cuando la equidad exige un trato diferente entre categorías desiguales.<sup>40</sup>

Entonces las leyes especiales se insertan en esta lógica de derecho especializado, en contraposición al derecho general y por ese mismo hecho cumple con el principio de igualdad.

Por otro lado, algunos críticos sostienen que las acciones afirmativas atentan en contra del principio de igualdad frente a la ley de todos los ciudadanos y, por ende, son injustas. Para reforzar lo anterior utilizan principalmente dos argumentos: primero, que los grupos históricamente débiles pueden verse doblemente lastimados al ser considerados en la repartición de oportunidades no por su esfuerzo, capacidad o talento, sino por su pertenencia a tal o cual grupo menos aventajado; segundo, señalan que los individuos beneficiados por las acciones afirmativas no son los que originalmente fueron dañados y, por lo tanto, dicha compensación es injusta.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> PALADIN, L., *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, EdD, tomo XIV, p. 527, en Tardío Pato J., A., *El principio de...* op. cit., p. 196.

<sup>40</sup> TARDÍO PATO J., A., *El principio de...* op. cit., p. 197.

<sup>41</sup> COWAN, J., L., “Inverse discrimination”, 1995, en *The Affirmative Action Debate*. Routledge: New York, en LÓPEZ

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

Para explicar esta situación Ronald Dworkin, emplea un ejemplo en el cual se expone que al asumir el amor equitativo de un padre por sus hijos -y dada una escasez hipotética de medicinas-, éste tiene que elegir si dar la dosis restante al hijo moribundo o al hijo levemente enfermo. Una primera manera de solucionarlo sería dejarlo al azar, lanzando una moneda; la segunda manera sería dar la mitad de la dosis a cada uno de los hijos, aunque se reduzcan significativamente las oportunidades de recuperación del hijo moribundo; finalmente, queda dar la dosis completa al hijo moribundo a pesar de que continúen los malestares del hijo levemente enfermo: *Yo tengo dos hijos, uno está muriendo de una enfermedad, mientras que el otro sólo tiene síntomas menores: yo no muestro igual preocupación si lanzo una moneda y decido a quién de los dos debo darle la dosis sobrante de medicina.*<sup>42</sup>

En este ejemplo hipotético queda claro que las acciones afirmativas presentan un problema de carácter ético y jurídico, en virtud de que, al proponer eliminar la discriminación para un grupo *históricamente* desfavorecido, proponen la discriminación para un grupo *históricamente* favorecido; así al hacer justicia se comete una injusticia.

En estos dos argumentos, uno a favor y uno en contra de las acciones afirmativas, queda claro que es un problema que no se ha podido solucionar, aunque se han planteado alternativas desde otros ángulos de la ciencia jurídica, tal es el caso de Rawls y su teoría de la justicia, que aunque no menciona específicamente a las referidas acciones afirmativas, si trata el problema de la discriminación histórica sufrida por ciertos grupos sociales, que provocan que en la actualidad se vean comprometidos sus derechos, y que, por lo tanto, deban ser atendidos de manera diferenciada por el derecho y por la teoría de la justicia.

Si bien es cierto que la sociedad es desigual y discriminatoria, aunque sus leyes indiquen lo contrario, las acciones para contrarrestar estos *efectos históricos* no debieran provocar discriminación alguna en ninguna persona.

---

VELA, V., "Acción afirmativa y equidad: un... *op. cit.*

42 DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Londres: Bloomsbury, 2012, en LÓPEZ VELA, V., "Acción afirmativa y equidad: un... *op. cit.*

En el caso que nos ocupa en este artículo, por ejemplo, las acciones de compensación para las mujeres no debieran suponer acciones de discriminación para los hombres, porque ese hecho provoca desigualdad, aunque el argumento jurídico diga que provocará lo contrario.

Lo anterior es así, porque el argumento de la discriminación histórica en contra de *grupos vulnerables*, no es un argumento epistemológicamente válido, por el hecho de que los actores son otros, es decir, quienes fueron discriminados y quienes se favorecieron de dicha discriminación en la historia, no disfrutarán ni sufrirán (según sea el caso) de esta discriminación positiva, en ese sentido la acción compensatoria, termina por compensar a otros actores y discriminar a quienes no tuvieron participación en la acción discriminatoria.

Ahora bien, si se piensa como argumento que la estructura de la sociedad, tal como se encuentra en la actualidad, es generadora de patrones que provocan discriminación y que no abonan en la igualdad, entonces las acciones, afirmativas o no, debieran centrarse en cambiar dicha estructura, y no conformarse con paliativos sociales como resultan las *acciones afirmativas* (o bien las medidas especiales de carácter temporal) en el contexto de un mundo posmoderno-capitalista-globalizado que pregona la competencia como uno de sus valores fundamentales, sin reparar en que es esa competencia la que provoca desigualdad. El término antagónico de la competencia es la cooperación, pero la cooperación no encaja dentro de un mundo donde uno de sus fundamentales valores radica en que la idea de progreso esta aparejada en la idea de la acumulación de capital, que desde luego produce competencia.

Lo que queremos señalar con el anterior argumento, es que para que esta sociedad funcione como lo hace, son precisas ciertas acciones de dominación-subordinación, tal como lo refiere Foucault, cuando afirma:

*Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos;*

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

*son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento. La familia, incluso hasta nuestros días no es el simple reflejo, el prolongamiento del poder de Estado; no es la representante del Estado respecto de los niños, del mismo modo que el macho no es el representante del Estado para la mujer. Para que el Estado funcione como funciona es necesario que haya del hombre a la mujer o del adulto al niño relaciones de dominación bien específicas que tienen su configuración propia y su relativa autonomía.<sup>43</sup>*

Así es el lugar del trabajo o la función social que se desempeñe: ser obrero, miembro de la clase media o capitalista, o ser presidente, médico, científico, analfabeta, delincuente, padre o hijo, hombre o mujer, maestro o alumno, jefe o subalterno, lo que finalmente determina las actitudes del individuo dentro de las maquinarias específicas de poder, y no las características de personalidad que les caracterice, es decir, no su subjetividad que los constituye como personas.

En este sentido, lo que se vuelve necesario para el funcionamiento del Estado son los diversos roles de dominación-subordinación, es decir que alguien sea el detentador del poder y que lo ejerza, y que alguien lo padezca. Ahora bien, históricamente los grupos donde se ha personificado el poder son el Estado, los hombres, los médicos, los maestros, etc. Sin embargo, no por el hecho de serlo en sí mismo, sino porque la dinámica del poder los ha ubicado en ese sitio. Es por ello que las críticas a tales ejercicios de poder, deberían estar centradas no en quien detenta el poder, sino en las relaciones de poder que generan diferencias radicales en las formas de vida de todos los grupos sociales, para no repetir los esquemas de poder que son deseables erradicar.<sup>44</sup>

Por lo que pensamos que, si el argumento de las acciones afirmativas lo constituye la discriminación histórica de las mujeres, tal argumento no está dotado de la suficiente fortaleza epistémica para provocar acciones

---

<sup>43</sup> FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Madrid, Ed. La piqueta, 1980, p. 157.

<sup>44</sup> PEREZ TRINIDAD, S., *Empoderamiento femenino ¿factor de protección o factor de riesgo de la violencia doméstica?*, tesis de maestría en Política Criminal, UNAM, 2007, p. 19.

compensatorias, por el hecho, ya señalado, de la imposibilidad de compensar a quienes sufrieron esa discriminación.

También pensamos que, si el argumento se ancla en que la estructura de la sociedad es discriminatoria, entonces lo que debe cambiarse es la estructura de la sociedad, lo que implica, desde luego, un cambio radical en el modo de producción, implica una nueva cosmovisión, donde la igualdad se imponga como valor genuino y no en función del modo de producción. Porque en la actualidad, las acciones afirmativas resultan ser acciones aisladas que se justifican promoviendo la igualdad, pero que se insertan en un sistema de producción de discriminación y desigualdad. En este sentido Fromm refiere que:

*... deben recibirse con cierto escepticismo algunas conquistas generalmente celebradas como signos de progreso, tales como la igualdad de las mujeres... los aspectos positivos de esa tendencia a la igualdad no deben engañarnos. Forman parte del movimiento hacia la eliminación de las diferencias. Tal es el precio que se paga por la igualdad: las mujeres son iguales porque ya no son diferentes... Hombres y mujeres son idénticos, no iguales como polos opuestos. La sociedad contemporánea predica el ideal de la igualdad no individualizada, porque necesita átomos humanos, todos idénticos, para hacerlos funcionar en masa, suavemente, sin fricción; todos obedecen las mismas órdenes, y no obstante, todos están convencidos de que siguen sus propios deseos. Así como la moderna producción en masa requiere la estandarización de los productos, así el proceso social requiere la estandarización del hombre, y esa estandarización es llamada <<igualdad>>.<sup>45</sup>*

Tal vez la idea que subyace en el argumento que ahora criticamos, se ancla en una visión dicotómica de la sociedad, que contempla a la realidad siempre en pares, una sociedad donde se establece que se es blanco o negro, alto o bajo, fuerte o débil, joven o viejo, niño o adulto, hombre o mujer, y que por lo tanto es reductiva de la gran complejidad del fenómeno humano, y que

<sup>45</sup> FROMM, Erich, *El arte de amar*. México, ed. Paidós Mexicana, 2005, pp. 25 y 26.

además segmenta, atomiza y refuerza un tipo específico de sociedad donde las relaciones de poder-dominación son esenciales para el mantenimiento del Estado.

## VIII. A manera de conclusiones

Es necesario, para quien esto escribe, empezar este apartado con la reflexión de que, en tanto hombre, me encuentro inmerso en relaciones de género que me han formado en la manera en que entiendo la realidad, y deseo hacer una puntualización en que este sesgo, podría orientar mis percepciones, no obstante, el ejercicio aquí realizado ha tratado de observar rigor epistémico, sistemático y multidisciplinario, con el objetivo de que el conocimiento generado pudiera, en un momento, resultar de utilidad.

En la *Discusión* dejamos claro que las acciones afirmativas suponen un problema, ya sea que se consideren como medidas acertadas o como medidas no acertadas, existen teóricos que defienden sus posicionamientos en ambos sentidos, nosotros pensamos que es necesario reflexionar en que tales acciones, en el ámbito de la igualdad de género, están pensadas en *individuos no relacionales*, es decir, en individuos aislados que no interactúan y, que por lo tanto se benefician aisladamente de las acciones afirmativas, nos explicamos, las medidas especiales de carácter temporal, podrían, en un primer momento, beneficiar a las mujeres, en tanto integrantes de un grupo socialmente desfavorecido, y la acción afirmativa podría resultar con efectos altamente benéficos para ellas, no obstante, las mujeres, al ser un grupo social, que como todos, interactúan, tienen relación con hombres, que pueden (casi necesariamente es así) ser integrantes de sus mismas familias, pero estos hombres pudieran ser discriminados positivamente, por lo que los efectos de dicha discriminación en contra de los hombres, pudiera resultar perjudicial para ellas mismas.

En el mismo sentido pudiera expresarse la discriminación positiva que un hombre pudiera sufrir, en relación con la aplicación de la medida especial de carácter temporal, ya que dicho hombre tiene relación con

mujeres que –incluso- pudieran depender de él,<sup>46</sup> y que por esta acción afirmativa, la discriminación en contra del hombre terminaría reflejando una discriminación en contra de una mujer, que, por ese hecho, podría ser una especie de discriminación terciaria, o una discriminación que extiende sus efectos a terceras personas.

Un ejemplo de lo que acabamos de señalar ocurre cuando, por medio de una acción afirmativa, se da preferencia a una mujer para ocupar algún puesto laboral, en perjuicio de un hombre que, igualmente calificado como ella, tiene *la problemática*, para ese caso, de ser hombre y de tener que ser discriminado positivamente. No obstante dicho hombre, en su aspecto *relacional genérico*, o en sus relaciones de género, es padre de niñas, que dependen, en múltiples sentidos, incluido el económico, de él y que, por lo tanto, sufrirán el efecto perjudicial de la discriminación positiva.

Otro ejemplo lo constituye el caso expuesto por una catedrática de derecho en la Universidad de Buenos Aires Argentina, cuando reflexionaba en torno a estas medidas, pues siendo madre de dos hijos, una mujer y un varón y señalaba que en el caso de que su hija fuera beneficiada por alguna de estas medidas, ella estaría de acuerdo, pero que en el caso de que su hijo fuera discriminado positivamente, ella estaría en desacuerdo.<sup>47</sup>

Estos ejemplos dejan claro que las medidas especiales de carácter temporal y las acciones afirmativas, si van a ser empleadas, deberían hacerlo de manera particularizada y en función de otros *factores de relación*, en virtud de que el género es siempre relacional y no se presenta de forma única ni de forma aislada, sino que, por el contrario, introduce una vasta complejidad que no puede ser reducida al entendimiento de que es necesaria una acción compensatoria, en virtud de que el género femenino históricamente ha sufrido discriminación. Solo de esta manera las acciones afirmativas pudieran insertarse dentro de una lógica que promueva la igualdad.

<sup>46</sup> Sabemos que es deseable que mujeres y hombres gocen de independencia y que la afirmación de la dependencia de las mujeres a los hombres (en tanto pares) es deseable de erradicar, pero existen relaciones de dependencia que se dan entre mujeres y hombres que no tienen esta característica, donde la dependencia está más ligada a factores de parentesco y de edad, como son los casos de padres e hijas y de hijos y madres de edad avanzada y que deben ser pensadas en las diferentes políticas que pudieran implementarse.

<sup>47</sup> Encuentro Binacional México-Argentino sobre Derecho Público, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2014.

## Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y el principio de igualdad jurídica

---

Junio 2020

De lo contrario, la justificación de las políticas de compensación, propugnarían por un cambio de posición o de poder, pero creemos que el objetivo no es cambiar una discriminación por otra, ni de discriminar a quienes, se piensa, no han sido discriminados, no se trata, en suma, de que sean otros los discriminados, sino que las acciones positivas eliminen la discriminación, que promuevan que la diferencia no implique discriminación ni desigualdad para nadie. Una solución adecuada para todos, implica que pueda ser justa para la colectividad, aun en el caso de que también tenga que ser adecuada para un grupo en especial, es decir, la medida compensatoria para un grupo especial, no debiera implicar ningún tipo de descompensación en perjuicio de nadie.

## IX. Fuentes de consulta

BERDASCO GARCÍA, Ma. L., Acciones para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, España, Ediciones Radio, S. Coop. And., 2018.

BOBBIO, N., Contribución a la Teoría del Derecho, Ed. Debate, España, 1990, p. 350.

BRITO MELGAREJO, R., El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/9.pdf>.

CAMPS, V., “El hijo no querido de la Ilustración”, Revista de Libros, Segunda época, No. 157, enero de 2010, recuperado de [https://www.revistadelibros.com/articulo\\_imprimible.php?art=4544&t=articulos](https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4544&t=articulos).

COWAN, J., L., “Inverse discrimination”, 1995, en The Affirmative Action Debate. Routledge: New York.

DE BARBIERI, Teresita. Acerca de las propuestas metodológicas feministas, en Bartra, Eli (comp.), Debates en torno a una metodología

feminista, 2da. Edición, México. Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2002, p. 103.

DE CASTRO, F. Derecho Civil de España, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

DE MIGUEL, Ana, “El feminismo a través de la historia I. Feminismo premoderno”, Mujeres en red. El periódico feminista, 2007- 01, recuperado de <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1309>.

DWORKIN, R., Taking Rights Seriously, Londres: Bloomsbury, 2012.

ENNECERUS, Kippy Wolfgf, Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, pp. 182-183.

FACIO Alda, “Superando obstáculos para la transversalidad de Género en América Latina y el Caribe”. Colectivo de Investigación, Desarrollo y Educación entre Mujeres, A.C. Disponible en <http://www.cidem-ac.org/>.

FACIO Alda, La igualdad substantiva un paradigma emergente en la ciencia jurídica. Colectivo de Investigación, Desarrollo y Educación entre Mujeres, A.C. Disponible en <http://www.cidem-ac.org/>.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, la ley del más débil, Madrid, Trota, 1999.

FOUCAULT, M., Microfísica del poder. Ed. La piqueta, Madrid, 1980.

FROMM, Erich, El arte de amar. México, ed. Paidós Mexicana, 2005.

GAMBA, Susana, Diccionario de estudio de Género y Feminismos, Ed. Biblos, España, 2008.

GARRETÓN Manuel Antonio, “Igualdad, ciudadanía y actores en las políticas sociales”, Revista de Ciencias Sociales (CI), Chile, núm. 9, 1999.

**Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y  
el principio de igualdad jurídica**

---

Junio 2020

GONZÁLEZ GARCÍA, M., A., Breve recorrido por la historia del feminismo, recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/historiagenda/articulo/download/65416/57344>.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas, CONAPRED, México, 2005, p. 321.

GOUGES, Olympe de, Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, 1791, <http://generoydiversidad.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/51/2016/02/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-de-la-Mujer-y-de-la-Ciudadana.pdf>.

PALADIN, L., Eguaglianza (diritto costituzionale), EdD, tomo XIV.

PEREZ TRINIDAD, S., Empoderamiento femenino ¿factor de protección o factor de riesgo de la violencia doméstica?, tesis de maestría en Política Criminal, UNAM, 2007, p. 19.

REYES, A., A., Acciones afirmativas, Cámara de Diputados, México, 2008.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, J., Un marco teórico para prevenir la discriminación, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

SLEDZIEWSKI, Elizabeth G., “La Revolución Francesa. El giro”, en DUBY, GEORGES Y PERROT, Michelle (comps.), Historia de las mujeres en Occidente, vol. IV: El siglo XIX, Madrid, Taurus, Santillana, 2000.

TARDÍO PATO J., A., El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. Revista de Administración Pública Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003. VALCÁRCEL, A., Feminismo en el mundo global, Cátedra, Madrid, 2009.

VALCÁRCEL, A., Feminismo en el mundo global, Madrid, Cátedra/ Universitat de Valencia/ Instituto de la Mujer, 2008.

VALCÁRCEL, A., La memoria colectiva y los retos del feminismo, Santiago de Chile, CEPAL, 2001.

VILLORO, T., M. La norma jurídica y sus caracteres. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx>.

### *Normatividad nacional*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  
Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

### *Normatividad internacional*

Comité CEDAW, Recomendación General 25.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, CEDAW/C/MEX/CO/6, 7 a 25 de agosto de 2006.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, La hora de la igualdad sustantiva. Participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe hispano, ONU-Mujeres, México, 2015, p. 15.

**Acciones afirmativas: entre la igualdad de género y  
el principio de igualdad jurídica**

---

Junio 2020

ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, La igualdad de género, recuperado de <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20mexico/documentos/publicaciones/2015/01/foll%20igualdadg%208pp%20web%20ok2.pdf?la=es&vs=419>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

*Otros*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, Pág. 2642.

Instituto Nacional de las Mujeres, recuperado de [www.inmujeres.gob.mx](http://www.inmujeres.gob.mx).

# Q uórum **130** Legislativo

# DERECHO AL OLVIDO

---

Laura Eugenia Rodarte Ledezma

## **SUMARIO:**

*I. Introducción*

*II. Antecedentes*

*III. El derecho al olvido: concepto y características*

*IV. Reflexiones en torno al derecho al olvido*

*V. Conclusiones*

*VI. Fuentes de consulta*

# Q uórum **130** Legislativo

## I. Introducción

En este trabajo se realiza un estudio –principalmente jurisprudencial– del derecho al olvido, en concreto de los asuntos *Melvin vs. Reid*, *Briscoe vs. Reader's Digest Association, Inc.*, *Gates vs. Discovery Communications, Inc.*, *Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, *Mario Costeja González*, y *Google México vs. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*. El objetivo es realizar un análisis comparativo de la interpretación y tratamiento normativo del derecho al olvido respecto del derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y a la libertad de expresión, a fin de determinar algunos de los presupuestos en conflicto en el ejercicio de tales derechos.

En un segundo apartado se analiza la evolución del derecho al olvido a través de criterios interpretativos, para luego hacer referencia a la respuesta legal de instituciones como el Consejo de Europa frente a los avances tecnológicos y a la creación de bases de datos, reconociendo los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a la recopilación y tratamiento de la información.

En el tercer apartado se revisa el término *derecho al olvido*, el cual se constituye como el derecho a la supresión de datos personales frente al uso de la informática, teniendo como consecuencia la protección de las personas en el tratamiento automatizado de los datos personales.

Finalmente, en el apartado cuarto del trabajo se hace referencia a los derechos que de manera recurrente entran en conflicto: derecho a la protección de datos personales, derecho a la vida privada, derecho al honor y a la libertad de expresión; seguidos de algunas consideraciones en torno al derecho al olvido. Lo anterior permite comprender algunas consecuencias del ejercicio de dicho derecho y, por ende, determinar si es posible reconocerlo de manera expresa.

## II. Antecedentes

Uno de los primeros casos en los que se planteó el derecho al olvido fue *Melvin vs. Reid*<sup>1</sup> (1931), el cual se resolvió ante la Corte de Apelación de California e involucró como agravio la divulgación pública de hechos privados, al difundirse información que la víctima consideró como “humillante” de su pasado y que en su momento fue publicitada, y posteriormente olvidada. Los hechos fueron difundidos años más tarde por el demandado a través de la película intitulada *The Red Kimono*, cuyo guion trata sobre una prostituta reformada que había sido procesada pero absuelta de asesinato, y en la que se utilizó el nombre real de la demandante.<sup>2</sup> La Corte de Apelación de California consideró que el uso verdadero del nombre de la recurrente en relación con los incidentes de su vida anterior en la trama y los anuncios publicitarios fue incoherente e innecesario, y un desprecio voluntario y sin sentido.<sup>3</sup>

Posteriormente, en el caso *Briscoe vs. Reader's Digest Association, Inc.*<sup>4</sup> (1971), Marvin Briscoe presentó una demanda en contra de *Reader's Digest Association, Inc.* alegando que el acusado invadió intencional y maliciosamente su privacidad al publicar un artículo que revelaba hechos privados, pero vergonzosos, de la vida pasada del demandante. Dicho artículo se publicó en 1968 y trató el secuestro de camiones; y no obstante que se señaló de manera expresa la participación de Briscoe, el artículo no especificó que el secuestro ocurrió en 1956, y desde entonces Briscoe se había reformado.

Al respecto, la Corte Suprema de California señaló que “no hay duda de que los informes de actividades criminales actuales son la provincia legítima de una prensa libre”, siendo de interés público identificar a los acusados de la comisión de un delito.<sup>5</sup> Luego, tras un análisis sobre si los hechos de

<sup>1</sup> *Melvin vs. Reid*, Corte de Apelación de California, Cuarto Distrito, 112 Cal. App. 285 (Cal. Ct. App. 1931). Disponible en: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid#.U5ewLChOTdk>.

<sup>2</sup> *Ibidem*, FJ 287.

<sup>3</sup> *Ibidem*, FJ 291.

<sup>4</sup> *Briscoe vs. Reader's Digest Association, Inc.*, Corte Suprema de California, 4 Cal.3d 529 (Cal. 1971). Disponible en: <https://casetext.com/case/briscoe-v-readers-digest-association-inc?>

<sup>5</sup> *Ibidem*, FJ 536.

## Derecho al olvido

Junio 2020

crímenes pasados cumplen la misma función de interés público, declaró que el único “interés” público que se atendería sería el de la *curiosidad*, en virtud de que Briscoe ya había pagado su deuda con la sociedad.<sup>6</sup> De esta manera, el debate se centró entre el derecho a la privacidad y la libertad de prensa como una forma de interés público; siendo conscientes los juzgadores de que el equilibrio siempre se pondera a favor de la libre expresión.<sup>7</sup> Sin embargo, el Tribunal señaló que ante el interés de una prensa sin restricciones existen otros intereses sociales, como es la protección del derecho de un individuo a la privacidad.<sup>8</sup>

El criterio anterior fue superado en el caso *Gates vs. Discovery Communications, Inc.*<sup>9</sup> La sentencia resuelve la demanda interpuesta por Steve Gates en contra de diversas compañías de producción y televisión que emitieron un documental (2001) en el que se había incluido información de registros judiciales sobre el demandante, quien se declaró culpable de un asesinato ocurrido en 1988.

En este asunto, el recurrente alegó la violación a su privacidad tras exhibirse su fotografía en dicho documental. Sobre la tensión entre el derecho a la privacidad y los derechos de libertad de expresión y prensa, la Corte Suprema de California señaló que “una publicación veraz está protegida sólo si es noticia y no revela hechos tan ofensivos como para conmocionar la noción de decencia de la comunidad”; sin embargo, precisó que debe existir un grado de precaución al tratar el efecto de la verdad respecto del agravio a la invasión de la privacidad.<sup>10</sup> La Corte reiteró que la privacidad se desvanece cuando la información se encuentra en el registro público; enfatizó que al depositarse la información en un registro oficial de la Corte, el Estado debe presumir que el interés público está siendo atendido y, en ese

<sup>6</sup> *Ibidem*, FJ 537 y 540.

<sup>7</sup> *Liberty Lobby, Inc. vs. Pearson*, Corte de Apelación de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 390 F.2d 489 (DC Cir. 1967), FJ 490 y 491. Disponible en: <https://casetext.com/case/liberty-lobby-inc-v-pearson-2#p491>.

<sup>8</sup> *Briscoe vs. Reader's Digest Association, Inc.*, *op. cit.*, FJ 540 y 541. La denominada doctrina Briscoe se limitó a casos en que se involucró a criminales reformados. La invasión a la privacidad puede ocurrir a través de la publicación imprudente, ofensiva y perjudicial de información verdadera, pero no de interés periodístico, sobre el pasado criminal de un convicto rehabilitado.

<sup>9</sup> *Gates vs. Discovery Communications, Inc.*, Corte Suprema de California, 34 Cal.4th 679 (Cal. 2004). Disponible en: <https://casetext.com/case/gates-v-discovery-communications-inc?>

<sup>10</sup> *Ibidem*, FJ 686 y 688.

sentido, declaró que los registros públicos –por su propia naturaleza– son de interés público. Además, manifestó que dichos registros son relevantes, ya que contribuyen a la preservación de la forma de gobierno, en virtud de que las enmiendas primera y decimocuarta ordenan que “los Estados no pueden imponer sanciones a la publicación de información veraz contenida en los registros oficiales de la Corte abiertos a inspección pública”.<sup>11</sup>

Frente a los avances tecnológicos y la creación de bases de datos, el Consejo de Europa instituyó como una respuesta legal a dicha persistencia de la información, la creación de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en relación a la recopilación y tratamiento de los datos. Entre ellos, puede mencionarse el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal,<sup>12</sup> el cual presenta como características de mayor interés: la correcta utilización de los datos; la prohibición del tratamiento automatizado de información de carácter personal que revele el origen racial, las opiniones políticas, creencias religiosas u otras, los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual y referentes a cadenas penales; la seguridad de los registros de los datos, y el derecho a conocer la existencia de datos de carácter personal en los ficheros automatizados y la posibilidad de cancelarlos o corregirlos.<sup>13</sup>

### III. El derecho al olvido: concepto y características

Tras realizar un estudio jurisprudencial sobre la evolución del derecho al olvido a través de criterios interpretativos, se proseguirá con el análisis del término *derecho al olvido*; y ante la imposibilidad de contribuir con un estudio extenso del tema, ya que son numerosos los asuntos en los que se analiza este derecho, se abordarán los siguientes: *Google Spain SL*, *Google*

<sup>11</sup> *Ibidem*, FJ 688 y 689.

<sup>12</sup> Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806c1abd>.

<sup>13</sup> *Ibidem*, artículos 5 a 9.

*Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González y Google México vs. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*. El primero, porque ha sido referente para la resolución de asuntos posteriores; y el segundo es uno de los primeros casos en donde se aborda el estudio del derecho al olvido en México, además de que permite realizar un análisis general de la interpretación actual del derecho al olvido en España y en México.

## 1. Concepto y características

Orza Linares señala que “debería entenderse como el derecho de las personas a impedir que datos personales propios circulen por internet sin su consentimiento”. Es decir, las razones por las cuales se requiere modificar dichos datos pueden ser muy variadas; y en ese sentido se ha manifestado Pere Simón, al señalar que las personas deben tener la posibilidad de “equivocarse y volver a empezar”.<sup>14</sup>

En ese mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en la STC 144/1999, al señalar que el artículo 18.1 CE<sup>15</sup> garantiza “un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros... decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio”.<sup>16</sup>

Ahora, el derecho al olvido se constituye como el derecho a la supresión de datos personales frente al uso de la informática, teniendo como consecuencia la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos personales.

<sup>14</sup> SIMÓN CASTELLANO, Pere, “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO, Lorenzo (dirs.), *Libertad de expresión e información en Internet, amenaza y protección de los derechos personales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pp. 451-476.

<sup>15</sup> El artículo 18.1 de la Constitución española señala que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen”. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

<sup>16</sup> STC 144/1999, de 22 de julio, BOE núm. 204 de 22 de agosto de 1999, FJ 8.

## 2. *Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*

En el asunto *Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*,<sup>17</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) trató de dilucidar si la responsabilidad de eliminar datos que Mario Costeja González consideró lesivos para su honor era del buscador o de la página web en donde éstos se encontraban, ya que dichos datos aparecían al introducir su nombre en el buscador de Google, información que Costeja consideró hechos pasados y carentes de relevancia.

En 2010, la Agencia de Protección de Datos española ordenó a Google no mostrar dicha información en el futuro; y, por otro lado, consideró que no era posible eliminar la información original que constaba en la hemeroteca. En tanto, Google sostuvo que la responsabilidad caía de manera exclusiva en el propietario de la página web original y que él era solo un mediador de la información y, en consecuencia, no era responsable del contenido de la página web indexada.

Así, la cuestión prejudicial presentada ante el TJUE versó sobre el alcance de los artículos 2, letras b) y d), 4, apartado 1, letras a) y c), 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,<sup>18</sup> y los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>19</sup> Al respecto, el Tribunal resolvió:

<sup>17</sup> *Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&page%20Index=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=391877>

<sup>18</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>

<sup>19</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.

## Derecho al olvido

Junio 2020

- a) En relación al artículo 2, letras b) y d) de la Directiva 95/46/CE debe interpretarse en el sentido de que la actividad de un motor de búsqueda que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de “tratamiento de datos personales”, de conformidad con el artículo 2, letra b) y, por otro lado, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d).<sup>20</sup>
- b) Respecto al artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva 95/46/CE, señaló que debe aplicarse dicha disposición cuando un motor de búsqueda tiene una sucursal o empresa filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de alguno de los Estados miembros.<sup>21</sup>
- c) Sobre los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a) de dicha Directiva 95/46/CE, indicó que para respetar los derechos que establecen dichas disposiciones, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona los vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, aunque la publicación en sí misma en dichas páginas sea lícita.<sup>22</sup>
- d) En relación a los artículos 7 y 8 de la Carta, observó la prevalencia de los derechos a la intimidad y a la protección de datos respecto del interés económico del gestor del motor de búsqueda y del derecho de las personas de acceder a dicha información, excepto en casos de interés público.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> *Google Spain SL*..., *op. cit.*, FJ 41.

<sup>21</sup> *Ibidem*, FJ 60.

<sup>22</sup> *Ibidem*, FJ 62.

<sup>23</sup> *Ibidem*, FJ 97.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto al tratamiento de los datos personales, señaló que

*un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate.<sup>24</sup>*

Es decir, tanto la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, como la universalización de las hemerotecas, multiplica la injerencia en la autodeterminación sobre los propios datos y la intimidad.

Los argumentos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fueron recogidos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,<sup>25</sup> con lo cual se derogó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, FJ 80.

<sup>25</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), de 27 de abril de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>.

## Derecho al olvido

Junio 2020

El artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo reconoce de manera expresa el derecho de supresión (derecho al olvido), el cual define como el “derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales...”. Dicha supresión procede cuando:

- a) Ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados;
- b) Se retire el consentimiento en que se basó el tratamiento;
- c) La persona interesada se oponga al tratamiento;
- d) Los datos se hayan tratado de forma ilícita;
- e) Se deba dar cumplimiento a una obligación legal establecida;
- f) Los datos se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.<sup>26</sup>

No obstante, dicho Reglamento 2016/679 establece que no procederá la aplicación del derecho al olvido cuando sea necesario ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; por razón de interés público en el ámbito de la salud pública; con fines de archivo e interés público, fines de investigación histórica y científica o fines estadísticos, con el fin de evitar obstaculizar el objetivo de dicho tratamiento, o para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *Idem*. Véase también STC 58/2018, de 04 de junio. BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018.

<sup>27</sup> *Idem*.

Es decir, el derecho al olvido se constituye como el derecho a la supresión de datos personales frente al uso de la informática, teniendo como consecuencia la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos personales. Así, dicho derecho es una vertiente del derecho a la protección de datos personales y, a su vez, un mecanismo que permite garantizar la preservación de los derechos al honor y a la intimidad. No obstante, es necesario reiterar que el derecho al olvido no procede: *a)* cuando resulta necesario el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, *b)* por razón de interés público en el ámbito de la salud pública, *c)* con fines de archivo e interés público, de investigación histórica y científica o estadísticos, *d)* para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones, *e)* para el cumplimiento de una obligación legal o para el cumplimiento de una obligación realizada en beneficio del interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.

### ***3. Google México vs. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales***<sup>28</sup>

En 2015, el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) ordenó a Google México retirar un enlace de la *Revista Fortuna* en el que aparecía el nombre del empresario Carlos Sánchez de la Peña, por considerar vulnerado el derecho a la protección de datos personales tras la publicación de una nota periodística que describía un caso de fraude, así como las relaciones de éste con figuras públicas presuntamente involucradas. No obstante, dicha resolución quedó sin efectos en 2016, tras el recurso de revisión interpuesto por la Red de Defensa de los Derechos Digitales, en representación de la revista, que resolvió el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, el cual consideró que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión y el derecho de audiencia.

<sup>28</sup> Red de Defensa de los Derechos Digitales, “Tribunal anula resolución del INAI sobre el ‘derecho al olvido’”. Disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/>.

## IV. Reflexiones en torno al derecho al olvido

En relación a lo anteriormente expuesto, es necesario realizar una breve descripción del derecho a la protección de datos personales, el derecho a la vida privada, el derecho al honor y a la libertad de expresión. En primer término, porque el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales y, segundo, por la relación intrínseca de ambos derechos. Esta descripción permitirá analizar los elementos que podrían contraponerse en la regulación, ejercicio e interpretación de los anteriores derechos.

### 1. Derecho a la protección de datos personales

También conocido como *derecho a la autodeterminación informativa*, es el derecho de toda persona a decidir qué datos, por quién o quiénes y las circunstancias en que éstos pueden ser utilizados. En México, el artículo 16 constitucional lo reconoce como un derecho fundamental, al señalar que *toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley...*<sup>29</sup> Al respecto, Pablo Lucas Murillo señala que la autodeterminación informativa

*...implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos que desea que conozcan, así como las facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan informáticamente terceros son exactos, completos y actuales y que se han obtenido de modo leal y lícito. También supone el control sobre el uso de esa información.*<sup>30</sup>

Al respecto, se observa que el reconocimiento del derecho al olvido se realiza de manera expresa como facultad inherente a la protección de datos personales y, en consecuencia, como un derecho fundamental, en

<sup>29</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/1_080520.pdf).

<sup>30</sup> MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 33.

algunos de los casos. No obstante, en el caso mexicano la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares no lo reconoce explícitamente. Sin embargo, Juan C. Cervantes Gómez advierte que en el texto del artículo 23 de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia se incorporó el principio de derecho al olvido, al establecer como obligación de las sociedades eliminar la información en un lapso correspondiente, según sea el caso.<sup>31</sup>

## **2. Derecho a la vida privada (derecho a la intimidad)**

En lo que respecta a la vida privada, vida familiar y domicilio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que su protección implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En ese sentido, el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio donde puede desarrollarse libremente la vida privada y la vida familiar.<sup>32</sup>

El artículo 11 de la Convención<sup>33</sup> comprende, entre otros, el derecho a la protección del domicilio, la vida familiar, la correspondencia y la vida privada. Este último, a su vez, protege diversos ámbitos, como son: la forma en que se relaciona con otros seres humanos y la vida sexual. Al respecto, la Corte IDH en el caso *Atarvia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs Costa Rica* ha señalado que

<sup>31</sup> CERVANTES GÓMEZ, Juan Carlos, “Protección de datos personales”, *Quorum Legislativo*, México, núm. 86, julio-septiembre de 2016, p. 192.

<sup>32</sup> Véanse: Caso *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párrafos 142 y 161; caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, párrafo 182; caso *Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párrafo 140; caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrafo 157; caso *Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200, párrafo 113; caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, párrafo 55; caso *Escuá Zapata vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, núm. 165, párrafo 95; caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148, párrafos 193 y 194.

<sup>33</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

## Derecho al olvido

Junio 2020

*La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.*

Lo anterior, porque en el caso se engloban una serie de ámbitos de la vida privada, que a su vez se correlacionan con los derechos a la integridad física y mental, a fundar una familia y con la autonomía reproductiva.

Algunos ejemplos en los que el derecho a la privacidad ha resultado vulnerado son:

- a) Divulgación de conversaciones que han sido grabadas por una autoridad.<sup>34</sup>
- b) Injerencias arbitrarias en la vida privada: orientación sexual;<sup>35</sup> sustracción y retención ilegal de un menor;<sup>36</sup> allanamiento del domicilio, destrucción del mismo y de las posesiones en su interior.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Véase: Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, párrafos 55, 72-83; caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200, párrafo 158. Este último caso puede ser ejemplo de una violación no sólo al derecho a la vida privada, también a la honra y a la reputación de las víctimas.

<sup>35</sup> Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párrafo 167.

<sup>36</sup> Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, serie C, núm. 232, párrafo 116.

<sup>37</sup> Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, párrafos 182 y 197. Es este caso, las consecuencias que trajo consigo

- c) Violaciones sexuales.<sup>38</sup>
- d) Divulgación injustificada respecto del modo de vivir, situación económica familiar, estado mental, hechos penosos o defectos físicos, creencia religiosa o política.
- e) Publicación de fotografías personales.
- f) Antecedentes familiares o personales.
- g) Revelación de información que se transmite o recibe en virtud del ejercicio del secreto profesional, por ejemplo: el caso de un médico que publicita el estado de salud de un paciente que tiene VIH y cuya información sólo está bajo el conocimiento de éste.
- h) Divulgación de comunicaciones escritas y orales que fueron confiadas a determinadas personas.
- i) Además de toda cuestión que la persona desea mantener en reserva.

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede restringirse en la medida en que las inferencias sean acordes a los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, estén previstas en la ley y persigan un fin legítimo. Lo que se busca impedir con lo anteriormente señalado, es que terceros difundan información sobre la vida privada o tengan alguna inferencia sobre ésta, es decir, no se puede evitar que una persona difunda información sobre su intimidad, vida privada o familiar, ya que esta información le es propia.

---

la vulneración a la vida privada de las personas, entre otros derechos, fue el desplazamiento forzado hacia la República de Honduras; caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, serie C, núm. 249, párrafo 202; caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, serie C, núm. 237, párrafos 146-147; caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrafo 159; caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, núm. 165, párrafo 96; caso Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148, párrafo 192.

**38** Caso Masacres de El Mazote y lugares aledaños vs. El Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, serie C, núm. 252, párrafo 166; caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párrafo 119.

Sin embargo, debe observarse que el derecho a la intimidad no otorga protección suficiente frente a los recientes avances tecnológicos, cuestión que se constituye como una obligación hacia el legislador para analizar los riesgos asociados a dicho progreso e instituir un mecanismo de garantía que dé respuesta a tales amenazas, derivadas de los progresos tecnológicos que atentan contra los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales. Es decir, legislar respecto a una garantía de protección específica e idónea para la defensa de dichos derechos frente a los avances tecnológicos. En tanto que, si las libertades informáticas se entienden como un derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas el derecho al olvido.

### ***3. Derecho al honor***

El abuso del ejercicio de la libertad de expresión en ocasiones lleva a señalar como fundamentales los derechos al honor, a la intimidad y a la vida privada. Sin embargo, la transgresión a estos últimos no implica que el ejercicio de dicha libertad deba ser penalizado, al contrario, aquellos que aún subsisten como delitos deben ser modificados por los legisladores, de acuerdo con los estándares internacionales y nacionales. Lo anterior, tendiente a evitar que el Estado realice o propicie un acto ilegal contrario al derecho internacional.

El derecho al honor se encuentra regulado en diversos ordenamientos de carácter internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho al honor en el ámbito internacional atiende al reconocimiento del ejercicio de la libertad de expresión como un derecho no absoluto y al papel que los profesionales de la información y medios de comunicación desempeñan como fuentes de información. En la Constitución mexicana no se señala de manera expresa el derecho al honor, al igual que en las de Argentina, Costa Rica, Cuba y Guatemala. Sin embargo, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador,

Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela se señala de manera expresa el derecho al honor.

La función realizada por los periodistas y medios de comunicación conlleva como obligación no emitir expresiones innecesarias, al no ser éstas de interés público; no obstante, tienen el derecho de expresarse libremente y sin censura, lo cual no implica que el ejercicio de la libertad de expresión no se encuentre delimitado, lo que lleva a incluir derechos como el honor, la intimidad y la vida privada como fundamentales en diversos ordenamientos constitucionales.

En lo que respecta a la protección del derecho al honor de un funcionario público y un particular, es necesario destacar la existencia de una protección diferenciada, lo cual se explica porque el funcionario público se expone de manera voluntaria al escrutinio de quienes integran la sociedad; además, existe una amplia posibilidad de que acceda con facilidad a los medios de comunicación y posea mayor influencia social.

En los últimos años, observo que la concepción del derecho al honor se ha visto degradada; porque se otorga mayor reconocimiento al ejercicio de la libertad de expresión, en atención a que esta última constituye un presupuesto para el ejercicio de otros derechos y la conformación de un sistema democrático.

El ejercicio de la libertad de expresión puede originar una colisión con otros derechos, como la vida privada, el honor y la intimidad; en el caso de la libertad de expresión y la vida privada, ambos consagrados de manera expresa en la Constitución. En este sentido, corresponde al juzgador analizar el caso específico, ponderando cada derecho que entró en colisión.

#### **4. Libertad de expresión**

John Stuart Mill escribió en su obra *Sobre la libertad*: “En el gobierno, una perfecta libertad de expresión en todas sus modalidades –hablar, escribir, imprimir–, tanto en la ley como en la práctica, es el primer requisito; pues esa es la condición principal para que haya inteligencia popular y progreso

## Derecho al olvido

Junio 2020

mental. Todo lo demás es secundario”.<sup>39</sup> Así, al constituirse la libertad de expresión como un derecho indispensable para el desarrollo y progreso de las sociedades, permite la existencia de restricciones que tiendan a proteger derechos de terceros, la moral, la seguridad nacional, el orden público y el respeto a la dignidad humana.

Para el ser humano resulta indispensable transmitir o comunicar aquellos pensamientos, ideas y conceptos de los que fue dotado. La importancia del ejercicio de este derecho radica en el fortalecimiento de la democracia y el control hacia el Estado, a través de la formación de la opinión pública “objetiva”.

La opinión pública es un “parecer” respecto de los problemas colectivos que afectan el bien común; y al ser ésta una opinión generalizada, puede considerársela frágil y en ocasiones con falta de fundamento. De ahí la importancia de que la información que recibe la sociedad sea veraz, considerando a esta última como condición indispensable en la formación de opinión pública.

Jürgen Habermas señala que opinión pública significa cosas distintas, según se contemple como una instancia crítica en relación con la notoriedad pública normativamente lícita del ejercicio del poder político y social, o como una instancia receptiva respecto a la notoriedad pública, “representativa” o manipulativamente divulgada, de personas o instituciones, de bienes de consumo y de programas.<sup>40</sup>

Así, la opinión pública se configura como la expresión de la voluntad común en una sociedad que permite fortalecer el ejercicio de la democracia y ejercer un control hacia el Estado. Es un “parecer” respecto de los problemas colectivos que afectan el bien común. Es decir, se requiere la formación de una opinión pública sólida que lleve a la creación de una sociedad más crítica de su entorno social, que analice y participe en las decisiones del

<sup>39</sup> Véase: ROJAS CASTELL, Irma, “Libertad de expresión”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM et al., 2010, t. II, p. 184.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. Antoni Domènech y Rafael Grasa, Barcelona, GG MassMedia, 1981, p. 261.

Estado de manera activa, que observe el actuar de las autoridades y solicite de manera continua una rendición de cuentas.

## *Información*

La importancia de la información<sup>41</sup> radica en su transmisión, ya que permite al individuo dar forma y sentido a las posibles alternativas y, con ello, lograr el desarrollo del conocimiento. Es decir, otorga mayores posibilidades para dar solución a los problemas existentes en una sociedad democrática; además, proporciona conocimiento que justifica el actuar frente a argumentos opuestos y propicia que el individuo acumule información que servirá de base para corregir sus propios errores.

Existe información reservada<sup>42</sup> que –como necesidad– constituye un elemento importante en la estabilidad del Estado, pues su revelación perjudicaría gravemente la seguridad del mismo, considerándola una excepción a la regla de máxima publicidad. Sin embargo, ésta no debe constituir un monopolio de la información por parte del Estado, sino que atañe únicamente a aquella información cuya revelación perjudicaría gravemente la seguridad nacional o, inclusive, la del individuo, a través de la revelación de sus datos personales, aun frente al Estado.

Ahora bien, la reserva de la información cuando se trata de violaciones graves a los derechos humanos no es susceptible de invocación, pues el interés de mantener la información en reserva se ve superado por el interés de la sociedad en conocer las acciones que el Estado ha tomado al investigar, juzgar y sancionar a los responsables. Constituye, en este sentido, una forma de control en la investigación de los hechos, tratándose de violaciones graves a los derechos humanos.

---

41 La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en su artículo 3o, fracción XII, señala que información de interés público se refiere a aquella que “resulta 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”. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP\\_270117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf).

42 Cfr. NAVA GOMAR, Salvador O., “Información reservada”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *op. cit.*, p. 62.

Es decir, el derecho fundamental a la libertad de información actúa como un límite del derecho a la autodeterminación sobre los propios datos. Así, el ejercicio de ese derecho se ejerce mediante tres ejes rectores: veracidad de la información, objetividad informativa, y la información como un bien social.

### ***A. Veracidad de la información***

El derecho a recibir información veraz es una condición indispensable para la formación de la opinión pública y una conciencia social que se construye a través de la reflexión, es decir, a través de la aceptabilidad racional. Este principio constituye la base deontológica de los profesionales de la información, en virtud de que la sociedad se forma una opinión a partir de la información de que se allega.

La veracidad de la información radica en que se hayan agotado todas las fuentes de información a que se pudiera tener acceso, es decir, ésta no va dirigida a que el contenido de la información proporcionada sea de total exactitud. En este caso, lo que se forma es una máxima aceptable como verdad, y con ello se evita crear una desinformación generalizada.

### ***B. Objetividad informativa***

La objetividad de la información se constituye como un derecho público subjetivo, al amparar derechos de terceros que han sido afectados por el contenido de información publicada en diversos medios. Así, al transmitir información veraz se logra estar en aptitud de publicar información objetiva, evitando con ello, según sea el caso, transgredir derechos de terceros.

Aunque la objetividad y veracidad son propias del ámbito ético del periodista, se encuentran estrechamente vinculadas con la libertad de expresión y el derecho a la información; en consecuencia, al recibir el individuo información falsa y carente de objetividad, la conclusión de su razonamiento resulta errónea. La información que el individuo recibe al ejercer su derecho a la información y no únicamente respecto del Estado,

debe tener como características: ser veraz, objetiva, clara, precisa, carente de manipulación y que no se haya condicionado a los intereses de un grupo.

La exigencia de que la libertad de expresión se ejerza con veracidad, supone que la influencia de los medios de comunicación en la democracia, la educación, la cultura, la manera de vivir y de pensar de las personas, se construya con responsabilidad, objetividad y respeto a otros derechos humanos.<sup>43</sup>

Al hablar de información objetiva me refiero a aquélla basada en hechos, pues recuérdese que al ejercer el derecho a la libertad de expresión no sólo se transmiten hechos, sino también opiniones, ideas y pensamientos, cuestiones estas últimas que por su naturaleza no son susceptibles de comprobación.

Por otro lado, es pertinente señalar que el Estado no puede imponer un sistema de control a la libertad de expresión arguyendo violaciones a la veracidad y objetividad de la información que la sociedad recibe.

### *C. La información como bien social*

Las características que he mencionado anteriormente son principios indispensables para que el individuo realice su propio juicio en relación con un tema o asunto específico, a través de la información de la que se allegó. Así, cuando mediante el ejercicio de la libertad de expresión se proporcionan elementos para el desarrollo social, dicho derecho se constituye como un medio para informar a las personas en relación con temas actuales y de interés, proporcionando un bien social o los medios para acceder a él.

Lo anterior permite señalar que la formación de una opinión pública fuerte ejerce determinado control hacia el Estado y, en este sentido, se considera a la información un condicionante del comportamiento, es decir, de persuasión.

<sup>43</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 247 y 255.

De lo anteriormente expuesto, se observa que el derecho al olvido encuentra una fuerte contradicción con la libertad de expresión, en virtud de que la formación de una opinión pública informada genera la ausencia de sistemas autoritarios, a través de la existencia de un control ciudadano pendiente del actuar de sus funcionarios, lo que le permite ejercer otros derechos y decidir sobre cuestiones sociales relevantes.

## *5. Consideraciones en torno al derecho al olvido*

Para la regulación del derecho al olvido, tanto el órgano legislativo como el jurisdiccional deberán observar la finalidad e interés periodístico de la información y analizar si la inclusión de dicha información resulta adecuada, pertinente o excesiva con relación al fin que persigue y que se pretende transmitir.

Además, se debe observar si la divulgación en internet de dicha información obedece a fines históricos, científicos o estadísticos; es decir, si las personas ejercen o ejercieron un cargo público o son consideradas de interés público, y en ese sentido analizar si la información posee interés público o histórico. Asimismo, analizar si el paso de tiempo ha supuesto la pérdida de la veracidad de la información difundida en un momento determinado y, en su caso, si la difusión de la información en internet otorga un mayor grado de difusión que la que se obtuvo en la edición impresa, la cual tiene más restricciones en términos geográficos y de tiraje.

Así, se observa que el tratamiento es diferenciado cuando la persona es considerada de interés público; sin embargo, ello no significa que dicha persona no es susceptible de vulneración de los derechos a la protección de datos personales, al honor o a la intimidad y, por ende, en algunos casos resultará necesario garantizar el derecho al olvido.

El derecho al olvido en plataformas digitales es una concreción de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales. Sin embargo, es una cuestión que debe matizarse, ya que dicho derecho no constituye una garantía para que cada persona construya un pasado ajustado a sus consideraciones y, en consecuencia, obligar a los

motores de búsqueda, páginas web o cualquier plataforma digital, a eliminar el tratamiento de los datos personales cuando están asociados a hechos que no son considerados positivos. Por otro lado, también hay que señalar la problemática existente respecto de las personas que exponen información de sí mismas, información pública que posteriormente puede resultarles negativa.

Desde otra perspectiva, se observa que, por un lado, debe privilegiarse la existencia de mecanismos que garanticen el acceso a la información para que la ciudadanía adopte decisiones informadas en una democracia; y, asimismo, ponderar las posibles contravenciones con el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos personales.

De esta manera, entre las diversas consecuencias que podemos señalar que derivan de la protección y ejercicio del derecho al olvido, se observa la de impedir que los buscadores generales accedan a los datos (nombre y apellido) de las personas, ya que esto supone dar satisfacción al derecho de cancelación de los datos que les asiste. Al respecto, el Tribunal Supremo español consideró que lo anterior es “un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información, porque el llamado ‘derecho al olvido digital’ no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día”. Además, señaló que “las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información”.<sup>44</sup> Es decir, el Tribunal entendió que las noticias pasadas no pueden ser objeto de alteración o cancelación.

En ese mismo sentido se manifestó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Wegrzynowski y Smolczewski vs. Polonia*,<sup>45</sup>

<sup>44</sup> STC 58/2018, FJ 2.

<sup>45</sup> Caso *Wegrzynowski y Smolczewski vs. Polonia*, STEDH de 16 de julio de 2013, párrafo 65. También véase caso *Times Newspapers Ltd (1 y 2) vs. Reino Unido*, STEDH de 10 de marzo de 2009. En dicho caso se sostuvo que los archivos periodísticos publicados en internet contribuyen a la accesibilidad y preservación de las noticias e información, siendo en consecuencia una fuente para la investigación histórica y la educación. Asimismo, destacó que la principal función de la prensa en una sociedad democrática es ser el vigilante de lo público, cumple de igual manera como función secundaria la de mantener y poner a disposición del público noticias publicadas con anterioridad. No obstante, señaló que el margen de apreciación nacional es mayor respecto de los archivos de hechos pasados que cuando la información se refiere a hechos recientes.

## Derecho al olvido

Junio 2020

en el que de conformidad con el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>46</sup> señaló que a pesar de que el contenido de las noticias pasadas incluidas en las hemerotecas digitales pueda afectar los derechos de las personas, éstas no pueden ser eliminadas. Es decir, se observa que la protección que otorga el TEDH a la libertad de expresión radica en la protección del interés legítimo de las personas de acceder a información contenida, en este caso, en archivos digitales.

Así, se advierte que tanto el TEDH como el Tribunal Supremo español consideraron que la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión, el cual “excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales”.<sup>47</sup>

No obstante, también se advierte que el tratamiento de la información respecto a las hemerotecas digitales, el código fuente de las páginas web o frente a tecnologías, como las inherentes al Big Data, debe ser diferenciado, ya que existe una distinción entre mantener los archivos y hacerlos accesibles en el caso de instituciones particulares, en virtud de que el interés de las personas de acceder a dicha información disminuye con el transcurso del tiempo, no afectando en la misma medida a la formación de una opinión pública. Es decir, analizar si en la publicación digital debe observarse si la información personal puede ser imprescindible al no aportar mayores datos (datos irrelevantes) para la formación de una opinión pública libre, esto es, debe responder a condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

---

<sup>46</sup> El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referente a la libertad de expresión señala: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

<sup>47</sup> STS de 15 de octubre de 2015, FJ 7.

Por otro lado, existe una constante contradicción del derecho al olvido con la libertad de prensa y con el denominado principio de máxima publicidad, que en el caso mexicano es un principio que rige el derecho de acceso a la información en posesión de *cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios*, el cual contribuye a que todos accedan a información cuya relevancia radica en la importancia y trascendencia para la formación de una opinión pública libre. No obstante, hay que tomar en cuenta que cuando la información se replica en internet, haciendo plenamente identificable a la persona, tiene como efecto la actualización de dicha información, lo que conlleva a que esta vuelva a ser noticiable, independientemente del tiempo transcurrido desde la publicación de origen.

Así, se observa la constante reiteración del conflicto que se puede generar entre los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales con el derecho a la libertad de expresión.

## V. Conclusiones

El análisis comparativo de la interpretación y tratamiento normativo del derecho al olvido respecto del derecho a la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y a la libertad de expresión, confirmó que dicho derecho no se reconoce de manera expresa en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. No obstante, su estudio proporciona elementos a considerar en la regulación e interpretación del derecho al olvido en nuestro país.

El derecho al olvido se constituye como el derecho a la supresión de datos personales frente al uso de la informática, teniendo como consecuencia la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos personales. Así, dicho derecho es una vertiente del derecho a la protección de datos personales y, a su vez, un mecanismo que permite garantizar

## Derecho al olvido

Junio 2020

la preservación de los derechos al honor y a la intimidad. No obstante, se advierte que no procede: *a)* cuando resulta necesario el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, *b)* por razón de interés público en el ámbito de la salud pública, *c)* con fines de archivo e interés público, de investigación histórica y científica o estadísticos, *d)* para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones, *e)* para el cumplimiento de una obligación legal o para el cumplimiento de una obligación realizada en beneficio del interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.

Asimismo, en el análisis del derecho al olvido deberá observarse la finalidad e interés periodístico de la información, y si la inclusión de determinada información resulta adecuada, pertinente o excesiva con relación al fin que persigue y que se pretende transmitir. Además, si la divulgación en internet obedece a fines históricos, científicos o estadísticos, es decir, habrá que tomar en consideración si la información es trascendente para la historia de México y si es o no de relevancia pública.

En ese mismo orden de ideas, el derecho al olvido presupone que el derecho a la protección de datos resulta insuficiente al abordar el tema de la regulación del internet; no obstante, dicha regulación nos obliga a ser críticos para evitar que el ejercicio de este derecho se constituya en una forma de censura a la libertad de expresión o una limitación a la formación de la opinión pública. Al respecto, el derecho al olvido encuentra una fuerte contradicción con la libertad de expresión, en virtud de que la formación de una opinión pública informada genera la ausencia de sistemas autoritarios a través de la existencia de un control ciudadano pendiente del actuar de sus funcionarios, lo que le permite ejercer otros derechos y adoptar decisiones respecto de cuestiones sociales relevantes.

En materia penal, la protección de los derechos humanos de las personas que se reinsertan en la sociedad ha llevado a que se reconozca el derecho a la cancelación del antecedente penal una vez transcurrido el lapso de tiempo determinado en la norma, con la finalidad de extinguir los efectos de la pena; derecho contemplado por el “derecho al olvido” del historial judicial (Estados Unidos de América). No obstante, se advierte que deberá

analizarse si es procedente para todos los casos, de conformidad con el tipo de delito cometido.

El derecho a la intimidad en sí mismo no otorga una protección suficiente frente a los recientes avances tecnológicos, cuestión que podría constituirse como una obligación hacia el legislador para analizar los riesgos asociados a dicho progreso, e instituir un mecanismo de garantía que dé respuesta a dichas amenazas derivadas de los progresos tecnológicos que atentan contra los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales. Por otro lado, debe privilegiarse la existencia de mecanismos que garanticen el acceso a la información, para que la ciudadanía adopte decisiones informadas en una democracia, considerando desde el ámbito legislativo las posibles contravenciones con el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos personales.

## VI. Fuentes de consulta

CARPIZO, Jorge, *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.

CERVANTES GÓMEZ, Juan Carlos, “Protección de datos personales”, *Quorum Legislativo*, México, núm. 86, julio-septiembre de 2016.

HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. Antoni Domènech y Rafael Grasa, Barcelona, GG MassMedia, 1981.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

NAVA GOMAR, Salvador O., “Información reservada”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM *et al.*, 2010, t. II.

ROJAS CASTELL, Irma, “Libertad de expresión”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM *et al.*, 2010, t. II.

SIMÓN CASTELLANO, Pere, “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO, Lorenzo (dirs.), *Libertad de expresión e información en Internet, amenaza y protección de los derechos personales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

## Casos

*Briscoe vs. Reader’s Digest Association, Inc.*, Corte Suprema de California, 4 Cal.3d 529 (Cal. 1971). Disponible en: <https://casetext.com/case/briscoe-v-readers-digest-association-inc?>

*Gates vs. Discovery Communications, Inc.*, Corte Suprema de California, 34 Cal.4th 679 (Cal. 2004). Disponible en: <https://casetext.com/case/gates-v-discovery-communications-inc?>

*Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&page%20Index=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=391877vv>

*Liberty Lobby, Inc. vs. Pearson*, Corte de Apelación de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 390 F.2d 489 (DC Cir. 1967), FJ 490 y 491. Disponible en: <https://casetext.com/case/liberty-lobby-inc-v-pearson-2#p491>.

*Melvin vs. Reid*, Corte de Apelación de California, Cuarto Distrito, 112 Cal. App. 285 (Cal. Ct. App. 1931). Disponible en: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid#.U5ewLChOTdk>.

Red de Defensa de los Derechos Digitales, “Tribunal anula resolución del INAI sobre el ‘derecho al olvido’”. Disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/>.

STC 144/1999, de 22 de julio, BOE núm. 204 de 22 de agosto de 1999.

STC 58/2018, de 04 de junio. BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018.

*Wergrzynowski y Smolczewski vs. Polonia*, STEDH de 16 de julio de 2013, párrafo 65. *Times Newspapers Ltd (1 y 2) vs. Reino Unido*, STEDH de 10 de marzo de 2009.

## ***Normatividad***

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.

Constitución española. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_080520.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806c1abd>.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

## Derecho al olvido

---

Junio 2020

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP\\_270117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf).

Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/237\\_090318.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/237_090318.pdf).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), de 27 de abril de 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>.

# Q uórum **130** Legislativo

# TENDENCIAS PARA UNIFORMAR O UNIFICAR LA LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA EN MÉXICO DURANTE LOS SIGLOS XX Y XXI

---

Oscar Uribe Benítez

## **SUMARIO:**

*I. Introducción*

*II. Antecedentes de la dispersión legislativa*

*III. Dispersión de la legislación penal por el sistema constitucional de soberanía dual*

*IV. Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal en los siglos XX y XXI*

*V. Organización de la legislación penal en los Estados Unidos de América*

*VI. Modelos de legislación penal unificada en Estados federados*

*VII. Reforma constitucional para la unificación de la legislación en las materias procesal penal, mecanismos alternativos de solución de controversias y ejecución de penas*

*VIII. Poder constituyente y poder reformador*

*IX. Reflexiones conclusivas*

*X. Fuentes de consulta*

# Q uórum **130** Legislativo

## I. Introducción

En México, antes y después de su independencia, ha existido la dispersión de la legislación penal por la diversidad de centros de poder, lo cual constituye una cuestión congénita en su historia y en su constitucionalismo. En el Acta Constitutiva y Constitución de 1824, así como en las constituciones de 1857 y 1917 mexicanas, se adoptó el principio federalista de los Estados Unidos de América, lo que implicó un sistema constitucional de soberanía dual: la de la nación y la de los estados que integran la Federación.

Este sistema permitió que el Congreso de la Unión y los congresos estatales tuvieran facultades para legislar en materia penal y procesal penal en sus respectivos ámbitos de competencia, como en los Estados Unidos de América. La complejidad de la delincuencia y el incremento del número de delitos en los años 30 del siglo pasado, fueron atribuidos por políticos y juristas a la heterogeneidad de las legislaciones penal y procesal penal en todo el territorio nacional, lo cual motivó pronunciamientos para uniformar o unificar la legislación penal que se han extendido hasta el siglo XXI, siguiendo dos tendencias.

La tendencia de la unificación logró, hasta el año 2013, la reforma constitucional que faculta al Congreso de la Unión para expedir no solamente la legislación única en materia procedimental penal, sino en las materias de ejecución de penas y de mecanismos alternativos de solución de controversias. Pese a este logro, ahora ya no se atribuye la delincuencia y el alto índice de delitos a la heterogeneidad en materia procesal penal, sino al sistema de justicia penal, que ha sido calificado con desdén como la puerta giratoria, por la falta de vinculaciones a proceso y de sentencias condenatorias. En respuesta a estas afirmaciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ofreció capacitar a la policía de la Ciudad de México y emitió protocolos de actuación para jueces, lo cual hace suponer que a policías y jueces todavía les falta capacitación para operar el sistema de justicia penal adversarial y acusatorio, así como en materia de respeto a los derechos humanos.

La unificación de la legislación penal sustantiva no se ha realizado porque siempre ha estado en el centro del debate el principio del federalismo, el cual es irreformable para unos; y para otros, no se violenta tal principio habida cuenta de que las entidades federativas conservan su descentralización o autonomía si se faculta al Congreso de la Unión para expedir un Código Penal único.

Bajo el contexto anterior, el Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consideró conveniente que estos tópicos sean objeto de análisis y se expongan las razones en pro y en contra que se han venido pronunciando sobre los mismos durante los siglos XX y XXI, en los diferentes ámbitos de la vida nacional, incluyendo la opinión en las conclusiones del que esto escribe. El propósito es difundirlas entre los legisladores federales y locales, a quienes corresponderá tomar la decisión que resulte pertinente; así como a la sociedad en general, para que se comprenda la complejidad que encierran dichos temas y se cuente con su apoyo en las decisiones que se generen.

Para ello, se consideró pertinente describir de manera breve en el apartado II los antecedentes de la dispersión legislativa; en el apartado III, exponer la dispersión de la legislación penal derivada del sistema constitucional de soberanía dual; en el apartado IV, identificar y agrupar las tendencias manifestadas durante los siglos XX y XXI, con sus razones, para uniformar o unificar la legislación penal; y en el apartado V, describir la organización de la legislación penal en los Estados Unidos de América por su similitud con la de México.

Para tener una visión de la legislación penal unificada en otros países, en el VI apartado se incluyen los modelos de sistema penal unificado en Estados federados; en el apartado VII se describe la reforma constitucional para la unificación de la legislación en las materias procesal penal, mecanismos alternativos de solución de controversias y ejecución de penas; en el apartado VIII, se exponen las diferencias entre el Poder Constituyente y el Poder Reformador o Revisor de la Constitución, lo que lleva a plantear la pregunta y respuesta de si este último tiene competencia para otorgar al

Congreso de la Unión la facultad de expedir un Código Penal Único; en el IX apartado se vierten las reflexiones finales y, por último, en el apartado X se cita la bibliografía utilizada.

Es importante diferenciar los conceptos de uniformar y unificar, dado que algunos juristas del primer tercio del siglo pasado integraban ambos conceptos en el término unificar; mientras que otros diferenciaban perfectamente entre uniformar y unificar.

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, uniformar significa hacer uniforme dos o más cosas; y uniforme significa que tiene la misma forma, igual o semejante.<sup>1</sup> La uniformidad se identifica con aquellos juristas que propusieron la creación de un Código Penal tipo para que las legislaturas locales lo adoptaran y expidieran su respectivo Código Penal para uniformar la legislación penal; y en el mismo sentido, para la legislación procesal penal.

El vocablo unificar, según el diccionario consultado, significa hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolas, y que tengan una misma finalidad.<sup>2</sup> Este concepto se identifica con la pretensión de que las facultades de las legislaturas locales para expedir sus respectivos Códigos Penales y de Procedimientos Penales, se concentren solamente en el Congreso de la Unión para expedir un Código Penal y un Código Procesal Penal de aplicación nacional.

## II. Antecedentes de la dispersión legislativa

Cronistas, códigos e historiadores indios dan cuenta de que a la llegada de los españoles a México, existían pueblos con sus costumbres y leyes dictadas por sus respectivos reyes o señores, a quienes se les designaba con el nombre de *tlatoani* o *tlatequi*, del verbo *tlatoa*, que significa hablar; eran

---

<sup>1</sup> Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, tomo II, España, Espasa Calpe, 2001, p. 2253.

<sup>2</sup> *Idem*.

los que hablaban o mandaban; los demás tenían que callar. Era absoluta la autoridad del rey o señores de los pueblos.<sup>3</sup>

En este sentido, se entiende que quienes dictaban las leyes penales eran los monarcas y regían en sus respectivos señoríos; y ello implicaba que en México existieran tantas leyes penales como pueblos para los que se dictaban. Por ejemplo, Pimentel Ixtlilxochitl, hijo de Coanacotzin, último rey de Texcoco, refirió que el rey Nezahualcóyotl dictó veinte leyes penales, de las cuales doce disponían la pena de muerte.<sup>4</sup>

Impuesto el dominio español en México, según el jurista Toribio Esquivel Obregón, el poder de los reyes de España no era absoluto, ni en ésta ni en América, lo que se refleja en el orden y prelación del derecho como debían aplicarlo los jueces: en primer lugar se acataban los principios del derecho natural, luego las costumbres razonables, no contrarias a aquel derecho; y finalmente las leyes positivas. Nos ilustra respecto a que este orden y prelación del derecho, se advierte en la fórmula que se usaba para las leyes, consistente en *obedézcase, pero no se cumpla*, cuyo significado era escuchar con actitud reverente, atender y juzgar con criterio propio, oyendo a la vez la voz del que manda, la voz superior de la razón y de la ley natural que pidiera hacer el bien y evitar el mal; y si hay un conflicto entre aquélla y ésta, no cumplir, sino representar respetuosamente al soberano.<sup>5</sup>

Bajo estos presupuestos, Esquivel Obregón afirma que las Leyes de Indias se caracterizaban por hacer del precepto legal una tentativa susceptible de corregirse, y por el respeto a las costumbres de los pueblos en lo que no fuere incompatible con la nueva cultura.<sup>6</sup>

Sin embargo, para el jurista Raúl Carrancá y Trujillo las ideas penales de la Metrópoli fueron trasplantadas a la Colonia con sus esencias puras de desigualdad y de crueldad, pues la crueldad en Europa era la tónica de la

<sup>3</sup> Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3ª edición, tomo I, México, Porrúa, 2004, p. 163.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 141 y 145.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 265 y 267.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 269.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

represión. El derecho indiano fue el principal, que comprendía las leyes *stricto sensu* y las regulaciones positivas emanadas de diversas autoridades: Virreyes, Audiencias, Cabildos; y el derecho de Castilla supletorio.<sup>7</sup>

El derecho indiano estaba constituido por la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680, completada por Autos Acordados; y las anteriores cédulas, instrucciones, ordenanzas, leyes de Cortes; así como los sumarios de las cédulas, órdenes y provisiones Reales, etc., y las posteriores a 1680. El derecho de Castilla estaba integrado por las fuentes del Fuero Real (1255), las Partidas (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Las que se aplicaron frecuentemente con más autoridad de la que les correspondía, fueron la Novísima Recopilación y las Partidas.<sup>8</sup>

Después de haberse jurado la Constitución de Cádiz (1812), se emitieron algunos ordenamientos legales, como el Decreto de 9 de octubre de 1812, que expidió el Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia; el Decreto de 11 de septiembre de 1820, por el que se establecen diversas reglas para la sustanciación de las causas criminales; y el Decreto de 11 de septiembre de 1820, por el que se hacen varias aclaraciones para proceder a la prisión o detención de cualquier español.<sup>9</sup>

Posterior a la consumación de la independencia de México, se siguieron aplicando algunas fuentes del derecho indiano y del derecho de Castilla. El 28 de agosto de 1823, el Congreso mexicano emitió el Decreto por el que se establecen medidas para el breve despacho de las causas de conspiración; y el Decreto de 27 de septiembre de 1823, por el que los reos de algunos delitos sean juzgados militarmente; asimismo, las reglas para abreviar el despacho de las causas de los mismos reos, cuando sean juzgados por la jurisdicción ordinaria.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano*, 13ª edición, México, Porrúa, 1980, pp. 112 y 116.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 117-118 y 120.

<sup>9</sup> DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, tomo I, imprenta del comercio, México, 1876, pp. 384, 525 y 527.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 667 y 676.

Pese a esta dispersión legislativa en la época de la colonia y en los inicios del México independiente, el célebre jurista mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe formuló, en la segunda mitad del siglo XVIII, un proyecto de Código Penal, considerado por Carrancá y Trujillo el primero en el mundo, que por desventura no vio la luz.<sup>11</sup>

En resumen, puede advertirse que la legislación penal en las etapas precolonial y colonial de la historia de México, se caracterizó por su dispersión legislativa, debido a la existencia heterogénea de centros de poder; es decir, no existió legislación penal uniforme ni unificada.

### III. Dispersión de la legislación penal por el sistema constitucional de soberanía dual

El constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez considera que, iniciado el régimen que sustituyó al monárquico, las provincias quedaron de hecho independientes del gobierno central y bajo la dirección de sus diputaciones, ya que rechazaban al Congreso como constituyente y lo aceptaban sólo como convocante. Ante esta situación y los amagos separatistas, Bocanegra propuso y se acordó formular bases constitucionales y expedir convocatoria del nuevo Congreso que habría de elaborar la Constitución, lo cual se aprobó pero inversamente; es decir, primero la convocatoria y después la publicación de las bases de una república federativa, que lo fue el 28 de mayo de 1823 con el nombre de Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, cuyo proyecto no fue discutido, pero en su artículo 1º se proclamó que la nación mexicana es una república representativa y federal.<sup>12</sup>

**A) Acta constitutiva y Constitución de 1824.** Esta forma de gobierno se reiteró en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 31 de enero de 1824, pues en su artículo 5º se dispuso que la nación adoptaba para

<sup>11</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>12</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, 22ª edición, México, Porrúa, 1999, pp. 146-148.

su gobierno la forma de república representativa popular federal; y en su artículo 6, que sus partes integrantes eran Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente tocaba a su administración y *gobierno interior*, según se detallaba en esa acta y en la constitución general; y su artículo 20 dispuso que el gobierno de cada Estado se dividiría para su ejercicio en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.<sup>13</sup>

En lo que podría denominarse exposición de motivos de la Constitución de 1824, se aduce que “la división de Estados, la instalación de sus respectivas legislaturas y la erección de multitud de establecimientos que han nacido en el corto período de once meses, podrán decir si han llenado las esperanzas de los pueblos; felizmente tuvo un pueblo dócil a la voz del deber y un modelo que imitar en la república floreciente de nuestros vecinos del norte. La república federada ha sido y debió ser el fruto de sus discusiones”:<sup>14</sup>

*Solamente la tiranía calculada de los mandarines españoles podía hacer gobernar tan inmenso territorio por unas mismas leyes, a pesar de la diferencia enorme de climas, de temperamentos y de su consiguiente influencia. ¿Qué razones de conveniencia y uniformidad puede haber entre el tostado suelo de Veracruz y las heladas montañas del Nuevo México? ¿Cómo pueden regir a los habitantes de la California y la Sonora, las mismas instituciones que a los de Yucatán y Tamaulipas? La inocencia y candor de las poblaciones interiores, ¿qué necesidad tienen de tantas leyes criminales sobre delitos e intrigas que no han conocido? Los Tamaulipas y coahuileños reducirán sus Códigos a cien artículos, mientras los mexicanos y jaliscienses se nivelarán a los pueblos grandes que se han avanzado en la carrera del orden social. He aquí las ventajas de la federación. **Darse cada pueblo a sí mismo leyes análogas a sus costumbres, localidad y demás circunstancias; dedicarse sin trabas a la creación y mejoría de todos los ramos de prosperidad; dar a su industria todo el impulso de que sea susceptible, sin las dificultades que oponía el sistema colonial, u otro cualquier gobierno, que hallándose a***

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 154 y 158.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 163.

*enormes distancias perdiera de vista los intereses de los gobernados; proveer a sus necesidades en proporción a sus adelantos; poner a la cabeza de su administración sujetos que, amantes del país, tengan al mismo tiempo los conocimientos suficientes para desempeñarla con acierto; crear los tribunales necesarios para el pronto castigo de los delinquentes y la protección de la propiedad y seguridad de sus habitantes; terminar sus asuntos domésticos sin salir de los límites de su Estado; en una palabra, entrar en el pleno goce de los derechos de hombres libres.*<sup>15</sup>

La Constitución de 1824 estableció en su artículo 4 que la nación mexicana adoptaba para su gobierno la forma de república representativa popular federal; su artículo 5 dispuso que las partes de la Federación son los estados y territorios, y los mencionó; en el artículo 6 dividió el supremo poder de la Federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. Respecto a las facultades del Poder Legislativo, en su artículo 49 contempló, entre otras, en su fracción XXV, la de conceder amnistías e indultos *por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la federación*, en los casos y previos los requisitos que previenen las leyes; y en su fracción XXXI dispuso como facultad, *Dictar todas las leyes y decretos conducentes para llenar los objetos de que habla el artículo 49, sin mezclarse en la administración interior de los Estados.*<sup>16</sup>

En cuanto a los estados, en su artículo 161, fracción II, les impuso la obligación de publicar por medio de sus gobernadores *su respectiva constitución, leyes y decretos.*<sup>17</sup>

Durante la vigencia de esta Constitución, como prueba de que el Congreso de la Unión y los estados tenían facultad de legislar en materia penal, se tiene de aquél la expedición el 8 de marzo de 1828 de la Ley que creó los Tribunales de Vagos en el Distrito y Territorios.<sup>18</sup> El simple título acota su ámbito de aplicación, es decir, no es aplicable a los estados de la Federación.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 168, 175-176.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 190-191.

<sup>18</sup> *Cfr.* DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo II, p. 62.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

Y como evidencias en los estados, se encuentran el Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México, de 1831,<sup>19</sup> y el Código Penal para el Estado de Veracruz, de 1835.<sup>20</sup>

**B) Bases para la nueva Constitución y Leyes constitucionales de 1836.** El Congreso constituyente expidió el 23 de octubre de 1835 las *Bases para la nueva Constitución*, con lo que se dio fin al sistema federal. En su artículo 3º estableció que el sistema gubernativo de la nación es el republicano, representativo popular; el poder sigue dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, pero estableció un árbitro suficiente para que ninguno traspasara los límites de sus atribuciones, según el artículo 4º; el territorio nacional se dividió en departamentos, en los que habrá gobernadores y juntas departamentales, según los artículos 8 y 9.<sup>21</sup>

Después fueron expedidas las leyes constitucionales, en cuya tercera ley, en su artículo 44, fracciones I y II, se estableció que correspondía exclusivamente al Congreso general dictar las leyes a que debía sujetarse la administración pública en todos y cada uno de sus ramos, derogarlas, interpretarlas y dispensar su observancia; aprobar, reprobado o reformar las disposiciones legislativas que dictaran las juntas departamentales.<sup>22</sup>

Ejemplos de la centralización y por consiguiente de la legislación penal, están en la Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y heridores en proceso verbal, expedida por el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, José Joaquín Herrera, el 6 de julio de 1848.<sup>23</sup> La ley para castigar los delitos contra la nación, contra el orden y la paz pública, expedida el 6 de diciembre de 1856<sup>24</sup>; y la Ley General para juzgar a los ladrones, homicidas, heridores y vagos, expedida el 5 de enero de 1857.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, tomo I, México, 1979, pp. 15-19.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 21-105.

<sup>21</sup> Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, pp. 202-203.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>23</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo V, p. 401.

<sup>24</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo VIII, p. 314.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 337.

**C) Constitución de 1857.** La Constitución de 1857 restituye el federalismo, al disponer en su artículo 40 que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental. En el artículo 72, fracciones XXV y XXX, otorgó al Congreso de la Unión, entre otras facultades, la de conceder amnistías cuyo conocimiento perteneciera a los tribunales de la federación; y para expedir todas las leyes que fueran necesarias y propias para hacer efectivas las facultades previstas en dicho precepto, y todas las concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión.<sup>26</sup>

Respecto a los estados de la Federación, el artículo 109 los facultó para adoptar en su régimen interior la forma de gobierno republicano representativo popular; y en el artículo 115 dispuso que en cada estado de la Federación se diera entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos. En el artículo 117, dispuso que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. Y en el artículo 126 estableció que esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.<sup>27</sup>

Después de asumir el poder en México, Maximiliano de Habsburgo nombró una comisión para que redactara el Código Penal y de Procedimientos Penales, que no llegó a ser vigente por restaurarse la república. Para tal fin, mandó traducir los Códigos de Instrucción Criminal y Penal franceses de 1865 y 1866, respectivamente.<sup>28</sup> Con estos Códigos se pretendió interrumpir la dispersión de la legislación penal.

<sup>26</sup> Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, pp. 613 y 619.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 625-627.

<sup>28</sup> Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Op. Cit.*, p. 183.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

Posteriormente, se continuó con la dispersión de la legislación penal, como se advierte a continuación: El 15 de junio de 1869, se expidió la Ley del Jurado en materia criminal en el Distrito Federal.<sup>29</sup> El 7 de diciembre de 1871, fue expedido el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación.<sup>30</sup> El 15 de septiembre de 1880, fue expedido el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.<sup>31</sup> El presidente Porfirio Díaz, por facultades concedidas el 24 de junio de 1891, expidió la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal,<sup>32</sup> y el 6 de julio de 1894 expidió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.<sup>33</sup> El 16 de diciembre de 1908 fue expedido el Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>34</sup> Mientras los estados también hacían lo propio.

**D) Constitución de 1917.** En ésta se reproduce la forma de gobierno en su artículo 40, al disponer que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Facultó al Congreso de la Unión en su artículo 73, fracción XXI, *para definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse*. En el artículo 121, se dispuso que en cada estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes, entre otras, la prevista en la fracción I, la cual dispone que las leyes de un estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. Y en el artículo 123, actualmente 124, que las facultades que no están expresamente concedidas

<sup>29</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo X, p. 658.

<sup>30</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo XI, p. 598.

<sup>31</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo XV, p. 482.

<sup>32</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo XXI, pp. 494 y 501.

<sup>33</sup> Cfr. DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Op. Cit.*, tomo XXVIII, p. 119.

<sup>34</sup> Citado por UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, en: *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 1ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 120.

en esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.<sup>35</sup>

Durante la vigencia de esta Constitución, se expidió el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 30 de septiembre de 1929;<sup>36</sup> y el 7 de octubre de 1929 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y Territorios.<sup>37</sup>

Después se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 1931, el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.<sup>38</sup> El día 29 del mismo mes y año, se expidió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales,<sup>39</sup> y en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de agosto de 1934 se publicó el Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>40</sup>

Por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 22 de agosto de 1996, al artículo 122, apartado C), Base Primera, fracción V, inciso h), se facultó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia civil y penal, entre otras, cuyo artículo transitorio Décimo Primero previó que la norma que establece la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia civil y penal para el Distrito Federal, entraría en vigor el 1° de enero de 1999.<sup>41</sup>

Ante esta situación, el Congreso de la Unión realizó reformas a la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicadas

<sup>35</sup> Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Op. Cit.*, pp. 775, 783, 799-800.

<sup>36</sup> Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 30 de septiembre de 1929.

<sup>37</sup> Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 7 de octubre de 1929.

<sup>38</sup> Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 1931.

<sup>39</sup> Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 29 de agosto de 1931.

<sup>40</sup> Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 30 de agosto de 1934.

<sup>41</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 22 de agosto de 1996, [24 de enero de 2020], disponible desde: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm)

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de mayo de 1999, para quedar como Código Penal Federal.<sup>42</sup> Por su parte, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió el Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 16 de julio de 2002, en cuyos artículos transitorios Primero y Quinto se dispuso que tal Código entraría en vigor a los ciento veinte días de su publicación en dicha Gaceta; y la abrogación del Código Penal de 1931, respectivamente.<sup>43</sup> En cuanto a las entidades federativas, también expidieron sus respectivos Códigos Penales y de Procedimientos Penales.

De lo anteriormente expuesto, puede mencionarse que la estructura federal del poder político en México establecida en su constitucionalismo, permitió continuar con la dispersión legislativa en dos esferas: la federal y la de los Estados o miembros integrantes de la Federación. La justificación de esta soberanía dual (federal y la de los estados) y acerca de la heterogeneidad de las leyes –incluidas las de carácter penal–, se fundó desde 1824 en la diferencia de climas y temperamentos; por ende, cada pueblo o estado debía darse para sí mismo leyes en mérito a sus similares costumbres y otros factores que cada pueblo tenía.

En esta heterogeneidad de las leyes, incluidas las penales, se observa claramente la influencia del barón de Montesquieu y de su obra *El espíritu de las leyes*, en la que aborda la relación de las leyes con los climas, costumbres, religión, etc., y de la soberanía dual establecida en la Constitución de los Estados Unidos de América. En otras palabras, no existió en México uniformidad ni unificación de leyes penales (sustantiva y adjetiva), sino hasta el siglo XXI, en que se unificaron las materias procesal penal, ejecución de penas, y de mecanismos alternativos de solución de controversias aplicables en todo el territorio nacional, como se verá adelante.

<sup>42</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados* [26 de marzo de 2013], disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>

<sup>43</sup> Consejería Jurídica del Distrito Federal, *Página principal de la Consejería Jurídica del Distrito Federal*, [26 de enero de 2020], disponible desde: <http://www.consejeria.df.gob.mx/gaceta.php?gaceta=507>

## IV. Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal en los siglos XX y XXI

### A) *Tendencias uniformadoras*

**1. Plan Sexenal de Gobierno (1934-1940).** El doctor Raúl Carrancá y Trujillo, uno de los conspicuos penalistas mexicanos del primer tercio del siglo XX, afirmó de manera categórica que en México la política criminal ha vivido a la deriva, sin un plan reflexivo, ya que se expiden leyes y medidas pragmáticas momentáneamente puestas en vigor y rectificadas al poco tiempo de ser aplicadas; en un constante hacer y deshacer. Asimismo, aseveró que en el curso de un cuarto del siglo XX se puede hablar relativamente de un plan de política criminal, toda vez que la complejidad de la criminalidad, la inquietud social y las dispares legislaciones penales diseminadas en el territorio de la República, motivaron al entonces Partido Nacional Revolucionario a incluir en el Plan Sexenal de Gobierno de 4 de diciembre de 1933, un programa mínimo de política criminal. Una consecuencia de este Plan Sexenal, refiere que fue la Convención Nacional de Lucha contra la Delincuencia y de Unificación de la Legislación Penal, convocada por el gobierno federal en la capital de la República, en abril-agosto de 1936.<sup>44</sup>

Tocante al Plan Sexenal, es importante destacar sus antecedentes para discernir si se trató de una unificación o una uniformidad de las leyes penales: el Comité Ejecutivo Nacional del entonces Partido Nacional Revolucionario, convocó el 1° de junio de 1933 a la Convención Nacional Ordinaria para designar al candidato a la Presidencia de la República, en cuya base IX se dispuso que el 3 de diciembre de 1933 se celebraría en la ciudad de Querétaro la Segunda Convención Nacional Ordinaria del Partido Nacional Revolucionario. En la Primera Junta Previa a esta Segunda Convención, presidida por el Senador Carlos Riva Palacio, el Secretario Medrano dispuso que con el fin de que los Delegados se prepararan para la discusión de los asuntos que conocería la Convención, se repartirían los

<sup>44</sup> Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Op. Cit.*, pp. 55-56.

Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI

---

Junio 2020

proyectos del Plan Sexenal y de reformas a los Estatutos del organismo, por conducto del representante de cada una de las Delegaciones presentes.<sup>45</sup>

En la segunda Junta Previa de 4 de diciembre de 1933, se designó como presidente de la Mesa Directiva al Gral. y Lic. Sebastián Allende, y como miembros de la Comisión Dictaminadora del Plan Sexenal a Luis L. León, Fernando Moctezuma, Froylán C. Manjarrez, José Luis Solórzano y Alberto Bremauntz; en esa misma fecha, el aludido presidente declaró inaugurada la Segunda Convención Nacional Ordinaria del Partido Nacional Revolucionario.<sup>46</sup>

El Proyecto de Plan Sexenal en materia de gobernación, rubro justicia, señaló que se propugnará, por todos los medios, *la unificación doctrinal técnica y práctica de la legislación civil y penal en el país*, cuya base ideológica será, en lo general, la legislación que rige en el Distrito y territorios federales; y en materia de prevención general y profilaxis social, considera el Partido Nacional Revolucionario que debe atenderse al establecimiento de: Tribunales para menores; Casas de observación para menores; Policía preventiva; Asilos; y Casas de orientación para mujeres, en la forma y términos que mejor llenen las necesidades sociales a que se destinen.<sup>47</sup>

La Comisión dictaminadora propuso modificar el Proyecto del Plan Sexenal para la próxima sucesión presidencial en materia de gobernación, en los términos siguientes:

*El Partido Nacional Revolucionario, ante la inquietud pública originada por la criminalidad creciente y en vista de que la delincuencia constituye un problema único en todo el país, estima que es necesaria la **unificación doctrinal técnica de las legislaciones penales de la República**, a efecto de que sean semejantes la filosofía de los códigos, los delitos penados por las leyes, las penas y medidas*

---

<sup>45</sup> Cfr. Instituto de Capacitación Política, 1933 *Historia documental*, tomo 2, México, Partido Revolucionario Institucional, 1981, pp. 35-39.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 65-66.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 284-285.

*de seguridad que se establezcan, el lenguaje, los términos y los procedimientos aplicables a los juicios. **Esta unificación legislativa se logrará, más que por medio de una reforma constitucional encaminada a la federalización de las leyes penales, por el procedimiento de establecer unidad de criterio entre las autoridades federales y las de los Estados sobre el desarrollo de la política contra el crimen y a virtud de los estudios que sobre esa materia se realicen conjuntamente.***

*No basta que exista una buena administración de justicia, sino que el Gobierno tiene la obligación de establecer normas de orientación moral y de defensa colectiva, respecto a determinados males sociales, y con ese fin, en materia de prevención general y de profilaxis social se dictarán, como principales, las siguientes medidas:*

*1.- Establecimiento, en las capitales de los Estados, de tribunales para menores, en competencia para conocer de los delitos cometidos por menores de 18 años, y de los casos de menores abandonados, pervertidos o en peligro de estarlo; y de “Casas de Observación” también para menores, que estarán separadas de las cárceles preventivas para delincuentes adultos.*

*2.- Creación de una policía preventiva, cuya función, a base de vigilancia técnica, será fundamentalmente la de evitar la incubación de los delitos.*

*3.- Fomento de instituciones de beneficencia, tales como asilos para ancianos e inválidos, casas de orientación para mujeres, dormitorios gratuitos para menesterosos que carezcan de trabajo, hospitales, etc.*

*4. Campaña enérgica para combatir las causas determinativas de la prostitución, a fin de evitar que ésta se constituya en un medio de vida para la mujer; y para evitar la mendicidad profesional.*

*5.- Expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 10° Constitucional, reforma de la legislación penal para prevenir y*

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

*castigar la publicidad escandalosa de crímenes y delitos, o sea la llamada “nota roja” de los periódicos, y supresión de los espectáculos y publicaciones obscenos.*

**6.-** *Legislación enérgica y campaña efectiva tendientes a disminuir el uso de bebidas embriagantes y a prohibir en absoluto el comercio y uso particular de substancias estupefacientes; y fomentar, por ser de interés público el establecimiento de sanitarios (sic) para la curación de alcohólicos y toxicómanos.*

**7.-** *Exacta observancia y debido cumplimiento de la prohibición contenida en la fracción XIII del Artículo 123 Constitucional, relativa a que se establezcan expendios de bebidas embriagantes y casas de juegos de azar en los Centros Obreros, pues es un deber de los más precisos, del Partido Nacional Revolucionario, y por ende, de sus miembros en el poder, de proteger el patrimonio, la moral y el porvenir de nuestras clases laborantes, y el evitar que dilapiden sus salarios, y el reglamentar todo lo concerniente a esta materia.*

*El Partido Nacional Revolucionario considera el trabajo como el medio más adecuado para la regeneración de los delincuentes y también la necesidad de estudiar las condiciones más convenientes para los establecimientos correccionales y presidios a fin de que se logre obtener la regeneración de los individuos confinados en ellos.<sup>48</sup>*

El acta de esta segunda sesión se aprobó en la tercera de 6 de diciembre de 1933, en la que se proclamó al General Lázaro Cárdenas candidato a la Presidencia de la República para el período 1934-1940.<sup>49</sup> Dicho candidato protestó y en su discurso señaló que lo esencial para que puedan realizarse los postulados de la Constitución y las fórmulas de coordinación social contenidas en el Programa de Gobierno del Partido Nacional Revolucionario, que acababa de aprobarse, consistía en que se verificara una plena interpretación revolucionaria de las leyes, por hombres que

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 92-93.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 137 y 142.

sinceramente sintieran la revolución; que fueran cabalmente conscientes de su responsabilidad; que tuvieran verdadero cariño a las masas proletarias y que percibieran con amplitud el espíritu y las necesidades históricas que inspiraron las normas y doctrinas que se han dado al pueblo en sus generosas luchas, para que de esta manera las ejecutaran con resolución y honradez, a fin de lograr el progreso colectivo.<sup>50</sup>

**2. Congreso o Convención Nacional de Lucha Contra la Delincuencia (1936).** En este año, los entonces prominentes licenciados José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Francisco González de la Vega y Raúl Carrancá y Trujillo, presentaron una ponencia en dicha Convención intitulada *La Unificación de las Leyes Penales en México y el Congreso Contra la Delincuencia*, en la que señalaron que la finalidad esencial del Congreso es cumplir con un postulado expreso en el *Plan Sexenal*, según el cual debe procederse a la unificación de la legislación penal en todo el país, por lo que el objetivo fundamental de la Convención es preparar y decidir la unificación de las leyes penales, en cuyas conclusiones primera y segunda señalaron lo siguiente:

**1.** *Unificación de la legislación penal en la república, tomando como base los Códigos vigentes en el Distrito Federal, o sea el Código Penal de 1931 y los Códigos de Procedimientos Penales del mismo año para el Distrito y de 1934 para los Procedimientos Federales.*

**2.** *Aceptar las bases doctrinales técnicas y las reformas indispensables de los Códigos de 1931 que sean de carácter obvio y evidente, que no den motivo a discusiones y retraso, sino que deban aceptarse por su notoria justificación y su indudable eficacia.*<sup>51</sup>

El licenciado Argüelles realizó un balance de la primera Convención Nacional contra la Delincuencia, y señaló que las conclusiones adoptadas por la Asamblea tuvieron un justo remate con la proposición de la Comisión

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>51</sup> Cfr. CENICEROS, José Ángel et al., *La Unificación de las Leyes Penales en México y el Congreso Contra la Delincuencia*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, núms. 1-12, septiembre de 1936-agosto de 1937, pp. 2-6.

Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI

Junio 2020

Dictaminadora para que se *adoptara como Código tipo para la unificación de la legislación penal en toda la República, el Código penal de 1931, sin perjuicio de las modalidades que los diversos Estados tuvieran que adoptar en vista de las exigencias de su especial medio regional.*<sup>52</sup>

**3. II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia.** Este Congreso se realizó del 4 al 11 de mayo de 1963 en la Ciudad de México, convocado por el Lic. Fernando Román Lugo, entonces Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales.<sup>53</sup> En dicho Congreso, el 9 de mayo de 1963 se abordó el Tema IX, denominado *Conveniencia de Unificar la Ley Penal en la República Mexicana en sus Aspectos Sustantivo y Adjetivo*. Los ponentes fueron los licenciados Carlos Curi (sic) Assad, Procurador General de Justicia del Estado de México; y Olga Islas de González Mariscal, Agente del Ministerio Público Auxiliar del C. Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales.

En su intervención, el licenciado Carlos Curi (sic) Assad señaló que como consecuencia del régimen federal adoptado por nuestro país, existían en su territorio dos legislaciones penales: la federal, fundada en la fracción XXI del artículo 73 constitucional, y reglamentada en la fracción I del artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y las locales, que tienen su fuente en el artículo 40 de la Constitución Política, lo cual ha dado origen a un Código Penal Federal que es también Código para el Distrito y Territorios Federales, además de 28 códigos estatales que presentan hondas diferencias técnicas.

Esta pluralidad de legislaciones penales –afirmó el ponente– origina problemas de validez espacial, cuando las fases del *iter criminis* se realizan en varios estados; otro problema es el de los delitos permanentes y continuados cuando tiene lugar en territorios de varios estados, cuya solución ha sido práctica. La *uniformidad* de la legislación penal eliminaría estos conflictos y la aplicación de justicia sería más rápida y efectiva, y

<sup>52</sup> Cfr. ARGÜELLES, Francisco, *Un Balance de la Primera Convención Nacional Contra la Delincuencia*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, núms. 1-12, septiembre de 1936-agosto de 1937, p. 67.

<sup>53</sup> Cfr. *Memoria de la Procuraduría General de la República*, México, 1963, p. 13.

para ello cita como ejemplo de unificación de legislación penal los casos de Alemania y Suiza, para robustecer la necesidad de *uniformidad* de las leyes procesales. *La disyuntiva planteada* –agrega– *entre la unificación de la legislación penal, o su uniformidad*, se resuelve en favor de esta última.

La primera lleva necesariamente a la federalización de la legislación, con la consiguiente reforma del artículo 73 constitucional, lo cual no es aconsejable si constituye restricciones a las soberanías de los estados; con la uniformidad no se afectan éstas, y puede lograrse de dos formas: reformando la constitución para sentar las bases a las que deben ajustarse las legislaciones penales federal y del fuero común; y elaborando, previo convenio, las bases constitucionales o un Código tipo, susceptible de ser expedido en cada entidad –previos sus trámites constitucionales internos–, la cual considera más viable, sin tomar en cuenta ninguno de los códigos vigentes. Sus conclusiones fueron en este sentido.

Por su parte, la licenciada Olga Islas de González Mariscal se refirió al régimen federal como causa de la pluralidad de leyes penales; federalismo que, considera, no surgió de una evolución histórico-política, sino de la admiración y anhelo de imitación a las colonias inglesas de Norteamérica. Destaca como problemas de esa pluralidad de leyes penales, la aplicación en el espacio; la contradicción de una norma local con un tratado internacional; la diferencia del mayor o menor *quantum* de la pena, que genera desigualdad.

Cita los ejemplos de Brasil y Argentina como estados federales y que tienen un Código Penal Único. Aclara que habla de unificación y no de uniformidad. No pretende centralizar el poder legislativo con la unificación, pues el centralismo ya ha demostrado ser un sistema indeseable; y tampoco que se federalice la materia penal, pues no se pretende que el Código Penal Único se imponga a los estados de la Federación, ya que lesionaría su autonomía interior. La forma adecuada para la unificación sería nombrar una comisión redactora de acuerdo con la voluntad expresa de todos los procuradores de la República, la cual se encargaría de elaborar un anteproyecto de ley que sometería a la consideración de todos los procuradores, para que hicieran las modificaciones que considerasen convenientes y, una vez

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

aprobado el proyecto definitivo, cada estado lo adoptaría de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución, propuestas que plasmó en sus conclusiones V, VI y VII.<sup>54</sup>

El Segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia adoptó 56 resoluciones. En la primera, se pronunció sobre la *uniformidad* de las Leyes Orgánicas del Ministerio Público de las Entidades Federativas; en la 51, se pronunció por la *UNIFORMIDAD DE LAS LEYES PENALES EN SUS ASPECTOS SUSTANTIVO Y ADJETIVO EN TODAS LAS ENTIDADES DE LA FEDERACIÓN*; y en el 52, se pronunció en el sentido de que para lograr la uniformidad de la legislación penal, se elaborase un Código Penal tipo en el que se adoptaran, en la parte general, las tendencias modernas relativas a la norma, al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad, consignándose un catálogo de los delitos, las figuras delictivas necesarias para proteger aquellos bienes jurídicos que el Estado debe tutelar, y señalándose las penas cuyo mínimo y máximo tuvieran la amplitud suficiente para la mejor aplicación del arbitrio judicial, entre otras resoluciones.<sup>55</sup>

**4. Instituto de Derecho Comparado.** El doctor Carrancá y Trujillo da cuenta de que el Instituto de Derecho Comparado, actualmente Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por acuerdo del 1º de julio de 1940 realizó trabajos para obtener la *unificación* de la legislación penal mexicana *en materia* de excluyentes de responsabilidad.<sup>56</sup>

Se considera que este trabajo de unificación en realidad fue de uniformidad, es decir, para que las mismas excluyentes propuestas fueran adoptadas en todas las legislaciones penales de la República mexicana, ya que la unificación implicaba unir todas las excluyentes de responsabilidad previstas en los códigos penales de los estados de toda la República en un sólo Código Penal de aplicación nacional, lo cual no es posible sin las modificaciones constitucionales respectivas.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*. La Memoria carece de numeración en la parte de las ponencias, por tal razón no se citan las páginas de donde se tomó la información.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 17.

<sup>56</sup> *Cfr.* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Op. Cit.*, p. 39.

**5. Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATrib).** Motivada por el establecimiento en la Constitución del proceso penal adversarial y acusatorio, dicha Comisión elaboró con académicos un Código Modelo de dicho proceso para los estados de la Federación, en cuya introducción señala que el proceso penal de los estados es en muchos aspectos más importante que en el ámbito federal, lo cual se justifica porque la mayoría de los procesos penales se tramitan en la justicia local y los consensos políticos para la reforma se han alcanzado en los estados. Por ello, la cara de la justicia en México es la de la justicia de los estados, pues inclusive los estados han ido de avanzada, entre ellos Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca. El Código tiene por objeto optimizar los esfuerzos de los estados en concretar la reforma; unificar criterios y evitar la dispersión en la implementación; y romper la inercia de creación de normas, sin contar con la opinión de las instituciones que serán sus aplicadores.<sup>57</sup>

## **B) Tendencias neutras**

El licenciado Celestino Porte Petit Candaudap, jurista mexicano conspicuo de la primera mitad del siglo XX, en un ensayo intitulado *Un propósito de unificación penal*, refiere que ubicado en el sector de la unificación penal, está convencido de que el número de códigos penales existentes en el país y su distinta reglamentación, llega a crear una desarmonía penal que podría evitarse –como repetidamente se ha insistido en los estudios del derecho penal– con alguno de estos dos procedimientos: contando con un sólo *Código Penal* para toda la República mexicana, o bien, adoptándose un *Código patrón* para cada uno de los estados.

Sin pronunciarse por alguno de los dos procedimientos, destaca varios aspectos del Código de Defensa Social de Veracruz, que considera podría utilizarse para intentar la unificación de las leyes penales; asimismo, acomete un estudio comparativo de los códigos penales de los estados de la federación, respecto de algunos tópicos, para reiterar que el Código de

<sup>57</sup> Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, A.C., *Página principal de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, A.C.*, [27 de febrero de 2020], disponible desde: <http://www.conatrib.org.mx/#>

Defensa Social de Veracruz y otros códigos penales de los estados, pueden ser de provecho para la unificación de la legislación penal mexicana. Concluye que en cuanto a la parte general, para dicha unificación no hay que olvidar que suele ocurrir que al emprenderse una empresa renovadora, salen al camino multitud de escollos.<sup>58</sup>

### C) Tendencias unificadoras

**1. Raúl Carrancá y Trujillo. De la uniformidad a la unificación.** En 1936, este jurista se pronunció por la uniformidad; sin embargo, en una conferencia que dictó el 2 de septiembre de 1940 en el salón de actos El Generalito, de la Escuela Nacional Preparatoria, organizado por la Asociación Cultural Universitaria, sostuvo en síntesis lo siguiente:<sup>59</sup>

La legislación de la colonia permaneció en el México independiente. La fuente de la diversidad de la legislación penal, sustantiva y procesal, es el federalismo como imperativo intelectual más que real, cuyos códigos penales están impregnados de los sistemas filosóficos jurídicos de los códigos de 1871, 1929 y 1931. Constitucionalmente, los estados son libres y soberanos en su régimen interior, y el Congreso no tiene facultades para legislar en materia penal para los estados. Pregunta si puede reconocerse doctrinalmente una justificación verdadera a esta pluralidad de legislación penal, para luego responder que si lo penal ampara y protege por medio de la amenaza de la sanción determinados valores indispensables para cierta colectividad humana, ¿cómo es posible que el tránsito de un lugar a otro dentro del mismo país, a través de una convencional frontera de orden administrativo, pueda admitirse esa variante que afecta a la misma sustancia de la sociedad? Lo penal pertenece al orden público y éste no puede ser vario en un mismo país y en una misma sociedad humana. Es absurdo.

Por ejemplo, en Yucatán existe el delito de adulterio y en otros estados no. Tamaulipas creó el nuevo delito de sodomía, consistente en tener

---

<sup>58</sup> Cfr. PORTE-PETIT, Celestino, *Un propósito de unificación penal*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año XIII, núm. 4, abril de 1947, pp. 166-176.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 57-67.

habitualmente relaciones sexuales con personas del mismo sexo, delito que está reclamando mayor finura técnica. Los errores del sistema federal conducen a la impunidad de los delitos y es indispensable corregirlo. Ejemplo, Chiapas construyó la excluyente de robo de indigente en bienes de persona de posición desahogada, lo cual no es justificación del estado de necesidad, sino que es demagogia, ya que busca la distribución de la riqueza por vía de la violencia privada. Numerosas leyes son protectoras del delincuente. Señala como referente para la unificación el Código Penal de 1931; incluso se pronunció por un Código Penal Único para toda la República, que cercene las facultades legislativas en materia penal de los estados, como instrumento jurídico de una política criminal científica.

Menciona que en sus publicaciones en el diario *Excélsior*, de agosto a octubre de 1963, se pronuncia abiertamente por la reforma al artículo 73, fracción X constitucional, para reservar la facultad al Congreso de la Unión de legislar en materia de delitos y penas; de lo contrario, todos los códigos ya estarían uniformados.

Expone su teoría del régimen federal: los estados federales ceden parte de sus facultades soberanas a la federación, la que los ejerce con exclusividad, soberanamente. Los estados federales dejan de ser independientes para ser únicamente autónomos en su régimen interior. Carecen de representación propia ante estados extranjeros. No obstante la autonomía de los estados, se van menguando sus facultades, al sumarse más y varias a la Federación y al Ejecutivo. Menciona ejemplos de estados federados con legislación única, como Argentina, Venezuela, Brasil, Rusia y Yugoslavia, España y Suiza. Concluye con un código penal único para México, lo que no se opone al régimen federal, ni en su esencia ni en sus fundamentos. Lo que se opone es el actual catálogo de facultades que en México es reconocido a la federación, lo cual es cosa distinta y de menor cuantía.

Señala que la manera vernácula de entender el federalismo se ha calificado de extrema, la que le parece absurda y criminal; y cita ejemplos de cómo en algunos estados existe pena de muerte y en otros no; la existencia de diversidad en la denominación de penas y delitos; la variante mayoría de edad; y la falta de uniformidad en los requisitos de procedibilidad.

Menciona el ejemplo del delincuente acusado por fraude cometido en el extranjero y perseguido penalmente por la justicia del país en donde delinquirió, se refugia en México, en el estado de Sonora, donde sabe que se persigue dicho delito por querrela; la extradición procede si la conducta es delictuosa y si el delito se persigue de oficio en ambos países. De lo cual se infiere que no procedería la extradición.

En 1944, el licenciado Rafael Matos Escobedo, profesor de Derecho Procesal Penal en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y Juez Segundo de Distrito en el estado de Veracruz, publicó un libro que lleva por título *La Crisis Política y Jurídica del Federalismo*, en donde señala que se requiere la convocatoria de un nuevo congreso constituyente para convertir nuestro régimen político en monarquía o en república central, ya que los preceptos constitucionales básicos son irreformables para cualquier legislador que no sea el constituyente, porque las adiciones y reformas que autoriza el artículo 135 de la Constitución suponen, lógicamente, que ellas son posibles sin quebranto de la organización y del régimen político federal que la misma Constitución instaure como condición de vida del país.<sup>60</sup>

Asimismo, advierte que en los últimos tiempos se ha puesto en circulación una tendencia centralista que –curiosamente– hasta subvierte el significado de las palabras, pues llama federalizar al hecho de reconcentrar en las manos del gobierno federal, apartándolas de las de los gobiernos locales, funciones públicas notoriamente ajenas a la soberanía federal, y se quiere hacer un solo código penal, un solo código civil, códigos procesales únicos, etc.<sup>61</sup>

Apunta el Lic. Matos que el texto de los artículos 40 y 41 de la Constitución reproduce en fórmulas jurídicas el pensamiento de los legisladores constituyentes de 1824, expresado por Lorenzo de Zavala, Manuel de Villa y Cosío y Epigmenio de la Piedra en el Manifiesto del Congreso General a los Mexicanos fechado el 4 de agosto de 1824, en el que se leen estos conceptos que no han sido variados por ninguna de las Constituciones posteriores:

<sup>60</sup> MATOS ESCOBEDO, Rafael, *La Crisis Política y Jurídica del Federalismo*, México, Editorial Veracruzana, 1944, p. 13.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 121.

*Solamente la tiranía calculada de los mandarines españoles podía hacer gobernar tan inmenso territorio, por unas mismas leyes, a pesar de la diferencia enorme de climas, de temperamentos y de su consiguiente influencia. ¿Qué relaciones de conveniencia y uniformidad puede haber entre el tostado suelo de Veracruz y las heladas montañas del Nuevo México? ¿Cómo pueden regir a los habitantes de la California y la Sonora las mismas instituciones que a los de Yucatán y Tamaulipas? La inocencia y candor de las poblaciones interiores, ¿qué necesidad tienen de tantas leyes criminales sobre delitos e intrigas que no han conocido? Los Tamaulipas y coahuileños reducirán sus códigos a cien artículos, mientras los mexicanos y jaliscienses se nivelarán a los pueblos grandes que se han avanzado en la carrera del orden social. He aquí las ventajas del sistema de federación. Darse cada pueblo a sí mismo leyes análogas a sus costumbres, localidad y demás circunstancias, etc.<sup>62</sup>*

**2. Congreso Científico Mexicano.** Este Congreso sesionó en septiembre de 1951 y su sección de derecho comparado señaló que existía una conciencia nacional que reclama la unificación de las leyes civiles, penales y procesales de la República; y para evitar las incertidumbres, inseguridades, conflictos y dificultades que la multiplicidad legislativa origina en el país, propone al Congreso Científico Mexicano adoptar la siguiente resolución: *I. Debe procederse a la inmediata reforma del artículo 73 constitucional, en su fracción X, para atribuir al Congreso de la Unión la facultad de dictar leyes en toda la República, en materia civil, penal y procesal, en los mismos términos en que están concebidas sus facultades legislativas en las demás materias incluidas en la mencionada fracción X, del artículo constitucional de referencia...*

El Congreso Científico Mexicano solamente aprobó la recomendación para la creación de una comisión que estudiara la conveniencia o inconveniencia de unificar en toda la nación la legislación civil, penal y de procedimientos.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>63</sup> Cfr. CARPIZO, Jorge, *Sistema Federal Mexicano*, Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, núm. 3, julio-septiembre de 1981, p. 129.

**3. Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal.** Se celebró del 14 al 18 de febrero de 1960, y en él se aprobó la existencia de *códigos procesales únicos*, tanto en materia civil como penal.<sup>64</sup>

**4. Doctrina.** El jurista mexicano Jorge Carpizo sostiene que la unificación legislativa en nada afecta el sistema federal, porque no se toca su esencia: la descentralización política, ni tampoco se disminuye la descentralización administrativa.<sup>65</sup> La posible unificación o no de la legislación civil, penal y de procedimientos, en México, no responde a razones de índole jurídica, sino política, y su solución es política porque indudablemente se afectan vínculos emocionales.<sup>66</sup>

Otro jurista mexicano, Ricardo Franco Guzmán, sostiene que las facultades de los estados de la República para legislar en materia penal, en los aspectos sustantivo y adjetivo, son un grave problema para la impartición y procuración de justicia, así como para el ejercicio profesional de los penalistas. Éste tiene su origen en el artículo 117 de la Constitución de 1857, ya que generó un caos ante la falta de uniformidad, unidad y concierto entre los 34 códigos penales; algunos de ellos no se ajustan a las disposiciones constitucionales, y cita como ejemplos los requisitos para librar orden de aprehensión y los elementos para acreditar el cuerpo del delito; algunos otros conservaron la pena de muerte; la pena de prisión es variada en su máximo de duración; en el código federal existen delitos irrealizables; en algunos estados el fraude se persigue por querrela, y en otros de oficio; la determinación de la gravedad del delito es diversa en los códigos procesales, etc.

En América, los países tienen un solo código penal, excepto Estados Unidos de América y México. Y concluye con la siguiente afirmación:

*Es urgente plantear la posibilidad de crear un Código penal General y su respectivo Código General de Procedimientos Penales, ambos*

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 132.

*de aplicación en todo el territorio de la República Mexicana, tanto en el fuero común como en el fuero federal.*

*Dichos códigos se aplicarán por los tribunales federales y locales en la misma forma que se hace respecto de las materias mercantil y laboral.*

*De seguir manteniendo el sistema actual, los únicos beneficiarios serán los delincuentes, especialmente los integrantes de la delincuencia organizada. ¡Luchemos por lograr que la legislación penal y procesal penal sea de carácter federal! <sup>67</sup>*

**5. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, e Instituto Nacional de Ciencias Penales.** Ulrich Sieber, Hans-Jorg Albrecht y Jan-Michael Simon, miembros y representantes del Instituto Max Planck, refieren que estos institutos –en el marco de un acuerdo de cooperación celebrado en 2004– desarrollaron un proyecto relativo a la integración de la diversidad del derecho penal en estados organizados de manera federal, y de sistemas organizados de manera supranacional, mediante los enfoques de derecho penal comparado, límites del derecho penal, sanciones jurídico-penales e investigación empírica del procedimiento jurídico-penal.

Derivado de lo anterior, señalan que del 29 de septiembre al 1 de octubre de 2004 se realizó en la Ciudad de México una conferencia internacional, cuyo objetivo fue hacer un inventario, análisis y evaluación de las diversas facetas del derecho penal y de los modelos de integración, el discurso crítico sobre la necesidad y las condiciones para la integración del derecho penal en los Estados Unidos Mexicanos. Advierten que las aspiraciones mexicanas de reforma tienen como objetivo la armonización y unificación del Derecho Penal, aunque enfrenta serias dificultades por la aplicación de diferentes códigos en los estados, los cuales divergen en cuanto a sus sociedades y culturas.

<sup>67</sup> Cfr. FRANCO GUZMÁN, Ricardo, El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal, en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés (coord.), *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México, Editorial *Ius Poenale*, 2003, pp. 201, 204-208.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

Destacan que Michael Tonry remarcó la posibilidad de que (comparado el número de órdenes jurídicos y número de población incluida) todo intento *top-down* de arriba (federación) hacia abajo (estado), destinado a igualar diferencias locales con un estándar superior, sea adaptado por los aplicadores del derecho en el estado a las diferencias locales. Esto no solamente frustraría el efecto armonizador planteado por la federación, sino que llevaría a efectos no deseados de adaptación para el estado. Mencionan que Ulrich Sieber ha propuesto (lo que una y otra vez se ha intentado en México desde los años cincuenta) aplicar códigos modelos como instrumentos de integración, y para ello recurrir al derecho penal comparado.<sup>68</sup>

En su ponencia, Michael Tonry refiere que los enfoques en las divisiones de funciones entre los gobiernos federales y estatales en los sistemas políticos federales son: a) Códigos procesales y sustantivos nacionales administrados por agencias a nivel estatal (Alemania); b) Códigos procesales y sustantivos nacionales con la administración dividida entre agencias federales y estatales (Canadá); c) Códigos penales nacionales, pero con códigos procesales estatales, administrados principalmente por agencias estatales (Suiza); d) Sistemas de sanciones y códigos procesales sustantivos y nacionales que coexisten con códigos procesales sustantivos de nivel estatal y sistemas de sanciones administrativas, respectivamente, por agencias estatales y federales (Australia, Estados Unidos y México); e) Sin códigos procesales y sustantivos a nivel nacional, con sistemas punitivos y códigos procesales y sustantivos existentes solo a nivel de Estado y administrados sólo a nivel estatal (Unión Europea).<sup>69</sup>

Afirma que para Estados Unidos, México o potencialmente para Europa, la armonización de la legislación penal requiere de una estandarización en las políticas sobre ciertos factores, tales como en la pena capital, severidad de la sanción, tendencias en la política penal (tasas de reclusión), severidad determinada de otra forma (sentencias de prisión frecuentes pero cortas o más largas), razones normativas de reclusión (ideas retributivas

---

<sup>68</sup> SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Hacia la unificación del Derecho Penal*, 2ª. edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011, pp. 13-14 y 16.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 252.

y proporcionalidad en la sanción; o ideas utilitarias de rehabilitación y prevención) y opciones de sanciones (libertad vigilada, multas estigmatizantes, vigilancia electrónica, arresto domiciliario, etc.).<sup>70</sup>

Considera que la unificación de los sistemas punitivos y de los códigos penales en Europa es una mala idea. Afirma que no conoce lo suficiente acerca de México para expresar su opinión, pero considera que debe destacarse la importancia de avanzar hacia sistemas de justicia más profesionales y menos corruptos, más modernos, para alcanzar un sistema punitivo humano y efectivo. También sostiene que la ineficiencia y la corrupción en los sistemas de justicia de los estados de la República mexicana pueden ser tan notorios, que la estrategia más adecuada para resolver esos problemas consista en establecer códigos de procedimientos y leyes penales sustantivas uniformes, así como sistemas de sanciones a nivel nacional; y, por medio de la aplicación de estándares federales externos, trabajar y mejorar la operación de los sistemas de justicia penal individuales.<sup>71</sup>

No obstante, agrega que en México, un país con más de cien millones de habitantes y con 31 estados, es probable que las culturas legales y políticas de cada entidad difieran notablemente, y que los especialistas encuentren manera de frustrar la aplicación de estándares nacionales verticales, lo que parece en gran medida afectar la efectividad de los esfuerzos por una armonización nacional. Si esto es cierto y si algunos estados han modernizado y profesionalizado los sistemas de justicia que no están corrompidos, un efecto de la armonización sería socavar su integridad y durabilidad.

Para concluir, afirma que en México la cuestión crítica de las políticas es la minimización del uso de la reclusión, pues ya sea por disponibilidad de recursos o de plausibilidad psicológica, las políticas que permiten el amplio uso de la reclusión minan la creación y operación de sistemas punitivos que requieren de un mayor número de sanciones comunitarias; inclusive

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 254-258.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 271.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

si se fomentaran metas de profesionalización y modernización mediante la adopción de sistemas punitivos y leyes penales sustantivas unitarias, la permisión de altos niveles del uso de la reclusión terminará por debilitar la aplicación de sistemas punitivos justos y efectivos.<sup>72</sup>

**6. Titular del Poder Ejecutivo Federal.** El 9 de marzo de 2007, el Lic. Felipe Calderón Hinojosa, entonces titular del Poder Ejecutivo Federal, suscribió una iniciativa con proyecto de decreto de reforma de diversos artículos constitucionales, entre ellos el 73, fracción XXI, para otorgar al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia penal, procesal penal y ejecución de penas con aplicación de ellas en toda la República por las autoridades de la federación, estados y Distrito Federal; así como determinar la competencia de cada una de ellas. La iniciativa fue presentada en el Senado de la República y publicada en su Gaceta el 13 de marzo de 2007.<sup>73</sup>

**7. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.** Durante su gestión como titular de la Secretaría Técnica, el Lic. Felipe Borrego Estrada contrató los servicios del Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor a efecto de que elaborara una monografía en torno a la posibilidad de unificar la legislación procesal penal. Resultado de ello fue la publicación del texto *Codificación Procesal Penal Única en la República Mexicana a la luz del Sistema Acusatorio*, por parte de la Secretaría de Gobernación. En su nota conclusiva y en sus conclusiones 15 y 16, el autor afirma que la unificación de la legislación penal no afectaría la esencia del federalismo mexicano y la unificación legislativa de la materia procesal penal requiere modificar el artículo 73, fracción XXI, y 122 constitucionales, con el propósito de facultar al Congreso de la Unión para expedir las normas penales adjetivas que correspondan.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 271-272.

<sup>73</sup> Cámara de Senadores, *Página principal del Senado de la República*, [4 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=11710>

<sup>74</sup> Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, *Página principal de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*, [7 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/PubIDGEPN>

**8. Titular del Poder Ejecutivo Federal y Partidos Políticos.** Los entonces presidentes de la República, Enrique Peña Nieto; del Partido de la Revolución Democrática, Jesús Zambrano Grijalva; del Comité Ejecutivo del Partido Revolucionario Institucional, María Cristina Díaz Salazar; y del Partido Acción Nacional, Gustavo Madero Muñoz, suscribieron el 2 de diciembre de 2012 un documento de carácter político denominado Pacto por México, el cual contiene cinco Acuerdos; y precisamente en el Acuerdo 3, relativo a la Seguridad y Justicia, en su numeral 3.4 se convino:

*Implantar en todo el país un Código Penal y un Código de Procedimientos Penales Únicos.*

*Se creará un Código Penal Único para homogeneizar las causales del delito en todo el país y así lograr acciones más coordinadas y eficaces de las policías y los sistemas de justicia. (Compromiso 78).*

*Se legislará un Código de Procedimientos Penales Único para todo el país, con la finalidad de establecer elementos procesales homogéneos y congruentes con el establecimiento de un sistema penal acusatorio y oral. (Compromiso 79)<sup>75</sup>*

**9. Academia Mexicana de Ciencias Penales.** Esta institución se pronunció a favor de la unificación legislativa en materia penal, por lo que considera necesario y justificado facultar al Congreso de la Unión a fin de que expida el Código Penal Único para toda la República, lo que resolvería los problemas notorios que suscita la existencia de más de 30 códigos penales en nuestro país, y permitiría contar con un instrumento eficaz al servicio de la seguridad y la justicia.<sup>76</sup>

**10. Iniciativa sobre el Código Penal Único.** La entonces Diputada Federal Zuleyma Huidobro González, del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano, presentó una iniciativa que expide el Código Penal Único, la cual fue publicada en la Gaceta Parlamentaria de 19 de marzo de 2013.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Presidencia de la República, *Página principal de la Presidencia de la República*, [8 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.presidencia.gob.mx/>

<sup>76</sup> Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Revista Criminalia*, año LXXIX, núm. 1, enero-abril de 2013, México, Porrúa, p. 293.

<sup>77</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, [9 de marzo de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/mar/20130319-VII.pdf>

**11. Simposio sobre “El Código Penal Único” en la Facultad de Derecho de la UNAM.** La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, como parte de sus actividades del mes de mayo de 2013, realizó un simposio sobre “El Código Penal Único”, en el que el ministro Juan Silva Meza señaló que se han dado argumentos que ponen en duda la idoneidad de un Código común al Estado mexicano, y el principal es el de la esencia del federalismo y el reconocimiento de diferencias culturales, étnicas, etc. Respecto del federalismo, éste se hace patente y se fortalece al defenderse la facultad soberana de cada una de las entidades federativas en lo concerniente a su régimen interior. Sin embargo, podría ser una interpretación desproporcionada debido al alcance del término soberanía, ya que este tema pudiera versar sobre la autonomía, mas no sobre la soberanía.<sup>78</sup>

El magistrado Marco Celis Quintanal, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán, expresó que para hablar del Código Penal Único es necesario hablar de constitucionalismo, porque se trata de un estado federal; por ello dio lectura a los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para asegurar que este modelo federal fue copiado por México del sistema estadounidense, lo que implica un reconocimiento a los estados y a su régimen interior; es decir, un reconocimiento a la autonomía de cada estado. La base del estado federal es la distribución de competencias, o sea, la Federación centraliza determinadas facultades y competencias, de modo que los estados se quedan con determinadas competencias. La autonomía de un estado implica dos aspectos fundamentales: a) capacidad de darse sus propias normas y b) capacidad de elegir a sus propios gobernantes. ¿Qué pasa cuando la capacidad de elegir sus propias normas le es limitada? ¿Seguirá siendo un estado federal? ¿Los estados realmente podrán seguir teniendo autonomía? La respuesta es no, lo único que debe hacerse es un cambio en la distribución de competencias en la Constitución.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Universidad Nacional Autónoma de México, *Gaceta Electrónica de la Facultad de Derecho El búho*, vol. 3, núm. 5, 2013, [10 de marzo de 2020], disponible en: [revistas.unam.mx/index.php/derecho/issue/view/3078/showToc](http://revistas.unam.mx/index.php/derecho/issue/view/3078/showToc)

<sup>79</sup> *Idem*.

Sin embargo, apuntó que el artículo 39 sólo permite la modificación en la forma de gobierno, pero no da permiso de cambiar la estructura federal, es inamovible. Los problemas que se plantean sobre el Código Penal Único no se solucionan con un nuevo código para toda la nación; el Código Penal Federal –señaló– tiene sus propios problemas de ingenio y filosofía.

Contar con un código para toda la Federación, no es la solución. El gran problema de los códigos penales dentro de la política criminal de cada estado no es de legislación; si bien es cierto que el sistema procesal debe ser modificado, el hecho de aumentar las penas o los delitos no es la solución, pues lo que aqueja realmente a México es la impunidad, además de la incapacidad para investigar los delitos, lo que implica dos grandes riesgos: condenar a un inocente y generar una política criminal totalmente improvisada que conlleve impunidad. A manera de conclusión, aseveró que no necesariamente la diversidad de penas o de leyes constituye el problema; está en otro lado al que se debe atacar. El Código Penal Único tiene sus ventajas, pero no resuelve la problemática penal en nuestro país.<sup>80</sup>

**12. *Iniciativa sobre legislación penal sustantiva.*** Los entonces diputados federales Alberto Martínez Urincho y Juan Romero Tenorio, del Grupo Parlamentario Movimiento Regeneración Nacional, presentaron una iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 12 de septiembre de 2017.<sup>81</sup> La propuesta legislativa consiste en otorgar facultades al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia sustantiva penal, en la cual se contemplará la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades y los municipios.

Los argumentos contenidos en la iniciativa consisten en que 33 códigos penales no se justifican; no se trata de razones vinculadas con el federalismo, sino de argumentos de puro sentido común; la unidad en la justicia penal se funda en una necesidad lógica y práctica; señala a académicos que

---

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Gaceta Parlamentaria, [15 de marzo de 2020], disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

se pronuncian por la legislación penal única; e inclusive, la decisión del Congreso Científico Mexicano en 1951 de otorgar al Congreso de la Unión la facultad para dictar leyes en toda la República en materia penal, entre otras.

Señalan los iniciantes que al parecer no existen razones válidas para que en una entidad federativa exista un delito que en otra no lo sea; tampoco entienden por qué motivo una conducta delictiva merece una pena de 10 años en un estado y de 40 años en otro, y pregunta: ¿la vida, la integridad física y la propiedad merecen mayor protección dependiendo del lugar? En algunos estados la mayoría de edad se alcanza a los 16 años, en otros a los 17 y en unos más a los 18; los estados que consideran penalmente responsables a los menores de 18 años de edad violan los derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.

Mencionaron los iniciantes que el titular de la Procuraduría General de la República, en julio de 2017, durante la XXXVII Asamblea Plenaria de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, se pronunció por un Código Penal Único, ya que la asimetría en los códigos estatales crea disparidad en los criterios al momento de integrar carpetas de investigación.

Los iniciantes destacan los argumentos del Dr. Ricardo Franco Guzmán, respecto a que casi todos los países tienen un código penal; las dos excepciones en América son los Estados Unidos de América y México. En Suiza, o Confederación Helvética, existen más de 20 cantones y cuatro lenguas oficiales, con gran diversidad de usos y costumbres; sin embargo, en 1937 entró en vigor el Código Penal Suizo, aplicable en todo el territorio. En Brasil y Alemania, que son estados federales, existe un solo código penal.

**13. Instituto Nacional de Ciencias Penales.** En el Informe de Rendición de Cuentas de Conclusión de la Administración 2012-2018 de 31 de octubre de 2018 del Instituto Nacional de Ciencias Penales, en el rubro Programa Sectorial de Procuración de Justicia 2013-2018, numeral 2.1.3., se señala que a finales de diciembre de 2017 se elaboró un proyecto de Código Nacional Penal con el objeto de unificar los tipos penales de los códigos

penales estatales y el Federal, así como los criterios internacionales con la legislación penal, para tener un Código Penal Único que rija en todo el territorio nacional.<sup>82</sup>

**14. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.** El 21 de mayo de 2019, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión realizó el Foro “Diálogos y perspectivas hacia un Código Penal Único: una visión de género y derechos humanos”,<sup>83</sup> en el que participaron diputadas y académicos que se pronunciaron por un código penal único, y de los cuales se exponen brevemente sus ideas.

Respecto de las legisladores, la diputada María del Pilar Ortega Martínez, presidenta de la Comisión de Justicia, refirió parte de la problemática del modelo de soberanía de los estados, como el de la diversidad de penas para un mismo delito; y el modelo de homologación de criterios en un estado de derecho y protección de los derechos humanos. La diputada María Guadalupe Almaguer Pardo, mencionó la problemática que enfrentan los ministerios públicos al tener que operar amasijos del código penal; y que el incremento de la pena en materia de violencia contra las mujeres no ha funcionado. La diputada Claudia Pérez Rodríguez señaló que un código penal único daría certeza jurídica a todos los estados, pero también se debe tomar en cuenta que existen diferencias en sueldos y capacitación de ministerios públicos y jueces entre los estados. La diputada Martha Tagle Martínez expresó que existe sobrerregulación que causó corrupción; criticó el tipo penal de feminicidio de los estados y afirmó que no debe pensarse en centralismo, sino en delitos y protección de derechos humanos. La diputada Lorena Villavicencio Ayala, propuso conformar un grupo de expertos para elaborar el código penal único, además del elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, y solicitar a ONU Mujeres –presentes– una propuesta del delito de feminicidio.

<sup>82</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, [17 de marzo de 2020], disponible en: <http://www.inacipe.gob.mx/administracion/TercerInformeRendiciondeCuentas.pdf>

<sup>83</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, [20 de marzo de 2020], disponible en: [canaldelcongreso.gob.mx/vod/reproducir/0\\_5dsrnjpi/Foro+Diálogos+y+perspectivas+hacia+in+código+penal+único%3a+una+visión+de+género+y+de+derechos+humanos](https://portales.diputados.gob.mx/CEDIP/informacion-general?men=05d0ff06-23a1-4b0b-a5e8-d6a054550311&menu=Acerca%20de&lateral=false)

En cuanto a los académicos, el doctor Moisés Moreno Hernández aseveró que la función del derecho penal es proteger los bienes jurídicos de la colectividad, lo cual no se ha cumplido en una medida razonable porque el derecho penal está saturado; se observa en agencias, juzgados y cárceles, así como en la legislación, si se regula una enorme cantidad de delitos, por lo que debe ajustarse a la Constitución y tratados internacionales. No hay forma igualitaria de impartir justicia, por lo que se ha planteado la necesidad de un código penal, el cual debe: responder a las exigencias y necesidades nacionales, a nuestra realidad, que corresponda a las exigencias democráticas de derecho; garantizar el respeto a los derechos humanos y los límites de las potestades penales; tomar en cuenta la transformación del delito nacional e internacional; considerar los instrumentos jurídicos internacionales, y la diversidad sociocultural del país. Los medios alternativos de solución de conflictos previstos en el artículo 17 constitucional despresurizan el sistema de justicia penal.

El doctor Ricardo Franco Guzmán expresó que desde 1945 supo de la dispersión de la legislación penal, y desde entonces ha pugnado por su unificación; Estados Unidos de América, Australia y México no tienen un código penal único. México, al copiar a los Estados Unidos de América, no se reservó la Federación la facultad de legislar en materia penal. Cada estado tiene disposiciones diversas, como en el caso del aborto, en unos se sanciona y en otros no; la edad para la responsabilidad penal en unos es a los 16, en otros a los 17 y en los demás a los 18 años. Suiza, aunque tiene muchos cantones y cuatro lenguas oficiales, solamente tiene un código penal. Concluyó con el aserto de que urge un código penal único que se despoje de una visión patriarcal, misógina, religiosa y que garantice la perspectiva y equidad de género.

## **V. Organización de la legislación penal en los Estados Unidos de América**

**L**a Constitución de los Estados Unidos de América data del siglo XVIII, y ha sido objeto de un proceso de constitucionalización de la justicia

penal, lo que se advierte por medio del *Bill of Rights*, el cual era aplicable –antes de la guerra civil– sólo para los órganos federales; sin embargo, la mayoría de los casos penales se daban a nivel estatal, lo que motivó al Congreso –después de la guerra civil– a redactar la XIV enmienda constitucional para obligar a los estados a respetar los derechos de los ciudadanos reconocidos en el ámbito federal.

Pero la Suprema Corte de Justicia –entre la guerra civil y la década de los 30’s del siglo pasado– ignoró el clamor de las minorías raciales y no puso mucha atención a los derechos y garantías procesales de los acusados; en lugar de incorporar el *Bill of Rights* a la protección brindada en la enmienda XIV, elaboró la doctrina *fundamental fairness* (justicia fundamental), la cual consistía en que los estados debían proporcionar a las personas, dentro de sus jurisdicciones, los derechos implícitos en el concepto de una libertad con orden, que están en los fundamentos de las instituciones civiles y políticas, de manera que el *Bill of rights* sería una guía.<sup>84</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Suprema Corte, presidida por el juez Warren, fue incorporando por medio de la doctrina selectiva las garantías federales (*Bill of Rights*) a las jurisdicciones penales estatales, a través de la cláusula del debido proceso de la XIV enmienda.<sup>85</sup>

McGee Jr. afirma que en Latinoamérica la tendencia ha sido establecer gobiernos centralizados con Ejecutivos fuertes, trayendo como consecuencia el desarrollo de un ordenamiento jurídico uniforme, en donde las divisiones federales se ajustan a las exigencias de la administración central. La experiencia norteamericana ha corroborado la de las naciones latinoamericanas. Es de la opinión que en la revolución continua de brindar mayor protección a los derechos humanos, la autonomía estatal ha mermado, al tiempo que el poder federal ha aumentado; es decir, han mejorado los derechos humanos y erosionado el poder estatal. Esta revolución se asemeja al ideal mexicano de que las garantías fundamentales sean protegidas por una norma fundamental a nivel nacional, sin disminuciones de las partes de las divisiones políticas.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> MCGEE Jr., Henry W., El procedimiento penal y la revolución sin fin, tomo II, en: *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, pp. 587, 591-592.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 593.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 599.

Jacobs destaca que el Instituto Norteamericano de Derecho redactó en las décadas de 1950 y 1960 el Código Penal Modelo, el cual adoptaron dos tercios de los estados de la Unión Americana. Cada uno de los estados de la Unión Americana y el gobierno federal tienen sus propios reglamentos de procedimiento penal.<sup>87</sup>

## VI. Modelos de legislación penal unificada en Estados federados

**A) Brasil.** La Constitución de este país, de 1988, establece en su artículo 1º que la República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados, municipios y el Distrito Federal, constituye un Estado democrático de derecho y tiene como fundamentos: I. La soberanía; II. La ciudadanía; III. La dignidad de la persona humana; IV. Los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; y V. El pluralismo político.<sup>88</sup>

Dentro de la Organización Político-Administrativa de la República Federativa de Brasil se encuentra, además de los estados, municipios y el Distrito Federal, la Unión, todos autónomos, según el artículo 18, párrafo primero, constitucional.<sup>89</sup>

A la Unión le compete privativamente legislar sobre derecho penal y procesal, entre otras materias, de acuerdo al artículo 22, numeral 1, de la Constitución. Y el artículo 24, numerales 1 y 11, dispone que compete a la Unión, a los estados y al Distrito Federal legislar en forma concurrente sobre derecho penitenciario y procedimientos en materia procesal.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> JACOBS, James B., Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos, en: *La Justicia Penal en Estados Unidos*, Periódico electrónico, Temas de la Democracia del Departamento de los Estados Unidos, vol. 6, núm. 1, julio de 2001, pp. 9-10, disponible en: <http://usinfo.state.gov/journals/joursps.htm>

<sup>88</sup> Cámara de Diputados del Congreso Nacional de Brasil, [23 de marzo de 2020], disponible en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-norma-pl.html>

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> *Idem*.

Ana Lucía Sabadell, catedrática de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil, señala que existen problemas de competencia legislativa (de organización del poder judicial y de política del Derecho), como resultado de la compleja división de competencias entre la Unión y los estados en el sistema federal brasileño. Destaca que la ausencia de códigos locales no significa homogeneidad de decisiones en el ámbito de la Federación, por diversos factores como el ejercicio del poder discrecional, la concepción del Derecho de cada magistrado y su formación política, así como las particularidades regionales.<sup>91</sup>

Esta jurista brasileña pasa revista a las constituciones de su país: la de 1824, con poder centralizado, lo que le dio competencia para legislar al poder legislativo central; por ende, en 1830 se expidió el Código Criminal del Imperio y en 1832 el Código de Proceso Penal Criminal. La Constitución de 1891 instauró un federalismo de palabra, ya que al restringir la autonomía de los estados, permitió la centralización del poder por la Unión, y al no especificar la competencia de los estados para legislar en materia procesal. La Constitución de 1934 le dio competencia solamente a la Unión para legislar en materia penal y procesal penal, según su artículo 5, fracción XIX, a). La Constitución de 1937, en su artículo J6, fracción XVI, confirió competencia exclusiva a la Unión de legislar sobre derecho penal y derecho procesal, pero autorizaba en el artículo J7 que los estados legislaran con estricto control federal, en caso de necesidad de atender a particularidades regionales. En 1941 se expidió el nuevo Código Procesal Penal, actualmente en vigor: las constituciones de 1946 y la de 1967, creada por la dictadura militar. La Constitución de 1988 en vigor, dio continuidad a la centralización de la legislación penal.<sup>92</sup>

Los problemas surgen cuando las legislaciones procesal penal y penal deben ser aplicadas por una justicia organizada de forma autónoma en cada estado, pues la mayoría de los delitos son competencia de los estados

<sup>91</sup> Cfr. SABADELL, Ana Lucía, Los problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil, en: SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Op. Cit.*, p. 177.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 178-188.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

y la justicia federal tiene competencia muy restrictiva. La justicia estatal está definida por la Constitución de cada estado y por cada tribunal de justicia que elabora su ley de organización judicial.<sup>93</sup>

Apunta que existen dos cuestiones que inciden en la homogeneidad de las prácticas de decisión:

1. Diversidad de parámetros empleados por los jueces para el ejercicio de la función discrecional otorgada por el legislador en materias como la libre evaluación de las pruebas, determinación de la pena, arresto y libertad provisional.
2. Actuación creativa de algunos jueces contra la ley, cuya tendencia es llamada derecho alternativo. Son jueces “progresistas” que desarrollan jurisprudencia garantista y despenalizadora, y se preocupan por la tutela de los derechos de los más débiles. También se identifican con esta corriente los jueces conservadores y eficientistas, quienes aceptan la flexibilidad de las reglas procesales con el objetivo de lograr una mayor eficacia punitiva.<sup>94</sup>

Advierte que con la estrategia centralizadora de la justicia estatal y la justicia federal, la práctica impondría la federalización de la policía judicial; es decir, para federalizar la administración de justicia se requiere reforma constitucional.<sup>95</sup>

**B) Canadá.** La Constitución canadiense está compuesta de estatutos escritos y no escritos, costumbres, decisiones judiciales y tradiciones. La parte escrita de la Constitución consiste en la Ley de la Constitución de 1867, en la que se creó una Federación y la división de poderes legislativos entre el federal y los gobiernos provinciales.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 189-190.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 190-191.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 197-198.

<sup>96</sup> Parlamento de Canadá, *Página principal del Parlamento de Canadá*, [24 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.parl.gc.ca/ParlInfo/compilations/Constitution.aspx?Menu=Constitution>

Las secciones 91 (27) y 92 de la citada Constitución canadiense establecen las facultades legislativas del gobierno federal y de las provincias. La primera de ellas se refiere al gobierno federal sobre el derecho penal y procedimientos penales, lo que a primera vista no tiene complicaciones. Sir John A. McDonald, vinculado con el desarrollo de la Federación canadiense, aseveró que la determinación de qué es un delito y qué no, y cómo debe sancionarse, queda en manos del gobierno federal; de ahí la importancia que se tenga del mismo derecho penal en todas las provincias, que lo que constituya un delito en la América británica lo sea también en otro sitio; es decir, la misma protección para la vida y los bienes en una provincia como en otra.<sup>97</sup>

En principio, se emitieron decretos para varios delitos, y después –en 1892– se unificó el derecho penal y sus procedimientos bajo un solo estatuto; pero a pesar de ello hay gran número de disposiciones federales penales, como la Ley de Justicia Penal para Jóvenes, Ley de Delitos de Guerra y Delitos contra la Humanidad, Ley de Sustancias y Medicamentos Controlados.<sup>98</sup>

La sección 91 (15) de la Constitución de Canadá reserva a las provincias la facultad legislativa sobre la imposición del castigo mediante multas, sanciones o la reclusión para la aplicación de cualquier Ley Provincial en relación con todo asunto que provenga de cualquiera de las clases de asuntos enumerados en dicha sección. Es decir, esta disposición reserva la facultad de la provincia para imponer sanciones penales, incluyendo disposiciones aplicables a delitos y la reclusión, los cuales deberán ser juzgados y sancionados ante los tribunales, mientras su objetivo sea la aplicación de la ley provincial en torno a cualquiera de sus facultades.<sup>99</sup>

La Constitución de Canadá de 1867, en su sección 92 –relativa a los poderes exclusivos de las legislaturas provinciales– dispone el establecimiento, mantenimiento y administración de las cárceles públicas

<sup>97</sup> Cfr. PIRAGOFF, Donald K., Derecho Penal Unitario en un sistema federal: la experiencia canadiense, en: SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Op. Cit.*, pp. 53-54.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 59.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

y reformatorios en y para la provincia; y la administración de justicia en la provincia, incluyendo la constitución, mantenimiento y organización de las cortes provinciales, de la jurisdicción civil y criminal, e inclusive el procedimiento en materia civil en esas cortes; así como la imposición de penas por multa o prisión para hacer cumplir cualquier ley de la provincia respecto a cualquier asunto en todas las materias señaladas en esta sección, según los numerales 6, 14 y 15, respectivamente.<sup>100</sup>

Como ejemplo de la participación de las provincias de Canadá en la legislación penal, puede citarse el hecho de que la oficina del abogado de la corona (*Crown Attorneys' Office*) publicó en noviembre de 2009 un libro-guía de políticas y procedimientos para la conducción de enjuiciamientos criminales en la provincia Isla Príncipe Eduardo (*Guide Book of Policies and Procedures for the conduct of criminal prosecutions in Prince Edward Island*).<sup>101</sup>

Piragoff afirma que la división de las competencias federal y provincial en cuanto al derecho penal, no es una fuente significativa de dificultades, sino una fuente de fortaleza para su Federación.<sup>102</sup>

**C) Alemania.** El Código Penal que rige en Alemania es el de 1872, del cual refiere el penalista español Luis Jiménez de Asúa es más de tipo francés que tudesco, a pesar de que al transformarse en Código del Imperio se introdujeron reformas para germanizarle. Añade que los códigos de Francia, Italia y Alemania, fueron modelo en que se inspiró la codificación penal de Europa y de Hispanoamérica.<sup>103</sup>

Los estados alemanes tenían sus respectivos códigos penales. El 31 de mayo de 1870 se promulgó el Código Penal para la Confederación de los Estados de Alemania del Norte, y empezó a regir el 1º de enero

<sup>100</sup> Gobierno de Canadá, *Página principal del Gobierno de Canadá*, [24 de marzo de 2020], disponible desde: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-4.html#h-19>

<sup>101</sup> Departamento de Medio Ambiente, Trabajo y Justicia de la Provincia Prince Edward Island de Canadá, *Página principal del Departamento de Medio Ambiente, Trabajo y Justicia*, [25 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.gov.pe.ca/jps/index.php3?number=1027245&lang=E>

<sup>102</sup> PIRAGOFF, Donald K., *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>103</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 4ª edición, Argentina, Losada, 1977, p. 317.

de 1871. Cuando se crea el *Reich*, conforme al párrafo 2° de la Constitución de 16 de abril de 1871, se promulgó el Código Penal del Imperio Alemán –el 15 de mayo de 1871– y llegó a ser un Código para todo el *Reich* hasta el 1° de enero de 1872, cuando se extiende a Baviera, Wurttemberg y Baden. Con la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919, se dejan sin vigencia los preceptos sobre la protección penal de la monarquía. Los nazis realizaron reformas parciales y expidieron algunas leyes especiales, a las cuales pusieron fin las potencias aliadas (Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética), la Conferencia de Potsdam y el Consejo de Control.

Añade que la República Federal Alemana (occidente) publicó su Constitución el 20 de mayo de 1949 y realizó modificaciones al Código Penal. En la República Democrática Alemana (oriente) se dictó su Constitución y el 15 de diciembre de 1950 una Ley de Defensa de la Paz y Tribunal para Jóvenes, entre otras.<sup>104</sup>

La reunificación de Alemania, a partir del 3 de octubre de 1990, mediante Convenio de Unificación de 31 de agosto de 1990, no implicó ninguna reforma del Código Penal alemán federal, sino que se extendió a los nuevos Lander federados germano-orientales; es decir, rige para toda Alemania la parte general del Código Penal, incluso para los pocos tipos del Código Penal de la República Democrática Alemana que aún continúan en vigor.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 359-380.

<sup>105</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1° edición, España, Civitas, 1997, p. 127.

## VII. Reforma constitucional para la unificación de la legislación en las materias procesal penal, mecanismos alternativos de solución de controversias y ejecución de penas

### A) Cámara de Origen: Senado de la República<sup>106</sup>

1. En el segundo periodo ordinario del primer año legislativo de la sexagésima segunda Legislatura, fueron presentadas en la Cámara de Senadores tres iniciativas que incidieron en las facultades constitucionales del Congreso de la Unión, en el sentido de que se le arrogara la facultad de expedir un Código de Procedimientos Penales para toda la República, aplicable tanto por las autoridades del fuero federal como del fuero común, así como para los mecanismos alternativos de solución de controversias y en materia de ejecución de penas. Estas iniciativas se vinculan con las más importantes reformas constitucionales en lo que va del siglo XXI en materia de justicia: nuevo sistema penal adversarial y acusatorio; juicio de amparo; y derechos humanos.

Las iniciativas en comento, son las siguientes:

a) La presentada por el senador Roberto Gil Zuarth, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, por medio de la cual propuso la reforma de los artículos 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de otorgar al Congreso de la Unión las facultades para expedir la legislación en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, y la relativa a un Código de Procedimientos Penales, aplicables dichos instrumentos normativos en toda la República por las autoridades federales y locales. Dicha propuesta está motivada por la diversidad en la estructura y contenido de la legislación procesal penal en vigor, que han emitido algunos estados de la República para implementar el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y adversarial.

<sup>106</sup> Cfr. Gaceta del Senado de la República, *Página Principal del Senado de la República*, [27 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.senado.gob.mx/>

La iniciativa destaca los aspectos relevantes de tal diversidad, para luego afirmar la necesidad de uniformar la legislación en las materias señaladas, en aras de una mejor administración y procuración de justicia. Esta iniciativa fue turnada a las comisiones de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, Primera, para su análisis y elaboración del dictamen correspondiente.

**b)** La presentada por la senadora María del Pilar Ortega Martínez y los senadores Roberto Gil Zuarth, Raúl Gracia Guzmán, Carlos Mendoza Davis y José María Martínez Martínez, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, en la que propusieron la reforma de los artículos 20, 73 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por medio de los cuales se otorgaba de manera exclusiva al Congreso de la Unión la facultad para expedir la legislación procesal penal y de ejecución de sanciones penales aplicables por la Federación, los estados y el Distrito Federal. La iniciativa tiene por objeto evitar la dispersión normativa, criterios contradictorios e inclusive inseguridad jurídica, ya que estos factores pueden generar impunidad y que la delincuencia proliferen. Por ello estiman necesario un sistema jurídico uniforme, con base en una política criminal coherente y congruente con las nuevas bases constitucionales del sistema de justicia. Dicha iniciativa fue turnada a las comisiones de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, para su análisis y elaboración del dictamen respectivo.

**c)** La presentada por la senadora Arely Gómez González, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; y por los senadores Roberto Gil Zuarth, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional; Manuel Camacho Solís, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática; y Pablo Escudero Morales, del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, cuya propuesta consistió en reformar el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de que el Congreso de la Unión tuviera la facultad para expedir una ley penal general que establezca las bases a las que deba sujetarse la legislación penal que expidan la Federación, las entidades federativas

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

y el Distrito Federal, dejando a salvo la facultad de cada cual para establecer o excluir los tipos penales; y para expedir la legislación única en materia procedimental penal y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. El objetivo de esta iniciativa coincide con la de los miembros del Pacto por México, en el rubro de seguridad y justicia, pero adicionalmente se sustenta en que la normativa penal ha sido rebasada por el fenómeno delictivo, y por ello diversos sectores de la sociedad e institucionales concuerdan en que deben existir reglas uniformes, como una medida necesaria y adecuada para la procuración y administración de justicia.

Lo anterior cobra relevancia con las tres reformas constitucionales del 18 de junio de 2008; 6 y 10 de junio de 2011, relativas al nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral; juicio de amparo; y derechos humanos, respectivamente, habida cuenta de que se requiere uniformar la protección de los derechos humanos para cumplir con los mandatos constitucionales y compromisos adquiridos por México en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, lo cual consideran se logrará con una legislación penal general, con un código único de procedimientos penales y con una legislación única de ejecución de penas. Esta iniciativa fue turnada a las comisiones de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, Segunda, para su análisis y elaboración del dictamen correspondiente.

**d)** Las comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Estudios Legislativos, Primera; y de Estudios Legislativos, Segunda, de la Cámara de Senadores, analizaron el asunto y emitieron dictamen aprobatorio en sentido positivo el 25 de abril de 2013.

**2.** El anterior dictamen fue discutido, votado y aprobado en sentido positivo por el Pleno de la Cámara de Senadores el 29 de abril de 2013; y se ordenó turnar la Minuta a esta Cámara de Diputados para su trámite correspondiente.

**3.** La Minuta del Senado de la República contiene el Proyecto de decreto por el que se reforma la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que básicamente se arrogó al Congreso de la Unión la facultad para expedir la legislación única en materia de procedimiento penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común. Adicionalmente, en el Proyecto se sistematizaron las facultades ya existentes en la citada fracción; es decir, se crearon tres incisos para: a) incluir la facultad de expedir leyes generales en materia de secuestro y trata de personas; b) ubicar la facultad para expedir la legislación sustantiva penal federal –se agregó el vocablo “pena” para distinguirlo de la sanción y se ubicó la facultad para legislar en materia de delincuencia organizada–; y c) contemplar la nueva facultad mencionada y colocar la facultad de atracción de las autoridades federales respecto de delitos del fuero común o contra periodistas, personas o instalaciones que afecten el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta, y ubicar en este mismo inciso las reglas para las materias concurrentes.

## **B) Cámara revisora: Cámara de Diputados<sup>107</sup>**

1. Recibió la Minuta que contiene el Proyecto de decreto por el que se reforma la fracción XXI, del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual fue publicada en la Gaceta Parlamentaria de 30 de abril de 2013 y turnada a la Comisión de Puntos Constitucionales para su análisis, estudio y elaboración del dictamen respectivo.

2. La Junta de Coordinación Política emitió un Acuerdo por el que solicitó a la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión convocar a un periodo de sesiones extraordinarias durante el segundo receso del primer año de ejercicio constitucional, el cual fue publicado en la Gaceta Parlamentaria de 2 de julio de 2013.

3. La Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión emitió un Decreto por el que convocó a la Cámara de Diputados a celebrar un periodo de sesiones extraordinarias, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de julio de 2013, que abarcaría del 16 al 19 de julio del año en curso.

<sup>107</sup> Cfr: Gaceta Parlamentaria, *Página Principal de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión*, [27 de marzo de 2020], disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

4. El diputado presidente de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, citó a las diputadas y diputados federales a la sesión de apertura del periodo de sesiones extraordinarias del segundo receso del primer año de ejercicio de la sexagésima segunda Legislatura, que tuvo lugar el 16 de julio de 2013, a las 11:00 horas; y la primera sesión extraordinaria se llevaría al término de la apertura.

5. En la Gaceta Parlamentaria de 16 de julio de 2013, se hizo la declaratoria de publicidad del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de legislación procesal única, aprobado en reunión plenaria de dicha Comisión el 25 de junio de 2013; dictamen que fue en los mismos términos de la Minuta del Senado de la República.

6. El 17 de julio de 2013, se sometió a discusión el precitado dictamen en el Pleno de la Cámara de Diputados, el cual fue aprobado por 453 votos en pro, tres en contra y dos abstenciones; la votación fue publicada en la Gaceta Parlamentaria de 18 de julio de 2013. El expediente de dicha reforma constitucional se turnó a las legislaturas estatales para su aprobación o no aprobación.

7. El Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 8 de octubre de 2013, en cuyo artículo segundo transitorio se dispuso que la legislación única en las materias procedimental, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el 18 de junio de 2016.<sup>108</sup>

Tal reforma constitucional quedó en los términos siguientes:

---

<sup>108</sup> Cámara de Diputados, Reformas a la Constitución, [27 de marzo de 2020], disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_211\\_08oct13.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_211_08oct13.pdf)

**Artículo 73.** *El Congreso tiene facultad*

I. *a XX. ...*

*XXI. Para expedir:*

*a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.*

*Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;*

*b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;*

*c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.*

*Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.*

*En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;<sup>109</sup>*

---

109 *Idem.*

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

Al respecto, fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Penales, el 5 de marzo de 2014; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, el 29 de diciembre de 2014; y la Ley Nacional de Ejecución Penal, el 16 de junio de 2016.<sup>110</sup>

## VIII. Poder constituyente y poder reformador

Para valorar si es factible la unificación de la legislación penal sustantiva, es indispensable que se distinga entre el poder constituyente y el poder reformador o revisor de la Constitución, como lo ha venido haciendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la Quinta a la Décima Época. Para ello, se expondrá la fuente de creación de dichos poderes; los fines que persiguen; los límites, si es que los tienen, y sus diferencias; las diferencias que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus tribunales, así como las reglas a las que está sujeto el poder reformador.

**A) Fuentes de creación.** La creación del poder constituyente en la teoría de la Constitución se atribuye a Sieyes, quien la utilizó para distinguirlo del poder constituido. El abate afirmó que la nación es el origen de todo, su voluntad siempre es legal porque es la propia ley, y de aquélla emanan dos tipos de leyes constitucionales: las que regulan la organización y funciones del cuerpo legislativo; y las otras regulan la organización y funciones de los diferentes cuerpos activos. A ambas leyes les denominó fundamentales, porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarlas; por lo que la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.<sup>111</sup>

El poder reformador o revisor en México tuvo en el siglo XX como fuente de creación la Constitución de 1917, en cuyo artículo 135 se dispuso lo siguiente:

<sup>110</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Leyes Federales Vigentes*, [27 de marzo de 2020], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<sup>111</sup> SIEYES, Emanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, España, Alianza, 2003, pp. 142-143.

*La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.*

*El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.*<sup>112</sup>

**B) Fines.** El poder constituyente tiene como finalidad crear y expedir una nueva Constitución. El poder reformador o revisor tiene como objetivo adicionar o reformar la Constitución, para que las reformas y adiciones formen parte de ella.

Pero, ¿cuándo se debe adicionar o reformar la Constitución? El jurista mexicano Jorge Carpizo sostiene que la realidad es dinámica y cambia de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de un pueblo. La Constitución escrita debe irse reformando en concordancia con esa realidad.<sup>113</sup> Ahora bien, ¿qué significa adición o reforma? Adición significa acción y efecto de añadir<sup>114</sup>; y reforma significa cambio, gradual, legal y parcial, opuesto al cambio revolucionario.<sup>115</sup>

**C) Límites.** De la concepción que tuvo Sieyès acerca del poder constituyente, puede desprenderse que es ilimitado, dado que la voluntad de la nación es el origen de todo y es la ley misma, es el creador de la propia Constitución, de los poderes constituidos y de las funciones de éstos.

<sup>112</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Leyes Federales Vigentes*, [27 de marzo de 2020], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<sup>113</sup> CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 2ª, México, La Gran Enciclopedia Mexicana-UNAM, 1983, p. 303.

<sup>114</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, 22ª edición, España, Espasa Calpe, 2001, p. 45.

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Traductores Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Trotta, 2005, p. 759.

Nuestro artículo 39 constitucional establece: *La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar y modificar la forma de su gobierno.*<sup>116</sup>

De conformidad con dicho precepto constitucional, el poder constituyente conservó para el pueblo la soberanía nacional de manera formal en el texto constitucional, lo cual significa que éste no tiene límites, dado que puede alterar y modificar la forma de su gobierno. En resumen, el poder constituyente no tiene límites por no estar sujeto a la Constitución; en cambio, los poderes constituidos, incluido el poder reformador o revisor, tienen límites que están previstos en la Constitución.

Por lo que se refiere al poder reformador o revisor, si el poder constituyente creó la Constitución y, como parte de ella, a aquél, y le asignó solamente dos funciones, es evidente que no es soberano para alterar y cambiar los poderes constituidos, ni tampoco la forma de gobierno. Ciertamente, pues las funciones de adicionar y reformar la Constitución, para que aquéllas formen parte de ésta –que tiene arrogadas el poder reformador o revisor–, no implican soberanía, únicamente agregar o añadir algo a las normas constitucionales. El propósito es satisfacer las necesidades y aspiraciones actuales del pueblo de México, ya que con las normas que existen no pueden hacerlo; o bien, cambiar en forma gradual, legal y parcial las normas constitucionales existentes por obsoletas, para satisfacer dichas necesidades y aspiraciones.

**D) Diferencias.** De lo anterior, se desprenden las siguientes diferencias entre el poder constituyente y el poder reformador:

1. El poder constituyente es una asamblea nacional erigida sin Constitución. El poder reformador o revisor es un conjunto de asambleas constituidas por el poder constituyente en la Constitución; es decir, es un poder formado por el Congreso de la Unión y por los congresos locales, de conformidad con la Constitución;

<sup>116</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales Vigentes, [30 de marzo de 2020], disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

2. El poder constituyente es erigido por el pueblo sin base en una Constitución. Al poder reformador o revisor lo erige el poder constituyente, por medio de la Constitución que éste expide;
3. El poder constituyente actúa sin estar sujeto a una Constitución. El Poder reformador o revisor actúa sujeto a la Constitución;
4. El poder constituyente no tiene límites, al no estar sujeto a una Constitución. El poder reformador o revisor tiene límites, que corresponden a las funciones que le tiene asignadas la Constitución;
5. El poder constituyente tiene como finalidades crear y expedir una nueva Constitución que responda a las necesidades y aspiraciones actuales del pueblo. El poder reformador o revisor tiene las finalidades de realizar adiciones o reformas a la Constitución, cuando las normas que estableció el poder constituyente son incompletas u obsoletas para satisfacer las necesidades y aspiraciones del pueblo;
6. El poder constituyente existe sin Constitución. El poder reformador o revisor existe por virtud de la Constitución, creada por el poder constituyente;
7. El poder constituyente, una vez que cumple sus finalidades, se disuelve. El poder reformador o revisor, después de efectuar adiciones o reformas, sus componentes, Congreso de la Unión y Congresos locales, no se disuelven sino que continúan funcionando en sus respectivos ámbitos de competencia constitucional; y
8. El poder constituyente está por encima de la Constitución; el poder reformador o revisor está por debajo de la Constitución.

### ***E) Diferencias establecidas por el Poder Judicial de la Federación***

La clásica diferenciación entre el poder constituyente y el poder reformador, ha perdurado en México hasta el tiempo que ha transcurrido del siglo XXI. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus Tribunales Colegiados de

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

Junio 2020

Circuito, han reiterado tal distinción desde la Quinta a la Décima Época. A continuación, se citan tesis de ambos extremos de dichas Épocas.

Quinta Época. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en el amparo mixto en revisión sin número, aseveró que en el *Poder Constituyente* radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, *sin más límites que los que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre*.<sup>117</sup>

En el mismo amparo mixto en revisión sin número, derivó otra tesis en la que se afirmó: *Los Congresos Constituyentes de los Estados y las Legislaturas Ordinarias, tanto Federales como Locales, carecen de la facultad suprema del Poder Constituyente de la Nación, pues sus facultades no pueden ir más allá de los límites que les marca el Pacto Fundamental de la República. El Poder Constituyente puede hacerlo todo, en tanto que las legislaturas deben mantenerse dentro de los límites que les han sido impuestos*.<sup>118</sup>

Décima Época. El Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en su tesis aislada I.11<sup>o</sup>.A. 13 A (10<sup>a</sup>), diferencia entre Poder Constituyente y Poder Reformador, al sostener: *De la teleología de los artículos 1<sup>o</sup>. y 4<sup>o</sup>., cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que el criterio del Constituyente y del Poder Reformador ha sido ...*<sup>119</sup>

**117 PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN**, (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Página 587, (Amparo mixto en revisión, Hernández Ignacio. 28 de agosto de 1918. Mayoría de seis votos, en el primer punto. Disidentes: Enrique Colunga, Ernesto García Parra y Victoriano Pimentel; y mayoría de cinco votos, en cuanto al segundo. Disidentes: Alberto M. González, Santiago Martínez Alomía, Agustín Urdapilleta y Manuel E. Cruz. Ausentes: Enrique Moreno y Enrique M de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

**118 CONGRESOS CONSTITUYENTES DE LOS ESTADOS**, (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, Página 587, (Amparo mixto en revisión, Hernández Ignacio. 28 de agosto de 1918. Mayoría de seis votos, en el primer punto. Disidentes: Enrique Colunga, Ernesto García Parra y Victoriano Pimentel; y mayoría de cinco votos, en cuanto al segundo. Disidentes: Alberto M. González, Santiago Martínez Alomía, Agustín Urdapilleta y Manuel E. Cruz. Ausentes: Enrique Moreno y Enrique M de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

**119 OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. SI AL EJERCER ESE DERECHO HUMANO EL PACIENTE SOLICITA RECIBIR UN TRATAMIENTO BAJO DETERMINADAS CARACTERÍSTICAS RELACIONADAS CON LA RELIGIÓN QUE PROFESA, ELLO NO IMPLICA QUE EL PERSONAL MÉDICO Y DE ENFERMERÍA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DEBA APLICARLO DE UN MODO DIVERSO AL QUE SU ÉTICA PROFESIONAL, CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS, PROTOCOLOS Y GUÍAS MÉDICAS**, Décima Época, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 71, octubre de 2019, Tomo IV, página 3537, Amparo en revisión 90/2018, Miguel Ángel Rubio Méndez, 30 de agosto de 2018, Unanimidad de votos. Ponente: Urbano Martínez Hernández. Secretaria: Norma María González Valencia.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis aislada 2ª.CXXVIII/2015, sostiene: *...En este sentido, las restricciones constitucionales encuentran sustento también en el propio texto del instrumento internacional en cita, pues se tratan de una manifestación soberana del Constituyente Originario o del Poder Revisor de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General.*<sup>120</sup>

**F) Reglas a las que está sujeto al Poder Reformador.** Desafortunadamente, las anteriores tesis no abordaron dentro del sistema de fuentes constitucional las reglas a las que está sujeto el poder reformador. Se intentará desprender dichas reglas del artículo 135 constitucional, el cual contiene la única norma que le permite la producción de otras normas en el mismo nivel jerárquico, por medio de la adición o reforma, pero sujeto a dos reglas, a saber: una de competencia y otra de procedimiento. Para ello, nos guiaremos de los puntos de vista acerca de los límites de competencia, así como de la naturaleza jurídica y fundamento de la regla de procedimiento en el sistema de fuentes, expuestos por el jurista español Carlos de Cabo Martín.<sup>121</sup>

I. La regla de competencia otorgada al poder reformador o revisor, para adicionar o reformar la Constitución, tiene límites tanto subjetivos como objetivos.

a) Límites subjetivos: 1. No puede establecer una nueva Constitución para el Estado mexicano, por medio de la adición o reforma, porque es un poder constituido, fundado, no fundante; 2. Solamente puede realizar adiciones o reformas a la Constitución, para que formen parte de ella; 3. No puede adicionar o reformar las reglas de competencia y procedimiento a las que está sujeto, porque sería darse funciones que el poder constituyente no le

<sup>120</sup> **RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.** Décima Época, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo II, página 1299, Amparo directo en revisión 6065/2014, Sergio Abundiz Hernández, 5 de agosto de 2015, cinco votos de los ministros. Amparo directo en revisión 583/2015, Citlali Griselda Godínez Téllez, 9 de septiembre de 2015, unanimidad de 4 votos.

<sup>121</sup> CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma constitucional*, España, Trotta, 2003, pp. 27-60.

confirió, lo cual vulneraría la rigidez y la supremacía de la Constitución establecida por el poder constituyente.

b) Límites objetivos. Se derivan de las propias exigencias de la Constitución que la condicionan; por ende, una adición o reforma constitucional no puede modificar el núcleo de los límites o principios constitucionales, los cuales consideramos consisten en: 1. Los derechos fundamentales humanos y garantías de los mismos; 2. Los fines del proyecto nacional; 3. Las propiedades y bienes del dominio de la nación; 4. Las áreas estratégicas y rectoría de las áreas prioritarias; 5. El federalismo; 6. La república representativa y democrática de gobierno; 7. La división de poderes; 8. La separación Iglesia-Estado; 9. La supremacía constitucional; y 10. La justicia constitucional.

II. La regla de procedimiento para adicionar o reformar la Constitución, dispone que: a) La adición o reforma se inicia en alguna de las Cámaras del H. Congreso de la Unión; b) La adición o reforma requiere de la votación de las dos terceras partes de los individuos presentes en ambas Cámaras del H. Congreso de la Unión, en cuyo caso continúa el procedimiento; c) Todas las legislaturas de los estados y la de la Ciudad de México deben participar en la aprobación o no de la adición o reforma; d) Cada legislatura para aprobar la adición o reforma requiere de la votación de las dos terceras partes de sus miembros presentes; e) Para que la adición o reforma llegue a formar parte de la Constitución, se requiere que sean aprobadas por el H. Congreso de la Unión y por la mayoría de las Legislaturas de los estados y la de la Ciudad de México; f) El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente debe hacer el cómputo de los votos de las legislaturas de los estados y la declaración de haber sido aprobada la adición o reforma.

## **IX. Reflexiones conclusivas**

**E**n un Estado Federal por naturaleza existe una soberanía dual: la del Estado y la de sus miembros que forman una Federación; de este modo, cada soberanía tiene reservada su facultad para gobernarse mediante leyes, como son las de carácter penal tanto sustantiva como adjetiva; por

ende, de origen existe una dispersión legislativa, pero no por ello debe ser heterogénea. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe la *Bill of Rights* y la *Amendment XIV*, que eran aplicables a nivel federal, pero la Suprema Corte, a partir de los años 60 del siglo pasado las proyectó al ámbito local; es decir, son aplicables para los estados miembros, con lo cual se realizó una unificación de derechos a nivel constitucional para todo el país. México, que también es un Estado federal, desde su Constitución de 1917 dio alcance nacional a las entonces llamadas garantías individuales.

Sin embargo, en un nivel inferior, en el de la ley, en los Estados Unidos de América y en México se conservó la facultad de dichas soberanías para expedir sus leyes penales, sustantiva y procesal, lo que genera –como se ha dicho– una dispersión legislativa y heterogeneidad que puede o no contradecir principios constitucionales, con lo que surge la necesidad de uniformar tales leyes penales.

Esta necesidad de uniformar las leyes penales, se advierte en los Estados Unidos de América con su Código Penal Modelo. Pero en el caso de México, han existido tendencias no solamente para uniformar la legislación penal, sino para unificarla. Al respecto, es importante distinguir entre la uniformidad y la unificación de las leyes penales, ya que tienen consecuencias constitucionales diferentes.

La uniformidad de las leyes penales comenzó a plantearse desde los años 30 del siglo pasado por el entonces Partido Nacional Revolucionario, como parte de una política criminal para combatir la delincuencia que iba en aumento y que había causado alarma e inquietud social. La uniformidad de las leyes penales pretendió realizarse unificando la doctrina técnica y práctica de la legislación penal, por medio de un Código Penal Tipo, el cual deberían tomar como base los estados para uniformar la legislación penal. En cambio, la tendencia unificadora de la legislación penal surgió a partir de los años 50's del siglo pasado, cuyo objetivo era la “federalización” de las leyes penales, y para ello se requería reformar el artículo 73 constitucional, a efecto de otorgar la facultad al Congreso de la Unión para expedir leyes penales, sustantiva y procesal, de aplicación nacional por todas las autoridades de procuración y administración de justicia.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

Esta necesidad de uniformar o unificar las leyes penales pudo evitarse si los códigos penales y de procedimientos penales de los estados se hubiesen ajustado a los principios constitucionales con óptima técnica jurídica, y combatido la manipulación de la norma penal y corrupción en su aplicación.

Más allá de la posibilidad constitucional de unificar o no la legislación penal, la unificación por sí misma no es la solución, en razón de que para su operatividad requiere de otros aspectos; es decir, que los operadores jurídicos de dicha legislación tengan unificados sus criterios de aplicación de la misma, lo cual implica la capacitación de todos ellos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá que llevar a cabo esa labor de unificación de criterios, a través de protocolos de actuación para jueces, de sus métodos hermenéuticos para emitir criterios interpretativos a la luz de la Constitución, tratados internacionales en materia de derechos humanos; y además con el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a efecto de delimitar la aplicación de la legislación penal, para evitar alguno de los problemas que tiene Brasil, como es el caso de los llamados jueces progresistas, en los que se insertan tanto los garantistas como los conservadores, quienes crean un sistema penal garantista y un sistema penal eficiente, respectivamente, partiendo de la misma legislación.

Uno de los beneficios de la unificación de la legislación penal, en el ámbito sustantivo, sería el contar con una política criminal nacional integral en el marco de la seguridad pública, lo cual permitirá coordinar acciones de prevención del delito en zonas geográficas de altos índices delictivos; de intercambio de información sobre el tipo de delitos, *modus operandi* y lugares de operación de la delincuencia organizada para el diseño de estrategias preventivas y represivas, así como estrategias proactivas. Esto también permitirá una planeación global de los recursos económicos y la canalización de los mismos para las zonas geográficas que lo requieran prioritariamente, etc.

En un contexto de unificación de la legislación penal sustantiva, se deben tener presentes diversas interrogantes que deben ser objeto de reflexión, tales como:

¿En el Código Penal Único se incluirían solamente los delitos ordinarios o también los delitos especiales previstos en diversos códigos y leyes?<sup>122</sup>

¿El Código Fiscal de la Federación y las leyes federales que prevén delitos especiales, las aplicarán las autoridades de procuración e impartición de justicia locales o serán de la exclusiva competencia de las autoridades federales de procuración e impartición de justicia?

¿Las leyes generales que regulan la materia penal sobre ciertos delitos como la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro; y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos, serán delitos de aplicación exclusiva de las autoridades federales; o bien tales delitos se incluirán en el Código Penal Único?

¿La Ley General de Víctimas, dejará de ser general?

¿Es conveniente dejar a las Legislaturas Locales la facultad para expedir la Ley Orgánica del Ministerio Público y la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada entidad federativa; o bien, también es necesario que esa facultad solamente la tenga el Congreso de la Unión para expedir la Ley Orgánica del Ministerio Público Única y la Ley Orgánica de los Poderes Judiciales de las Entidades Federativas?

<sup>122</sup> Concretamente los siguientes: Código Fiscal de la Federación; Ley de Ahorro y Crédito Popular; Ley de Amparo; Ley de Concursos Mercantiles; Ley de Instituciones de Crédito; Ley de la Propiedad Industrial; Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; Ley de Migración; Ley de Sociedades de Inversión; Ley de Uniones de Crédito; Ley de Vías Generales de Comunicación; Ley del Mercado de Valores; Ley del Seguro Social; Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; Ley Federal de Instituciones de Fianzas; Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares; Ley Federal de Sanidad Animal; Ley Federal de Sanidad Vegetal; Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas; Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas; Ley General de Archivos; Ley General de Bienes Nacionales; Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; Ley General de Salud; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública; Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia; Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro; Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (en la que se señala cuáles son los delitos federales); Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; Ley que Declara Reservas Mineras Nacionales los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás sustancias de las cuales se obtengan isótopos hendibles que puedan producir energía nuclear y Ley sobre Delitos de Imprenta.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

¿El Congreso General seguirá reservándose la facultad para conceder amnistías por delitos federales o el poder reformador se las concederá a los congresos locales?

¿El Poder Ejecutivo Federal seguirá teniendo la facultad para otorgar indultos a los reos sentenciados del fuero federal y del Distrito Federal; o el poder reformador, ampliará esa facultad para los reos sentenciados por tribunales locales; o la seguirá conservando el Poder Ejecutivo de las entidades federativas?

¿Será indispensable facultar al Congreso de la Unión para expedir la Ley de Policía de Investigación Única, para crear una policía nacional?, etc.

Es pertinente mencionar que gran parte de los motivos esgrimidos para la unificación de la legislación penal sustantiva se han erosionado con reformas y con el reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías, por lo que es factible uniformar la legislación penal sustantiva con un modelo de código penal que tome en cuenta los tratados internacionales para su armonización con los compromisos internacionales adquiridos por México.

La unificación de la legislación penal sustantiva encierra una pugna, entre quienes consideran que con ella se violaría el principio del federalismo y los que estiman que no se viola tal principio, pues las entidades federativas conservarían su descentralización o autonomía.

Por nuestra parte, sostenemos que el poder reformador o revisor de la Constitución tiene una competencia limitada: sus límites subjetivos le impiden adicionar o reformar las reglas de competencia a las que está sujeto; de lo contrario, se estarían dando funciones que el poder constituyente no le confirió, vulnerando la rigidez y supremacía de la Constitución establecidas por el poder constituyente; sus límites objetivos le impiden que con una reforma o adición a la Constitución modifique el núcleo de los límites o principios constitucionales, como es el del federalismo.

En razón de los anteriores límites de competencia del poder reformador o revisor de la Constitución, una forma de superar esa pugna, no del todo deseable, pudiera ser el convocar a un congreso constituyente para prescindir del principio federalista y otorgar al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia penal, procesal penal (aunque ya la tiene) y otras materias (lo que de paso evitaría la creación de leyes generales, que ya son 49, y la federalización de otras materias; así como reducir su extensión y sistematizar y desarrollar sus principios en leyes reglamentarias).

La opinión contenida en el párrafo anterior, parte del presupuesto de que no imperen la corrupción y la incapacidad en las policías, ministerios públicos y jueces; de lo contrario, la unificación de la legislación penal sustantiva (incluso la adjetiva) será una quimera para solucionar el fenómeno delictivo y su incremento que tanto aqueja a la sociedad mexicana.

## X. Fuentes de consulta

ARGUELLES, Francisco, *Un Balance de la Primera Convención Nacional Contra la Delincuencia*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, núms. 1-12, septiembre de 1936-agosto de 1937.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Traductores Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, España, Trotta, 2005.

CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma constitucional*, España, Trotta, 2003.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 2ª, La Gran Enciclopedia Mexicana, México, UNAM, 1983.

\_\_\_\_\_, *Sistema Federal Mexicano*, Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, núm. 3, julio-septiembre de 1981.

**Tendencias para uniformar o unificar la legislación penal sustantiva en  
México durante los siglos XX y XXI**

---

Junio 2020

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano*, 13ª edición, México, Porrúa, 1980.

CENICEROS, José Ángel *et al.*, *La Unificación de las Leyes Penales en México y el Congreso Contra la Delincuencia*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, núms. 1-12, septiembre de 1936-agosto de 1937.

DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, México, imprenta del comercio, tomos I, II, V, VIII, X, XI, XV, XXI y XXVIII, 1876.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3ª edición, tomo I, México, Porrúa, 2004.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo, “El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal”, en: MORENO HERNÁNDEZ Moisés (coord.), *Globalización e Internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México, Editorial Ius Poenale, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, *Leyes Penales Mexicanas*, tomo I, México, 1979.

INSTITUTO DE CAPACITACIÓN POLÍTICA, *1933 Historia documental*, tomo 2, México, Partido Revolucionario Institucional, 1981.

JACOBS, James B., *Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos, La Justicia Penal en Estados Unidos, Periódico electrónico*, Temas de la Democracia del Departamento de los Estados Unidos, vol. 6, núm. 1, julio de 2001.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 4ª edición, Argentina, Losada, 1977.

MCGEE JR., Henry W., El procedimiento penal y la revolución sin fin, en: *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, tomo II, UNAM, México, 1990.

*Memoria de la Procuraduría General de la República*, México, 1963.

PIRAGOFF, Donald K., “Derecho Penal Unitario en un sistema federal: la experiencia canadiense”, en: SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Hacia la unificación del Derecho penal*, 2ª. edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.

PORTE-PETIT, Celestino, *Un propósito de unificación penal*, Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, año XIII, núm. 4, abril de 1947.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Traducción Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª edición, tomo I, España, Civitas, 1997.

SABADELL, Ana Lucía, “Los problemas del derecho procesal penal único en una federación: la experiencia de Brasil”, en: SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Hacia la unificación del Derecho penal*, 2ª. edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2011.

SIEBER, Ulrich y SIMON, Jan-Michael (ed.), *Hacia la unificación del Derecho penal*, 2ª. edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011.

SIEYES, Emanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, España, Alianza, 2003.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, 22ª edición, México, Porrúa, 1999.

U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*, 1ª edición, México, Porrúa, 2004.

# ANÁLISIS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA COTIDIANA, CÍVICA E ITINERANTE

---

Fernando A. Vilchis Leija

## **Sumario:**

*I. Introducción*

*II. Aspectos generales de la justicia cotidiana y la justicia cívica e itinerante*

*III. Los foros en materia de justicia cotidiana*

*IV. Las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante*

*V. La Ley General de Justicia Cívica e Itinerante*

*VI. Ejemplos de aplicación de la justicia cívica e itinerante en México*

*VII. Conclusiones*

*VIII. Fuentes de consulta*

# Q uórum **130** Legislativo

## I. Introducción

La justicia cotidiana nunca había sido una prioridad para el Estado mexicano, esto debido a que, en general, las asignaciones presupuestales habían sido encaminadas significativamente al aparato de justicia federal, los juzgados federales (amparo) y la justicia penal.

Con los acontecimientos de finales de septiembre de 2014 en Ayotzinapa, Guerrero, el Ejecutivo Federal, propuso una serie de medidas para fortalecer a las instituciones de seguridad y de procuración de justicia, entre las cuales destaca el asegurar el derecho humano al acceso a la justicia, iniciando de esta forma el proceso de instauración de una agenda en la materia, que incluyera los mecanismos legales para dar solución a los problemas de convivencia y vecinales, con la intención de armonizar las relaciones entre las personas, sus familias, en el trabajo y en la comunidad.<sup>1</sup>

Asimismo, se encomendó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), que de manera coordinada organizaran foros de consulta en los que se diera la participación de sectores de la sociedad civil, la academia y, en general, los interesados en el tema, para realizar un informe de trabajo de todas aquellas propuestas que pudieran dar pie a las iniciativas legislativas en materia de justicia cotidiana. Como resultado de estos foros, se presentó un paquete de reformas constitucionales.

En el presente trabajo, se plasma la idea de que la justicia cívica e itinerante es un medio para dar acceso a todos los ciudadanos a la justicia pronta, con la que pueden resolverse conflictos entre particulares sin necesidad de desgastar al órgano jurisdiccional, estableciendo para ello las ventajas que ofrecería la expedición de la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

---

<sup>1</sup> REYES, Javier Martín, *Reformas en materia de justicia cotidiana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p. 34.

En este documento se exponen las generalidades de la justicia, de la justicia cotidiana y de la justicia cívica e itinerante. Luego los foros que trataron el tema de la justicia cotidiana; para enseguida hacer alusión a las reformas constitucionales en materia de justicia cívica e itinerante. Finalmente se aborda la propuesta de la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, plasmando una radiografía general de ésta y un análisis de sus principales características y ventajas.

En este contexto, se revisarán tres ejemplos de la aplicación de la justicia cívica en México, con un estudio de los ordenamientos legales que rigen a la Ciudad de México, el municipio de Colima en el estado de Colima y el municipio de León, en el estado de Guanajuato, localidades que aplican la justicia cívica como forma de solución de controversias y de sanciones administrativas derivadas del comportamiento de la ciudadanía. Por último, se señalan casos en los cuales es aplicada la justicia itinerante actualmente.

Para efectos de lo antes mencionado, esta investigación utiliza esencialmente el método documental, a través de la doctrina, la legislación, proyectos de legislación y jurisprudencia. Su diseño es descriptivo y analítico.

## II. Aspectos generales de la justicia cotidiana y la justicia cívica e itinerante

La sociedad es una agrupación de personas, quienes reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias y actúan mayoritariamente, de acuerdo con las mismas, las cuales se traducen en un sistema de cooperación para promover el bien de aquellos que forman parte de él.<sup>2</sup> Sin embargo, como parte de la convivencia diaria, dicho sistema no está exento de conflictos entre miembros del grupo derivados de la diversidad de intereses, creencias, etc.; por ello, debe existir un equilibrio entre los individuos para evitar

<sup>2</sup> CABALLERO GARCÍA, José Francisco, *La teoría de la justicia de John Rawls*, Ibero Forum, Voces y Contextos, México, 2006, p. 5.

confrontaciones que pudieran derivar en desigualdades. Precisamente, la justicia es ese valor de equilibrio entre los hombres que se desarrollan en una sociedad, al establecer los derechos y obligaciones que corresponden a cada miembro de una comunidad.

En ese contexto, es importante desarrollar el concepto de justicia a modo de proporcionar una noción general para el entendimiento de la justicia cotidiana, así como de la justicia cívica e itinerante, lo que se presenta de la siguiente manera:

## La justicia

Aristóteles afirmaba que la justicia es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta porque quien la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo. Es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros, hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero y los factores capaces de producir la virtud total son todas las disposiciones que la legislación prescribe para la educación cívica.<sup>3</sup>

Es hoy, un concepto establecido a partir de enfoques y teorías, contempladas a través del pensamiento filosófico, del científico o del social, considerada a través del tiempo como un valor.<sup>4</sup>

Se define como:

*Justicia. s.f. (lat. justitia) Concepción que cada época, civilización, etc., tiene del bien común: practicar la justicia...6. Acción de examinar las reclamaciones de alguien, acordando que sea justo. 7. Acción por la que se reconoce o declara lo que pertenece o se debe a alguien...<sup>5</sup>*

---

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, pp. 239-241.

<sup>4</sup> FLORES MEDINA, Rubén Jaime, *La justicia cotidiana en México. Consideraciones a la Iniciativa Presidencial*, Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia, México, año 2, núm. 4, noviembre-febrero, 2017, p.66.

<sup>5</sup> *Diccionario Enciclopédico Larousse*, México, p. 589.

El enfoque y la definición conocidos universalmente fueron otorgados por Ulpiano, quien señala que la justicia significa la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde.<sup>6</sup>

El Diccionario Jurídico Mexicano define la justicia como:<sup>7</sup>

*... la disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que a cada cual es debido o le corresponde, según el criterio inspirador del sistema de normas establecido para asegurar la pacífica convivencia dentro de un grupo social más o menos amplio.*

La definición anterior toma relevancia si se considera que la sociedad es regida por un conjunto de normas de observancia obligatoria, en las cuales se establecen las limitaciones a la conducta y las permisiones, es decir, derechos y obligaciones que todos deben observar.<sup>8</sup> Por ello, las normas deben adecuarse al momento que la sociedad esté viviendo, ser progresivas con la evolución social, pues los individuos participan -en mayor o menor medida- del mismo marco normativo con el ideal de que todos los miembros de una sociedad se comporten justamente.

## La justicia cotidiana

El concepto de justicia cotidiana deriva directamente del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicho artículo enuncia en sus primeros dos párrafos:

*Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y*

<sup>6</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Universitario*, I-Z, Heliasta, Argentina, 2004, p. 78.

<sup>7</sup> GARCÍA SAAVEDRA, José David y Otros, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Pearson, México, 2012, p. 296.

<sup>8</sup> BETANZOS, Eber, *La justicia de los jueces. Reflexiones a partir de la teoría de la justicia de John Rawls*, Porrúa, México, 2013, p. 3.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

Junio 2020

*términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

Explicado de manera sencilla, se refiere a que la prohibición que impone el Estado para hacer justicia por propia mano conlleva su obligación de establecer, sostener y promover las instituciones, los procedimientos y los instrumentos necesarios para dar soluciones efectivas a los conflictos que surgen de la relación del hombre en la sociedad a la que pertenece, pudiendo ser entre particulares o entre particulares y autoridades.<sup>9</sup>

Así, la justicia cotidiana se da a la tarea de solucionar los conflictos del día a día; es, en términos generales, una justicia preventiva que tiene como finalidad atender esos problemas desde sus inicios, para evitar que escalen a un nivel legal más alto.<sup>10</sup> Se encarga, entre otros aspectos, de resolver conflictos entre vecinos, de cuestiones comunitarias, de hacer más simples, rápidos, económicos y sencillos los trámites de la justicia, reduciendo las limitaciones que impiden a la ciudadanía acceder a las instituciones con la finalidad de resolver sus conflictos.<sup>11</sup>

En ese sentido, la justicia cotidiana puede definirse como aquella referente a las instituciones, procedimientos e instrumentos encaminados a solucionar los conflictos que genera la convivencia diaria en una sociedad democrática;<sup>12</sup> y dentro de la cual se encuentra la justicia de proximidad, que atiende los problemas que se generan por la simple convivencia de las personas en las comunidades, vecindarios y ciudades, y que considera, de manera especial, los mecanismos que existen para dar solución a los problemas en las escuelas, por ser éstas centros importantes de convivencia y socialización.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS (CIDE) *Informe de Resultados de los Foros por la Justicia Cotidiana*, México, 2015, p. 14.

<sup>10</sup> REYES MARTÍNEZ, Javier, *Reformas en materia de justicia cotidiana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018, p.15.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 17-18.

<sup>12</sup> De acuerdo con el CIDE, la justicia cotidiana incluye a la justicia civil, la justicia laboral y un sector de la justicia administrativa.

<sup>13</sup> *Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*, *Op. cit.*, p. 14.

Es un término que puede usarse para indicar:<sup>14</sup>

- 1) La existencia de la necesidad de hacer efectiva la justicia formal en la vida diaria para los miembros de la sociedad.
- 2) Lograr que se integre un sistema de vida que permita la convivencia de forma eficaz y en armonía entre los individuos, las familias y los ciudadanos en general; y de éstos para con el Estado y sus autoridades.

De lo anterior, se desprende que la justicia cotidiana es necesaria para establecer parámetros de comportamiento en los miembros de una sociedad y que ese sistema de justicia se integre a la vida de las personas, a tal grado que facilite su convivencia armónica, ya sea de manera personal, familiar o social. Esto, ya que la convivencia diaria y la socialización tienden a generar, en ocasiones involuntariamente, conflictos entre las personas. Muchos de estos problemas se encuentran fuera del ámbito penal e incluso civil, pero afectan la vida diaria y pueden alterar la sana convivencia escolar; laboral, vecinal, comercial, familiar y aspectos que no se consideran un delito *de facto*, pero cuya solución significa paz social y tranquilidad económica.<sup>15</sup>

Sucede entonces, que cuando un conflicto no puede ser atendido ante los tribunales porque no existe, en específico, una causa legal de referencia que lo permita, resulta en la presentación de demandas que no corresponden al conflicto de raíz, por lo que las partes son inducidas a recurrir a instituciones o mecanismos que no son los adecuados para dirimir sus controversias. Un ejemplo de esto resulta al recurrir a la vía penal para obligar a la contraparte en un conflicto civil a negociar un acuerdo, o simplemente para causarle molestias y perjuicios.<sup>16</sup>

A pesar de su importancia, la justicia cotidiana ha sido una justicia olvidada, ya que estuvo fuera de la agenda pública por años; se dio prioridad al diseño del poder judicial, al juicio de amparo y a la transición

<sup>14</sup> FLORES MEDINA, Rubén Jaime, *Op. cit.*, p. 68.

<sup>15</sup> Varios autores, *Justicia cotidiana*, Diario Milenio, México, 5 de julio de 2016, versión digital, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/variados-autores/derechos-humanos/justicia-cotidiana>

<sup>16</sup> *Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*, *Op. cit.*, p. 10.

al modelo penal acusatorio, soslayando el perfeccionamiento de los medios ordinarios de solución de controversias y el mejoramiento de sistemas de justicia distintos al penal. Lo que, consecuentemente, impactó -incluso- la distribución equitativa de los recursos financieros y humanos entre las instituciones encargadas de impartir justicia, pues se privilegiaron las instituciones penales por encima de las demás instituciones de impartición distintas a la penal.<sup>17</sup>

## **La justicia cívica**

La justicia cívica puede entenderse como el conjunto de procedimientos e instrumentos de buen gobierno,<sup>18</sup> orientados a fomentar la cultura de la legalidad,<sup>19</sup> para dar solución de forma pronta, transparente y expedita a conflictos comunitarios en la convivencia cotidiana en una sociedad democrática.<sup>20</sup> Su objetivo primordial es facilitar y mejorar la convivencia armónica en una comunidad, para evitar que los conflictos escalen a conductas delictivas o actos de violencia a través de acciones como: el fomento y la difusión de reglas de convivencia, el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, y la atención y sanción de faltas administrativas; sin perjuicio de los usos y costumbres de los pueblos indígenas y de sus comunidades.

La justicia cívica busca:<sup>21</sup>

- a)** Prevenir que los conflictos escalen a conductas delictivas o actos de violencia.
  
- b)** Dar solución de manera ágil, transparente y eficiente a conflictos comunitarios.

---

<sup>17</sup> REYES MARTÍNEZ, Javier, *Op. cit.*, pp. 18 y 32.

<sup>18</sup> Entendiendo al buen gobierno como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se ejerce la autoridad para garantizar la implementación efectiva de políticas que promuevan, entre otros, la impartición óptima de la justicia cívica, el acercamiento de servicios y la atención de necesidades de las comunidades. SE-GOB, *Modelo Homologado de Justicia Cívica, Buen Gobierno y Cultura de la Legalidad para los Municipios de México*, México, 2018, p. 17.

<sup>19</sup> *Idem*, Es el conjunto de reglas y valores, adoptados y aplicados por la población y autoridades, para fomentar la sana convivencia, el respeto a su entorno y la solución pacífica de conflictos.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 17.

- c) Mejorar la convivencia cotidiana y el respeto por el entorno.
- d) Promover la cultura de la legalidad.
- e) Mejorar la percepción del orden público y de la seguridad.
- f) Disminuir la reincidencia en faltas administrativas.

Es insoslayable comentar que la justicia cívica deriva de la cultura cívica, el instrumento primario que da pauta para asimilar la realidad social, crear percepciones políticas y motivar la participación ciudadana, como resultado de una educación cívica encaminada a construir y reforzar valores y prácticas democráticas en la sociedad, con la intención de mejorar la participación ciudadana y, en consecuencia, la vida en sociedad.<sup>22</sup>

## La justicia itinerante

La justicia itinerante se define como aquella que debe impartirse atendiendo a la inexistencia formal de la justicia o lejanía de las comunidades o poblados del lugar donde la justicia es administrada por jueces o tribunales previamente establecidos, tal y como lo señala nuestra Carta Magna. Este concepto se coliga a la necesidad de contar con espacios físicos que permitan al juez o autoridad facultada para resolver conflictos, atender y dar respuesta de manera eficiente a los casos que le sean presentados, concatenado a su competencia y jurisdicción.<sup>23</sup>

La justicia itinerante toma relevancia, si se considera que podría resolver el difícil acceso que cierto sector de la población tiene para la obtención de un documento tan común como un acta de nacimiento o una identificación oficial, o incluso para la realización de trámites ante dependencias de gobierno, que por la situación económica o geográfica sería complicado realizar por las personas que pertenecen a cierta comunidad. Asimismo,

<sup>22</sup> CORONA, Gabriel, *México: Hacia un modelo de cultura cívica*, Diario Milenio, Sección Paideia Política, México, 18 de agosto de 2016, versión digital, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/gabriel-corona/paideia-politica/mexico-hacia-un-modelo-de-cultura-civica>

<sup>23</sup> FLORES MEDINA, Rubén Jaime, *Op. cit.*, p. 75.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

Junio 2020

daría la pauta para que todos los sectores de la población tuvieran la posibilidad de acceder a una autoridad para la resolución de sus conflictos; pudiendo ser, además, a través del diálogo, la mediación y la conciliación, sin desgastar al sistema judicial, sin afectar su economía, y todo ello desde el punto geográfico en donde se originó el conflicto.

En ese sentido, la implementación de la justicia itinerante podría ser un elemento para dar cumplimiento a lo que estatuyen los artículos 4º, en su párrafo octavo, y 17, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>24</sup>

De todo lo anterior, la justicia puede entenderse como el género, mientras que la justicia cotidiana, la justicia cívica y la justicia itinerante son las especies. Ello es así, pues la justicia es el bien común para todos, es decir, las normas que rigen a una sociedad de forma general; mientras las demás establecen ese bien común y la aplicación de las normas jurídicas en ciertos aspectos de la sociedad, que deben ser atendidos de manera especial y particular, ya sea por conflictos derivados de la simple convivencia, o bien, por la inaccesibilidad a la justicia en ciertos puntos geográficos.

### III. Los foros en materia de justicia cotidiana

**D**urante los primeros meses de 2015, se llevaron a cabo los foros de justicia cotidiana, convocados por el CIDE en los cuales se contó con la participación 17 instituciones.<sup>25</sup> Los foros reunieron a grupos interdisci-

<sup>24</sup> Los artículos 4º, párrafo octavo, y 17, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estatuyen respectivamente, que:

*Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento. (Énfasis añadido).*

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. (Énfasis añadido).*

<sup>25</sup> Las instituciones que integraron los foros fueron: Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia A.C.

plinarios de expertos, quienes escucharon testimonios de ciudadanos que manifestaron sus experiencias en la resolución de conflictos cotidianos para después discutir, en mesas de trabajo, las posibles soluciones a los problemas expuestos.<sup>26</sup> Se lograron identificar cinco problemas trascendentales que enfrenta la justicia cotidiana y que debían ser atendidos de manera urgente:<sup>27</sup>

- Procesos inadecuados. Los procesos relacionados con la justicia cotidiana son excesivamente largos, costosos y poco aplicables para los casos concretos.
- Obstáculos para el acceso y la efectiva resolución de los conflictos. El acceso a la justicia es difícil y su resolución, si se llega a ella, es compleja, pues el procedimiento, en la mayoría de los casos, no resuelve de manera efectiva los conflictos.
- Distanciamiento entre ciudadanía y justicia. La ciudadanía percibe a la justicia como lejana e incomprensible, lo que fomenta la inequidad.
- Formalismo excesivo. Los sujetos obligados a impartir justicia dan mayor relevancia a los formalismos, sobre la resolución efectiva de los conflictos.
- Falta de información elemental. La ciudadanía obtiene poca o nula información para el acceso a la justicia, pues al acudir a solicitarla ésta

---

(AMIJ), Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación (INFOTEC), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRI), Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), El Colegio de la Frontera Norte (COLEF), Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (EGAP-ITESM), Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), Universidad Autónoma de Aguascalientes (UAA), Universidad Autónoma de Baja California (UABC), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas (UNICACH) y Universidad de Guanajuato (UG).

<sup>26</sup> Entre otros aspectos, se analizaron: la viabilidad y costo de las propuestas, el horizonte temporal (cumplimiento de metas y objetivos), las propuestas que necesitarían el diseño de una política pública, las modificaciones al marco normativo vigente, el tiempo y recursos necesarios para su implementación, etc. *Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*, *Op. cit.*, p. 26.

<sup>27</sup> REYES, Javier Martín, *Op. cit.*, pp. 41-42.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

es escasa y de mala calidad. Un segundo aspecto se refiere a que el ciudadano no sabe a qué instancia acudir para solucionar sus conflictos.

Una vez concluidos los diagnósticos y discusiones, se formularon soluciones y recomendaciones, lo que fue, en sí, el objetivo primordial al concretar la realización de los foros.

Las propuestas de solución en materia de justicia cívica e itinerante se resumen como sigue:<sup>28</sup>

1. Mejorar la operación de la justicia local y crear un mecanismo de coordinación para impartidores de justicia: se propuso la creación de una institución de naturaleza consultiva, para diseñar y coordinar una política pública con el fin de incrementar la calidad en la impartición de justicia, la independencia, la transparencia y la rendición de cuentas, tanto a nivel federal como local; y de este modo mejorar el Poder Judicial, la administración y gestión de los tribunales, y consolidar la carrera judicial.
2. Diseñar procedimientos y medidas para reducir la marginación judicial: la propuesta trata de que se simplifiquen, estandaricen y modernicen los procedimientos para la obtención de actas de nacimiento, títulos de propiedad, testamentos, etc., cuya carencia es la característica más visible de la marginación jurídica, limitando el acceso a la justicia, al derecho de identidad, a la seguridad jurídica y a la propiedad.
3. Desarrollar modelos de justicia de barandilla e itinerante: la poca efectividad de los medios ordinarios de impartición de justicia en comunidades pequeñas o rurales dio pie a que se estableciera un programa piloto de justicia de barandilla e itinerante, para buscar después la implementación de una política nacional en la materia.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 46, 47 y 48.

4. Incorporar el modelo de policía de proximidad: la recomendación se refirió a analizar el modelo de policía y el tipo de mando para incorporar este modelo policial, al menos para ciertas situaciones.
5. Crear, proponer, diseñar y evaluar la política de acceso a la justicia: uno de los puntos principales que fue considerado en las mesas de trabajo, se enfocó en la creación de una instancia que combinara los poderes y órdenes de gobierno, a fin de deliberar, coordinar y articular una política nacional de acceso a la justicia.

Derivado del informe presentado al Ejecutivo Federal y analizadas las conclusiones de éste, se convocó a un nuevo espacio de consulta, para lo cual, el CIDE junto con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, abrieron los Diálogos por la Justicia Cotidiana, que serán explicados a continuación.

Entre los meses de noviembre de 2015 y enero y febrero de 2016, a solicitud del Ejecutivo Federal, el CIDE y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM celebraron los foros de consulta denominados Diálogos por la Justicia Cotidiana,<sup>29</sup> en los que participaron juristas, académicos y representantes de la sociedad civil, con el objetivo de elaborar y presentar más propuestas y recomendaciones para hacer eficaz y equitativo el acceso a la justicia, para fortalecer al Estado de Derecho y con ello hacer efectivos los derechos de las personas y resolver, de manera pacífica y ordenada, los conflictos propios de la vida diaria.

<sup>29</sup> En dichos foros participaron 17 instituciones: el Senado de la República, la Cámara de Diputados, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), el Poder Ejecutivo Federal, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), el DIF Nacional, el Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA), la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo (PROFEDET), el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (TFCA), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Programa Interdisciplinario sobre Política y Prácticas Educativas del Centro de Investigación y Docencia Económicas (PIPE), el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), la Asociación Nacional de Empresa (ANADE), la Barra Mexicana de Abogados (BMA), el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, el Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO), el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), el Centro Estratégico de Impacto Social (CEGIS), la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ), la Asociación Nacional de Instituciones de Educación Superior (ANUIES) y la Fundación Quién Habla por Mí, A.C.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

Los Diálogos por la Justicia Cotidiana recopilaron y desarrollaron recomendaciones de todos los sectores para construir soluciones a los problemas que afectan con mayor frecuencia a los ciudadanos en materia de justicia cotidiana.<sup>30</sup>

Los trabajos se desarrollaron en dos etapas. En la primera se identificaron y discutieron los principales problemas de justicia cotidiana, sus causas, su impacto y las acciones que se implementaron para tratar de resolverlos. En la segunda etapa se abordaron posibles soluciones, concretas y viables, para cada uno de los temas que ahí se debatieron.

Para el cumplimiento de los objetivos encomendados se desarrollaron nueve mesas de trabajo en los siguientes temas:<sup>31</sup>

- 1) Justicia civil y familiar.
- 2) Justicia laboral.
- 3) Medidas para reducir la marginación jurídica.<sup>32</sup>
- 4) Mejora de la enseñanza y del ejercicio del Derecho.
- 5) Violencia en las escuelas
- 6) Asistencia jurídica temprana y justicia alternativa.
- 7) Organización y funcionamiento de los poderes judiciales. Mejorar el gobierno judicial.

---

<sup>30</sup> *Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones*, México, 2016, capítulo de Presentación, p. s/n.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> La marginación jurídica es la condición en que viven muchas personas que carecen de documentos oficiales, como los que se utilizan para acreditar la identidad, actas de estado civil, títulos de propiedad y testamentos; lo cual constituye una barrera para acceder a la justicia al limitar el pleno ejercicio del derecho a la identidad, a la seguridad jurídica y a la propiedad privada. *Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana, Op. cit.*, p. 147.

8) Resolución del fondo del conflicto y amparo.

9) Política en materia de justicia.

La importancia de estos ejercicios radica en el hecho de que, una vez analizados los resultados, se plantearon una serie de reformas constitucionales y legales, así como la implementación de políticas públicas para atender de forma preponderante las carencias de la justicia cotidiana.

## IV. Las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

A partir de los Diálogos por la Justicia Cotidiana, el Ejecutivo Federal propuso las siguientes modificaciones constitucionales y legales:<sup>33</sup>

1. Crear a nivel constitucional, el Sistema Nacional de Impartición de Justicia, con la finalidad de permitir mayor articulación entre los poderes judiciales y los demás órganos del Estado Mexicano que imparten justicia.
2. Fortalecer la independencia de los poderes judiciales locales, así como de sus órganos de administración, vigilancia y sanción, para que los jueces y magistrados sean nombrados a partir de sus conocimientos y experiencia, con la intención de elevar la calidad de la justicia que imparten y privilegiar la resolución del fondo de los conflictos, evitando que los formalismos o tecnicismos legales retrasen o nieguen la justicia a los mexicanos.
3. Unificar la legislación procedimental civil y familiar para todo el país, con el objetivo de evitar la disparidad de derechos y que en todos los estados se lleven a cabo las mejores prácticas.
4. Ampliar la aplicación de la justicia oral en el ámbito mercantil, para

<sup>33</sup> Véase: Justicia cotidiana, reformas e iniciativas. Disponible en: <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas-29921?idiom=es>.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

dar celeridad a la resolución de forma rápida y transparente y, a su vez, fomentar que, de ser posible, los conflictos se resuelvan sin agotar el aparato judicial. Por lo que se prevé la creación de una Ley General de Medios Alternativos de Solución de Controversias.

**5.** Emitir una Ley General de Justicia Cívica para dar solución a los problemas que surgen en la convivencia diaria, entre ellos los problemas vecinales o los incidentes de tránsito; y que estos conflictos puedan resolverse en un día, no en semanas, meses o, incluso, años.

**6.** Expedir una Ley General de Justicia Itinerante, para llevar la justicia a todo el país, sin importar que tan pequeña o de difícil acceso sea una comunidad, y a efecto de que la justicia esté al servicio de los que más la necesitan.

**7.** Crear instancias modernas de conciliación, para que los conflictos se resuelvan de forma amigable.

**8.** Responsabilizar a los poderes judiciales independientes de la justicia laboral.

**9.** Facilitar la vida diaria de las personas mediante la justicia cotidiana, lo cual exige un marco nacional de mejora regulatoria, que permita contar con trámites gubernamentales más rápidos y sencillos, además de reducir los márgenes de discrecionalidad de las autoridades y combatir la corrupción.

**10.** Homologar el funcionamiento de los registros civiles, para que sea posible obtener actas de nacimiento o de matrimonio vía Internet, sin importar la ubicación geográfica de la persona interesada.

Concretamente en materia de justicia cívica e itinerante, el 5 de febrero de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora

Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles, mediante el cual se reformó la fracción XXIX-R y se adicionaron las fracciones XXIX-A, XXIX-Y y XXIX-Z al artículo 73 constitucional, otorgando las siguientes facultades al Congreso de la Unión:<sup>34</sup>

*XXIX-A. Para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal; (Énfasis añadido).*

*XXIX-R. Para expedir las leyes generales que armonicen y homologuen la organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales de las entidades federativas y los catastros municipales; (Énfasis añadido).*

*XXIX-Y. Para expedir la ley general que establezca los principios y bases a los que deberán sujetarse los órdenes de gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de mejora regulatoria; (Énfasis añadido).*

*XXIX-Z. Para expedir la ley general que establezca los principios y bases a los que deberán sujetarse los órdenes de gobierno, en el ámbito de su respectiva competencia, en materia de justicia cívica e itinerante, y (Énfasis añadido)*

En ese sentido, la actualidad del país necesita hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y que esa justicia sea pronta, expedita, sin obstáculos, que restaure los derechos violentados por las autoridades u otros particulares. Por ello deben presentarse mecanismos eficaces por parte del Estado mexicano, que hagan efectivos y viables estos derechos constitucionales.

La justicia lenta e ineficiente alimenta la burocracia, la ineficiencia y la corrupción, dando como resultado la incredulidad de la ciudadanía en la administración e impartición de justicia; asimismo, afecta familias,

<sup>34</sup> Como se verá más adelante, las modificaciones de las fracciones XXIX-A, XXIX-R y XXIX-Y, aunque contemplan leyes que no pertenecen propiamente a la justicia cívica e itinerante, guardan estrecha relación con el proyecto de Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

negocios y a la misma comunidad en su bienestar y progreso. Por ello, la necesidad de contar con un sistema de justicia eficaz al momento de dirimir las controversias que surgen diariamente, que resuelva las diferencias entre los habitantes de nuestra nación y sea una base segura para terminar con otros problemas que engrandecen la injusticia cotidiana.<sup>35</sup>

## V. La Ley General de Justicia Cívica e Itinerante

Uno de los principales problemas que enfrentan los ciudadanos en general es la dificultad para acceder a la justicia, lo que incluye la resolución de conflictos derivados de la convivencia diaria, mismos que deberían ser atendidos de forma inmediata, con instrumentos accesibles, idóneos y simples.

Por ello se pensó en el desarrollo de modelos que articulen adecuadamente la justicia de barandilla, tanto para las grandes ciudades como para pequeñas comunidades y pueblos, como una política integral de acceso a la justicia.<sup>36</sup>

La adición de una fracción XXIX-Z al artículo 73 de la Carta Magna, facultó al Congreso de la Unión para expedir la Ley General que estableciera los principios y bases a los que deberán sujetarse los órdenes de gobierno, en el ámbito de su respectiva competencia, en materia de justicia cívica e itinerante. A ello se debe que el artículo séptimo transitorio del Decreto de mérito, plasmó en su texto las bases mínimas que deberán considerarse para la expedición de una Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, siendo éstas las que se mencionan a continuación:

- a) Los principios a los que deberán sujetarse las autoridades para que la justicia itinerante sea accesible y disponible a la ciudadanía.

---

<sup>35</sup> FLORES MEDINA, Rubén Jaime, *Op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>36</sup> LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y REYES, Javier Martín, *¿Qué tipo de justicia cívica necesitamos?* Disponible en <http://derechoenaccion.cide.edu/que-tipo-de-justicia-civica-e-itinerante-necesitamos/>

b) Las bases para la organización y funcionamiento de la justicia cívica en las entidades federativas.

c) Los mecanismos de acceso a la justicia cívica e itinerante y la obligación de las autoridades de cumplir con los principios previstos por la ley.

Además, el séptimo transitorio agrega que las legislaturas de las entidades federativas proveerán de los recursos necesarios para el cumplimiento de lo que eventualmente se establezca en dicha ley general.<sup>37</sup>

El 5 de diciembre de 2017, el Ejecutivo Federal, presentó ante la Cámara de Diputados, un proyecto de Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, cuyo objeto es sentar las bases para la organización y el funcionamiento de la justicia cívica en las entidades federativas; y establecer las acciones que deberán llevar a cabo las autoridades de los tres órdenes de gobierno para acercar mecanismos de resolución de conflictos, así como trámites y servicios a poblaciones alejadas, de difícil acceso y zonas marginadas.

A su vez, el 17 de abril de 2018, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados de la LXIII Legislatura envió la Minuta con Proyecto de Decreto de la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante a la Cámara de Senadores, misma que se encuentra pendiente de discusión.<sup>38</sup> Sin embargo, es importante señalar las particularidades del proyecto de ley, pues de ser discutida y aprobada, determinará las bases mínimas de acción para cada entidad federativa y el gobierno de la Ciudad de México en materia de justicia cívica e itinerante, evitando la posible inconstitucionalidad en la aplicación de procedimientos o sanciones.

La propuesta de ley se considera acorde con lo ordenado en el *Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora*

<sup>37</sup> REYES, Javier Martín, *Op. cit.*, p. 142.

<sup>38</sup> Véase: Gaceta del Senado, 19 de abril de 2018. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/80305](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80305).

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

*Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles*, en la porción que nos ocupa, en virtud de que facilita y garantiza el acceso a la justicia de todos y cada uno de los ciudadanos mexicanos.<sup>39</sup>

Asimismo, plantea el fortalecimiento y atención de la justicia cívica para la resolución de los conflictos del día a día, considerándola como el primer instrumento de mantenimiento de la convivencia armónica y de prevención del delito.<sup>40</sup>

La emisión de esta ley traería aparejada la homogeneidad en la impartición de justicia cívica, evitando la variación en la función de las capacidades y facultades del personal encargado de administrarla, lo que derivaría en:<sup>41</sup>

- a) La implementación de una sola autoridad para impartir la justicia cívica (juez cívico).
- b) Contar con un esquema de capacitación continua.
- c) La actualización del marco normativo.
- d) Contar con un modelo homologado de justicia cívica.
- e) Mejorar la infraestructura.

La aplicación de un modelo uniforme de atención y sanción de faltas administrativas facilitaría y mejoraría la convivencia en las comunidades del país, evitando que los conflictos pudieran elevarse a conductas delictivas o actos de violencia. Porque la justicia cívica no solo implica considerar los elementos que forman parte del conflicto, sino también promover una cultura de la legalidad y elementos de buen gobierno que faciliten la convivencia, destacando cinco características distintivas, a saber:<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Véase la exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de Decreto por la que se expide la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante. Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279880/INICIATIVA\\_POR\\_EL\\_QUE\\_SE\\_EXPIDE\\_LA\\_LEY\\_GENERAL\\_DE\\_JUSTICIA\\_C\\_VICA\\_E\\_ITINERANTE.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/279880/INICIATIVA_POR_EL_QUE_SE_EXPIDE_LA_LEY_GENERAL_DE_JUSTICIA_C_VICA_E_ITINERANTE.pdf)

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Modelo Homologado de Justicia Cívica, Buen Gobierno y Cultura de la Legalidad para los Municipios de México*, Op. cit., p. 12.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 18.

1. La visión sistémica que define la justicia cívica como un conjunto de actores articulados alrededor del juzgado cívico.
2. La incorporación de audiencias públicas.
3. La actuación policial *in situ* con enfoque de proximidad.
4. La incorporación de medidas para mejorar la convivencia cotidiana como un nuevo tipo de trabajo en favor de la comunidad, que contribuye a la atención de las causas profundas que originan conductas conflictivas.
5. La implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Con relación a la justicia itinerante, se tomó en cuenta la complejidad de algunas comunidades para acceder a las instancias de impartición de justicia y de realización de trámites, obstáculo para que sus ciudadanos se encuentren en condiciones de reducir su marginación. De ahí que la propuesta enmarcada en la Ley General presentada por el Ejecutivo Federal, podría convertirse en una herramienta para acercar y atender al mayor número de comunidades o personas cuya marginación les impida ejercer su derecho a la justicia, obtener documentos de identificación o títulos de propiedad.

La falta de documentos fundamentales para acreditar la identidad o la propiedad, debido a los trámites burocráticos y de difícil acceso, propició un avance en la homologación, simplificación y modernización para obtener estos documentos, lo cual se complementaría con la Ley General de Mejora Regulatoria,<sup>43</sup> que tiene entre sus objetivos: Establecer los instrumentos, herramientas, acciones y procedimientos de mejora regulatoria, entre ellos la creación y funcionamiento del Catálogo Nacional de Regulaciones, Trámites y Servicios, en los cuales la justicia itinerante podría basar sus acciones, mediante la implementación de programas para la obtención de documentos, trámites o servicios a los que determinadas comunidades pudieran no tener fácil acceso.

<sup>43</sup> La Ley General de Mejora Regulatoria se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 2018.

## **Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante**

---

Junio 2020

Lo anterior, también guarda relación con la reforma que otorgó la facultad al Congreso de la Unión para expedir las leyes generales para la armonización, homologación, modernización y funcionamiento de los registros públicos, ya que al momento de expedir la ley general en materia de registros civiles, se debe contemplar -como mínimo- la obligación de trabajar con formatos de inscripción accesibles; la estandarización de actas a nivel nacional; medidas de seguridad física y electrónica; la posibilidad de efectuar trámites con firmas digitales; realizar consultas y emisiones vía remota; el diseño de mecanismos alternos para la atención de comunidades indígenas y grupos en situación de especial vulnerabilidad y marginación. Para todo ello la justicia itinerante podría ser un factor fundamental.<sup>44</sup>

Ahora bien, el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo Federal se distribuyó de la siguiente manera:<sup>45</sup>

### **ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY GENERAL DE JUSTICIA CÍVICA E ITINERANTE**

#### **TÍTULO PRIMERO - CAPÍTULO ÚNICO DISPOSICIONES GENERALES.**

Artículos 1º a 3º.

#### **TÍTULO SEGUNDO DE LA JUSTICIA CÍVICA - CAPÍTULO I DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA CÍVICA.**

Artículos 4º a 13.

#### **CAPÍTULO II DE LA CERTIFICACIÓN Y CAPACITACIÓN.**

Artículos 14 y 15.

---

<sup>44</sup> Véase: Artículo Tercero Transitorio del *Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles.*

<sup>45</sup> Véase: Minuta con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

## **CAPÍTULO III - DEL PROCEDIMIENTO ANTE LOS JUZGADOS CÍVICOS - SECCIÓN PRIMERA**

### **DISPOSICIONES COMUNES.**

Artículos 16 a 30.

### **SECCIÓN SEGUNDA DEL PROCEDIMIENTO POR PRESENTACIÓN DEL PROBABLE INFRACTOR.**

Artículos 31 a 35.

### **SECCIÓN TERCERA DEL PROCEDIMIENTO POR QUEJA.**

Artículos 36 a 41.

### **SECCIÓN CUARTA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE MEDIA- CIÓN Y CONCILIACIÓN.**

Artículos 42 a 45.

## **CAPÍTULO IV DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES.**

Artículos 46 a 52.

## **CAPÍTULO V REGISTRO DE INFRACTORES.**

Artículos 53 a 55.

## **CAPÍTULO VI DE LOS INFORMES Y ESTADÍSTICAS.**

Artículo 56.

Junio 2020

## **TÍTULO TERCERO DE LA JUSTICIA ITINERANTE - CAPÍTULO ÚNICO DE LAS JORNADAS DE JUSTICIA ITINERANTE.**

Artículos 57 a 65.

El proyecto tiene como principales puntos los siguientes:

**Objeto:** Sentar las bases para la organización y el funcionamiento de la justicia cívica en las entidades federativas; establecer las acciones que deberán llevar a cabo las autoridades de los tres órdenes de gobierno para acercar mecanismos de resolución de conflictos, así como trámites y servicios a poblaciones alejadas, de difícil acceso y zonas marginadas. En este aspecto, es de destacarse que impone la corresponsabilidad a los tres órdenes de gobierno para la organización y funcionamiento de la justicia cívica y la implementación de programas para la ejecución de la justicia itinerante.

Señala, además, los principios rectores en materia de justicia cívica:

- a) Difusión de la cultura cívica para prevenir conflictos vecinales o comunales.
- b) Corresponsabilidad de los ciudadanos.
- c) Respeto a las libertades y derechos de los demás.
- d) Fomento de la paz social y el sentido de pertenencia a la comunidad.
- e) Cercanía de las autoridades de justicia cívica con grupos vecinales o comunales.
- f) Prevalencia del diálogo para la resolución de conflictos.
- g) Privilegio de la resolución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

h) Imparcialidad de las autoridades al resolver un conflicto.

i) Fomento de la participación ciudadana para el fortalecimiento de la democracia.

j) Capacitación a los cuerpos policiacos en materia de cultura cívica.

La importancia de establecer principios generales en la materia radica en el hecho de que todas y cada una de las localidades que implementen un sistema de justicia cívica, deberán regirse por los mismos principios, incluyendo aquellos que actualmente ya lo ejercen.<sup>46</sup>

**Implementación del procedimiento oral y público:** Es el mecanismo de impartición de justicia cívica, de modo que se incremente la confianza de los usuarios y de la ciudadanía en general, en los servicios de los juzgados cívicos; y se propicie la transparencia en el proceso de impartición de justicia cívica. Al respecto, es importante describir los principios que rigen el procedimiento público:<sup>47</sup>

a) Oralidad. La audiencia se desarrolla en forma oral en todas sus etapas, desde la declaración del probable infractor, las declaraciones de quienes intervengan, hasta las resoluciones, mismas que serán fundadas y dictadas verbalmente, entendiéndose como notificadas desde el momento de su pronunciamiento.

b) Publicidad. El público tiene el derecho de acceder al proceso, para observar el desarrollo de las audiencias y el desempeño del juez cívico. Se refiere a que la percepción y recepción de las pruebas, su valoración y las intervenciones de los sujetos procesales se realizan con la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general.

<sup>46</sup> Como se verá más adelante, algunos principios difieren entre una localidad y otra.

<sup>47</sup> AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID) EN MÉXICO, *Guía 3. Implementación Modelo Homologado de Justicia y Cultura de la Legalidad para los Municipios de México. Implementación de Audiencias Públicas*, México, 2018, pp. 14-15.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

c) Continuidad. Se pretende que la duración de la audiencia sea la menor posible, para lo cual deberá llevarse a cabo de forma rápida desde la llegada del detenido, debiendo dictarse una resolución a la brevedad.

d) Imparcialidad. El juez tiene el deber de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de las partes.

e) Inmediación. El juez cívico siempre deberá estar presente durante las audiencias, sin que pueda asistir en su lugar un representante, relacionándose directamente con las partes actuantes en el proceso. La importancia de este principio radica en que el juez cívico tendrá conocimiento inmediato de las pruebas, de modo que las partes accederán personalmente a la autoridad que resolverá el asunto. Toda audiencia pública responde totalmente al principio de inmediación, pues el juez cívico tiene que escuchar de viva voz los alegatos de las partes, presenciar la práctica de las pruebas en la audiencia y emitir una resolución.

f) Concentración. Indica la ejecución de todo el proceso en una sola audiencia que se lleva a cabo de manera oral.

**Implementación de la justicia cívica como un medio alternativo de solución de controversias:** El proyecto de ley general plasmaría atribuciones para el juzgado cívico, a fin de que funja como mediador o conciliador, aplicando de manera supletoria la ley general prevista en el artículo 73, fracción XXIX-A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debiendo sujetarse -además- a la legislación en dicha materia de la entidad federativa de que se trate.

Cabe señalar que esta atribución contemplada en la propuesta de ley general en estudio, podría no encontrarse debidamente delimitada, pues de la lectura de sus artículos 42, 43, 44 y 45, pareciera que el juez cívico tendría facultades de conciliación o mediación en cualquier ámbito legal (civil, mercantil, familiar, etc.). De ahí, la conveniencia de examinar esta circunstancia y limitar el ámbito de mediación o conciliación del juez

cívico a asuntos de su exclusiva competencia en el texto del proyecto de ley en estudio.

No obstante, la implementación de la justicia cívica como medio alternativo de solución de controversias, dentro de las atribuciones que sean conferidas a la autoridad cívica, dotaría a la ciudadanía con una herramienta de suma importancia para la solución de sus conflictos derivados de la vida diaria, es decir, de aquellos que surgen de la convivencia entre ciudadanos, vecinos e incluso familiares, cuando sus conductas no se consideren delitos en la ley penal.

**Sanciones:** Estatuye en su articulado que las sanciones comprenderán:

- a) Amonestación.
- b) Servicio en favor de la comunidad.
- c) Multa.
- d) Arresto, que no podrá exceder del plazo de treinta y seis horas.

Lo anterior, con base en lo que establece el artículo 21, párrafo cuarto, de la Carta Magna:

*Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. (Énfasis añadido).*

El proyecto de ley en este rubro también otorgaría la atribución a la Ciudad de México, entidades federativas y/o municipios, para determinar la gravedad de la conducta considerada como infracción y establecer las

sanciones mínimas y máximas, así como los casos en que podrían ser conmutables o no.

**Registro, informes y estadísticas de infractores:** La implementación de un registro y gestión de la información en donde se capturen los datos relevantes del proceso de impartición de justicia cívica, tanto para el uso de los jueces durante el juicio como para las áreas de coordinación de jueces, permitiría disponer de datos sobre el actuar del personal que integra los juzgados, de los infractores y usuarios del juzgado cívico; y en consecuencia, podría evaluarse el funcionamiento del juzgado cívico y tomar decisiones gerenciales basadas en información.<sup>48</sup> De la misma manera, el registro de información en un sistema posibilitaría el seguimiento a las sanciones impuestas y el de las personas con perfiles de riesgo.

Asimismo, los informes y estadísticas de infractores, darían un panorama general de aquellas localidades que podrían requerir mayor infraestructura para la aplicación de la justicia cívica y la atención de faltas administrativas, la modificación por cuanto a la gravedad de diversas conductas e incluso el nivel de prevención del delito derivada de la aplicación de la justicia cívica.

**Bases mínimas de organización de la justicia itinerante:** Refiere que la justicia itinerante estaría a cargo de la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, por lo cual deben implementarse acciones y mecanismos para que ésta llegue a poblaciones alejadas -de difícil acceso- y zonas marginadas, a través de jornadas de justicia itinerante. El objetivo es acercar los trámites y servicios de las dependencias y entidades federales y locales; para ello se deberá programar el desarrollo de las jornadas, su ubicación y periodicidad, las dependencias, entidades y otras instituciones participantes, y los trámites y servicios que se prestarán, así como los mecanismos de seguimiento para aquellos que no sean de resolución inmediata. Esto como responsabilidad de los gobiernos de las entidades federativas, previendo incluso la exención del cobro de derechos de servicios y trámites.

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 21.

Debe destacarse que en el marco de las jornadas de justicia itinerante, también podrían atenderse conflictos individuales, colectivos o comunales con asistencia judicial o haciendo uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Además, se prevé como una facultad de los gobiernos de las entidades federativas la celebración de convenios de coordinación con los sectores privado, académico y social para el desarrollo de las referidas jornadas; y en cada una de éstas se levantaría un registro, que serviría como instrumento de evaluación y mejoramiento en la planeación de jornadas posteriores.

Por todo lo anterior, la creación de una norma general sentaría las bases para el establecimiento de la justicia cívica e itinerante en cada uno de los rincones del país, que ordenara al menos:

- 1) La integración de los juzgados cívicos.
- 2) La forma de organización de los juzgados cívicos.
- 3) El personal que debería integrar un juzgado cívico e incluso su denominación.
- 4) Las autoridades que serían partícipes en el ejercicio de la justicia cívica.
- 5) La unificación de principios que deben regir a la justicia cívica.
- 6) La unificación de normas relacionadas con la justicia cívica.
- 7) El establecimiento de la justicia cívica como medio alternativo de solución de controversias.
- 8) Los alcances de la justicia itinerante.
- 9) La obligación de contar con un registro de infractores en operación.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

### 10) La corresponsabilidad de las autoridades de los tres órdenes de gobierno para el ejercicio de la justicia cívica e itinerante.

El proyecto de Ley General de Justicia Cívica e Itinerante otorga libertad a cada localidad para que determine los comportamientos que pudieran ser considerados como faltas administrativas y las necesidades de justicia en cada demarcación territorial; y para ello deberán tomarse en cuenta las características particulares de la Ciudad de México, las entidades federativas y/o municipios (densidad poblacional, usos y costumbres, conductas más recurrentes que atentan contra la vida pacífica, la dificultad para el acceso a trámites y justicia, etc.), con el propósito de marcar el rumbo de una parte esencial de la justicia cotidiana.

Sin embargo, la intención de que la justicia cívica e itinerante sea implementada en todo el país y que su aplicación sea general, parece no tener fecha, pues independientemente de las localidades que ya cuentan con un sistema de justicia cívica en uso, debe considerarse que su establecimiento dependerá de los presupuestos que cada entidad federativa maneje para ello.<sup>49</sup>

Asimismo, es de señalarse, que el *Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles*, en su segundo transitorio, estableció como plazo para la emisión de la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, 180 días naturales siguientes a la publicación del mismo, el cual ha transcurrido en exceso.

Se está ante un caso de omisión legislativa, pues una de las funciones primordiales de la actividad legislativa es la generación de normas que permitan la convivencia armónica de los gobernados, entre ellas garantizar la protección de sus derechos humanos, entendiendo a la Carta Magna como el eje ordenador de tal actividad, y dentro de la cual se ha establecido una

---

<sup>49</sup> Véase: *La justicia cotidiana es larga, costosa y lejana a los ciudadanos*. Disponible en: <https://www.milenio.com/policia/justicia-cotidiana-larga-costosa-lejana-ciudadanos-expertos-pena>

obligación de legislar, en este caso, de expedir la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, lo que en la especie no ha acontecido.<sup>50</sup>

## VI. Ejemplos de aplicación de la justicia cívica e itinerante en México

El ejercicio de la justicia cívica no es un tema nuevo para algunas localidades del país, ejemplo de ello son: la Ciudad de México, el municipio de León en el estado de Guanajuato y el municipio de Colima en el estado de Colima, que, entre otras, cuentan con un sistema de justicia cívica.<sup>51</sup>

### La Ciudad de México

Desde 2004 tiene en aplicación un sistema de justicia cívica que se plasmó en la Ley de Cultura Cívica para el Distrito Federal, misma que se abrogó el 7 de junio de 2019, mediante el Decreto por el que se abroga la Ley de Cultura Cívica para el Distrito Federal y se expide la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, publicado en la Gaceta de Oficial de la Ciudad de México.

Las características generales de dicha ley son:

**Objeto:**<sup>52</sup> Establecer reglas mínimas de comportamiento cívico; garantizar la sana convivencia, el respeto a las personas, los bienes públicos y privados y regular el funcionamiento de la Administración Pública de la Ciudad de México en su preservación; determinar las acciones para su cumplimiento; fomentar la cultura de la legalidad que fortalezca la convivencia armónica, la difusión del orden normativo de la ciudad, además del conocimiento

<sup>50</sup> Véase: *OMISIÓN LEGISLATIVA. SU CONCEPTO*. Tesis aislada (Común), Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: II, diciembre de 2013, p. 1200, Tesis: 2005199.

<sup>51</sup> El presente estudio se centra en las diferencias y similitudes de diversos ordenamientos en materia de justicia cívica, por lo que, a manera de ejercicio, se analizan estas tres localidades.

<sup>52</sup> Véase el artículo 1 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

de los derechos y obligaciones de la ciudadanía y de las personas servidoras públicas; la promoción de una cultura de la paz; sentar las bases de organización y funcionamiento de la cultura cívica; y, establecer las acciones que deberán llevar a cabo las autoridades para que las personas que habitan en la Ciudad de México puedan dirimir sus conflictos a través de mecanismos consensados de justicia alternativa.

**Valores fundamentales para la cultura cívica:**<sup>53</sup> La corresponsabilidad entre las personas habitantes y las autoridades en la conservación del medio ambiente, el entorno urbano, las vías, espacios y servicios públicos y la seguridad ciudadana; la autorregulación sustentada en la capacidad de los habitantes de la Ciudad de México para asumir una actitud de respeto a la normatividad y exigir a los demás y a las autoridades su observancia y cumplimiento; la prevalencia del diálogo, la conciliación y la mediación como medios de solución de conflictos y la utilización de auxiliares para la gestión y solución de conflictos; la imparcialidad de las autoridades para resolver un conflicto; el respeto por la diferencia y la diversidad de la población de la Ciudad de México; el sentido de pertenencia a la comunidad y a la Ciudad de México; la colaboración como una vertiente del mejoramiento del entorno y de la calidad de vida; la legalidad como un sistema normativo y una cultura de acciones orientadas al ejercicio, respeto y cumplimiento de la ley por parte de las personas ciudadanas y las personas servidoras públicas; y, la capacitación de los elementos de policía en materia de cultura cívica.

**Principios rectores de la justicia cívica:**<sup>54</sup> Corresponsabilidad, legalidad, solidaridad, honestidad, equidad, tolerancia e identidad.

**Clasificación de faltas administrativas:**<sup>55</sup> Contra la dignidad de las personas, contra la tranquilidad de las personas, contra la seguridad ciudadana y contra el entorno urbano de la Ciudad de México.

---

<sup>53</sup> Véase el artículo 2 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

<sup>54</sup> Véase el artículo 14 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

<sup>55</sup> Véanse los artículos 26, 27, 28 y 29 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, los cuales contemplan un catálogo de conductas que se consideran sancionables.

**Integración del juzgado cívico:**<sup>56</sup> Una Persona Juzgadora, una Persona Secretaria, una Persona Médica, las Personas Policías comisionadas por la Secretaría de Seguridad Ciudadana de la Ciudad de México y el personal auxiliar que determine la Dirección Ejecutiva de Justicia Cívica.

**Tipos de procedimiento:**<sup>57</sup> Por presentación del probable infractor, por queja, en caso de daño culposo causado con motivo del tránsito de vehículos, así como por infracciones en materia de tránsito.

**Sanciones:**<sup>58</sup> Amonestación, multa, arresto y trabajo en favor de la comunidad.

Además, la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, establece a las autoridades que participan en la justicia cívica y determina las atribuciones que corresponden a cada una de éstas.<sup>59</sup>

La Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, también contempla en sus numerales la mediación comunitaria, como un mecanismo no jurisdiccional y voluntario, complementario a la cultura cívica, para gestionar la solución o prevención de conflictos o controversias entre personas que surgen o pueden suscitarse en una comunidad que comparte valores, intereses o espacios que crean pertenencia: colonias, barrios, unidades habitacionales, unidades o instalaciones deportivas, parques, jardines, mercados públicos y en general el espacio público. De tal modo que una persona tercera imparcial, que la misma ley denomina persona mediadora comunitaria, con el fin de encontrar soluciones aceptables para todos y beneficios para la comunidad,<sup>60</sup> por lo que se puede decir que cumple -en ocasiones y en el ámbito de su competencia- como un medio alternativo de solución de controversias.

<sup>56</sup> Los artículos 115 y 124 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México establecen las atribuciones que corresponden a la *persona juzgadora* y a la *persona secretaria*.

<sup>57</sup> Véanse los artículos 64 al 107 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

<sup>58</sup> Véase el artículo 30 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

<sup>59</sup> Véanse los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y, 13 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

<sup>60</sup> Véanse los artículos 75 y 76 de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

En este orden de ideas, la justicia cívica en la Ciudad de México ha evolucionado con el transcurso del tiempo, adecuando las conductas sancionables a la época y a las problemáticas actuales.<sup>61</sup>

La Ciudad de México ha sido parte aguas en la aplicación y evolución de la justicia cívica, al haber sido la primera ciudad del país en emitir una ley que considera las conductas que afectan directamente la sana convivencia de la sociedad como sancionables, mediante las cuales se puede prevenir la comisión de conductas más graves o, incluso, delitos; además de imponerse como un medio alternativo de solución de controversias para dirimir conflictos derivados de la convivencia cotidiana. Esto toma relevancia si se considera que el cúmulo poblacional de la Ciudad de México es uno de los más numerosos en el territorio nacional, por lo que la justicia cívica ha relevado en gran magnitud a la justicia penal, a la misma justicia administrativa y la justicia civil, en el exclusivo campo que le es conferido al juez cívico como autoridad administrativa.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan el Código Penal para el Distrito Federal; la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal; el Código Civil para el Distrito Federal; el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal y la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal el 13 de marzo de 2008, mediante el cual la autoridad penal trasladó a la justicia cívica todos los expedientes integrados por motivo de daño culposo por tránsito de vehículos, reduciendo las cargas de trabajo para las agencias del Ministerio Público, que se ha podido enfocar en la persecución de delitos de mayor impacto social, situación que fue retomada por la actual Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Un ejemplo de ello se establece la fracción VIII de su artículo 26, transcrito a continuación:

*Artículo 26.- Son infracciones contra la dignidad de las personas:*

*VIII. Condicionar, insultar o intimidar a la mujer, que alimente a una persona lactante, en el espacio público;*

<sup>62</sup> Es insoslayable mencionar que, de conformidad con el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, aún vigente, para que la autoridad cívica de la Ciudad de México pueda conocer de un daño culposo por tránsito de vehículos se deben cumplir los siguientes requisitos:

Como efecto de lo antes expresado, en la Ciudad de México, la *persona juzgadora* ha tomado las riendas en el conocimiento de conductas que en su momento se consideraron delitos, para adecuarlas a infracciones administrativas en las que dicha autoridad tiene, entre otras, la atribución de conciliar -previo al inicio del procedimiento por daño culposo por tránsito de vehículos-. En la práctica funge como un medio alternativo de solución de controversias, reduciendo las cargas de trabajo para la autoridad penal y los juzgados civiles, al evitar la presentación de demandas por responsabilidad civil; todo en un solo acto, en cuestión de horas y no en días, semanas o meses, como ocurriría con otras autoridades, garantizando con ello el acceso a la justicia pronta y expedita.

## El municipio de Colima, estado de Colima

El 17 de mayo de 2019, en el Periódico Oficial del Estado de Colima se publicó el Acuerdo que aprobó el paquete de reformas, adiciones, derogaciones y modificaciones necesarias para la implementación del modelo de justicia cívica en el municipio de Colima; en sus considerandos ponderó la necesidad de crear la figura de Juez Cívico, con el objetivo de generar e implementar de un modelo de justicia cívica que garantice acciones, estrategias y proyectos que coadyuven a la paz social.

En virtud de lo anterior, en el mismo Acuerdo se expidió el Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima, cuyas características pueden resumirse de la siguiente manera:

---

*I. Ninguno de los agentes conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares;*

*II. No abandone a la víctima;*

*III. No se dé a la fuga; y*

*IV. No se cometa el delito de lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, o cualquier otro delito del fuero común.*

A pesar de lo señalado en la fracción IV citada, la autoridad cívica conoce del procedimiento de daño aun cuando derivado del mismo, alguna de las partes involucradas resulte con lesiones que, según la clasificación médico-legal, tarden en sanar menos de 15 días. Ello es así, pues ese tipo de lesiones fueron retiradas del Código Penal del Distrito Federal y conforme al artículo 26, fracción VI de la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, corresponde al juez cívico el conocimiento y, en su caso, la aplicación de la sanción a quien cometa ese tipo de lesiones.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

**Objeto:**<sup>63</sup> Fomentar en el municipio de Colima una cultura cívica que fortalezca los valores de la ética pública y el disfrute colectivo de los derechos fundamentales de la sociedad; mantener y conservar el orden público, la seguridad y tranquilidad de las personas; establecer mecanismos para la prevención del delito que favorezcan la convivencia armónica entre sus habitantes; establecer las conductas que constituyen infracciones de competencia municipal, las sanciones correspondientes y los procedimientos para su imposición, así como las bases del Sistema de Justicia Cívica Municipal; ser copartícipes en la formación ética y cívica de las personas, forjando el respeto a los demás y el orden público; regular las funciones del Juez Cívico, y regular el funcionamiento de los centros de Detención y de Mediación Municipal.

**Principios rectores de la justicia cívica:**<sup>64</sup> Difusión de la cultura cívica para prevenir conflictos vecinales o comunales; corresponsabilidad de los ciudadanos; respeto a las libertades y derechos de los demás; fomento de la paz social y el sentido de pertenencia a la comunidad; cercanía de las autoridades de justicia cívica con grupos vecinales o comunales; prevalencia del diálogo para la resolución de conflictos; privilegio de la resolución del conflicto sobre los formalismos procedimentales; imparcialidad de las autoridades al resolver un conflicto; fomento de la participación ciudadana para el fortalecimiento de la democracia y capacitación a los cuerpos policiacos en materia de cultura cívica.

**Clasificación de faltas administrativas:**<sup>65</sup> Contra el orden público y la seguridad ciudadana, contra el patrimonio público y el entorno urbano, contra la prestación de servicios públicos o la administración pública, contra la salubridad y el medio ambiente, contra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, contra la integridad y la tranquilidad de las personas, contra el patrimonio de las personas, contra el civismo y bien común, y contra la dignidad de las personas.

---

<sup>63</sup> Véase el artículo 2 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

<sup>64</sup> Véase el artículo 3 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

<sup>65</sup> Véanse los artículos 41 a 58 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

**Integración del juzgado cívico:**<sup>66</sup> El Juez Cívico; un secretario, el alcaide, los oficiales custodios y procesales que sean necesarios, un mediador, un trabajador social y un médico.

**Tipos de procedimiento:**<sup>67</sup> Por presentación del probable infractor, para menores infractores e incapaces, por queja, de mediación y conciliación, y, por último, en casos de daño culposo causado con motivo de hechos de tránsito.

**Sanciones:**<sup>68</sup> Amonestación, arresto, multa y trabajo a favor de la comunidad.

En ese orden de ideas, la aplicación de la justicia cívica en el municipio de Colima ha transformado la ideología de la población, ya que se han venido detectando las principales problemáticas de conducta de sus habitantes, lo cual ha permitido establecer como objetivos primordiales: reducir la incidencia delictiva, recuperar la confianza de la ciudadanía y la percepción que tiene la sociedad colimense de la seguridad en el entorno del que forma parte.

Lo anterior ha dado como resultado el mejoramiento de la impartición de justicia administrativa para quienes con su actuar violan las reglas de comportamiento urbano; y también ha permitido, a través del diálogo con el infractor, entender las razones de fondo que causan dicho comportamiento.

En otras palabras, la importancia de la justicia cívica en el municipio de Colima va más allá de imponer sanciones derivadas de faltas administrativas, pues se da preponderancia al conocimiento de raíz de la problemática, mediante la comprensión de las causas subjetivas que dieron origen a dicha falta, para poder así poder evitar -de manera eficaz- la reincidencia del mal comportamiento, fomentando con ello el civismo y el cuidado del bien común por parte de los habitantes del municipio en comento.

<sup>66</sup> Véase el artículo 10 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima. Asimismo, los artículos 13, 26, 30, y 32 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima que establecen las facultades que le son conferidas al juez, al alcaide, al mediador y al médico, siendo omiso en señalar las atribuciones del secretario.

<sup>67</sup> Véanse los artículos 76 a 129 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

<sup>68</sup> Véase el artículo 131 del Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

El modelo de justicia cívica del municipio de Colima fue reconocido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con el premio “Transformando México desde lo local”, en la categoría de Paz, por contribuir a alcanzar las metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.<sup>69</sup>

## **El municipio de León, estado de Guanajuato**

El 10 de mayo de 2019, se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato.

**Objeto:**<sup>70</sup> Establecer las estructuras, organización y coordinación entre las instituciones que se encargarán de aplicar los procedimientos que fomenten la cultura de la paz y la legalidad en la imposición de sanciones por faltas administrativas; así como de dar solución de forma pronta, transparente y expedita, a conflictos vecinales en el municipio de León, Guanajuato.

**Principios rectores de la justicia cívica:**<sup>71</sup> Cultura de la paz y legalidad, proximidad social, resolución pacífica del conflicto, inmediatez, oralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia.

**Integración del juzgado cívico:**<sup>72</sup> La persona titular, secretaría y auxiliar de sala.

El Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato, no contempla un catálogo de conductas que pudieran señalarse como faltas administrativas, sino que éste remite las conductas que pudieran ser consideradas como sancionables al Reglamento de Policía y Vialidad del

---

<sup>69</sup> Los Objetivos de Desarrollo Sostenible constituyen un llamado universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y perspectivas de las personas en todo el mundo. En 2015, los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la cual se establece un plan para alcanzar los Objetivos en 15 años.

<sup>70</sup> Véase el artículo 1 del Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

<sup>71</sup> Véase el artículo 3 del Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

<sup>72</sup> Véase el artículo 27 del Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

Municipio de León, Guanajuato.<sup>73</sup> De ahí que la actuación del juez cívico no solamente debe regirse por lo que ordena el Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato, sino que debe observar, para la calificación de las conductas que pudieran ser sancionables, lo que estatuye el Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

El Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato establece la siguiente clasificación de faltas administrativas: contra la tranquilidad y bienestar colectivo de las personas, contra la seguridad ciudadana, contra la integridad moral y dignidad, contra la propiedad en general y el entorno urbano, contra la salud pública y contra la salud y tranquilidad de las personas.<sup>74</sup> Asimismo, contempla las sanciones para quienes cometan una falta administrativa: amonestación verbal o por escrito, multa conmutable por arresto hasta por treinta y seis horas, arresto hasta por treinta y seis horas y actividades de apoyo a la comunidad.

El Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato no constituye una guía para el comportamiento cívico de los habitantes del municipio, siendo el caso que éste es, mejor dicho, una base de organización para las autoridades que integran el sistema de justicia cívica de León, Guanajuato. Y aunque los juzgados cívicos del municipio, dependen de la Secretaría de Seguridad Pública Municipal, el nombramiento de juez general y juez cívico corresponde enteramente al presidente municipal.

Así, tanto el Reglamento de Justicia Cívica como el Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato, plasman el compromiso de las autoridades municipales con la justicia, la legalidad y la paz social, lo que, entre otros aspectos, incluye todos aquellos elementos y acciones que tienden a mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos; la acción comunitaria para la prevención de delitos; sistemas de impartición de justicia accesibles,

<sup>73</sup> El Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato fue publicado el 4 de octubre de 2018 en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado y tiene por objeto establecer las normas que rigen la convivencia social y la circulación en las vías públicas del municipio, con la finalidad de preservar la vida, la integridad física y el patrimonio de las personas y los hechos y conductas que constituyen faltas o infracciones en materia de policía, tránsito y vialidad, así como las sanciones correspondientes y los procedimientos para su aplicación. Véase su artículo 1.

<sup>74</sup> Véanse los artículos 10 a 15 del Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

ágiles y efectivos; además de una educación basada en valores, respeto por la ley y los derechos humanos, en una sociedad corresponsable de la tranquilidad y el bienestar social a través de la inclusión, la cultura de la paz, el rescate de valores y la integración familiar.

Para efectos de lo anterior, el juzgado cívico en el municipio de León, Guanajuato, es el encargado de garantizar el acceso a la justicia y la actividad de los jueces cívicos municipales no solamente se basa en la imposición de una sanción, sino que busca los medios de integración y reincorporación de las personas con la sociedad a la que pertenecen.

Como se puede advertir, la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, el Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima y, para el caso del municipio de León, el Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato y el Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato, presentan claras similitudes, como las sanciones, que derivan del artículo 21, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el uso de los juzgados cívicos como medios alternativos de solución de controversias, entre otras; no obstante, también tienen variaciones, tan simples como las nominaciones del personal que integra sus juzgados cívicos, su forma de organización y los principios que rigen a la justicia cívica.

A pesar de las diferencias contenidas en la ley y en los reglamentos mencionados, estos tienen en común la creación de reglas mínimas de comportamiento urbano, a través del establecimiento de los miembros de las corporaciones policíacas locales como parte fundamental en la aplicación de la justicia cívica. Son los policías quienes conocen por primera vez la posible comisión de una infracción administrativa, lo que da como resultado una policía mejor preparada para enfrentar los conflictos cotidianos de la vida en sociedad; asimismo, hacen parte al ciudadano de una comunidad, otorgándole la corresponsabilidad en la conservación del medio ambiente, el entorno urbano, las vías, espacios, servicios públicos y la seguridad ciudadana.

Esta circunstancia da un sentido de pertenencia a una sociedad, al reconocer la autorregulación de cada persona para evitar conductas que atenten contra el respeto hacia los demás, sus bienes y su dignidad, lo que trae aparejado el respeto a la ley, su observancia y cumplimiento, y la exigencia hacia los demás de que ésta se cumpla; y, en consecuencia, la formación de más y mejores ciudadanos.

A su vez, la implementación de la justicia cívica en las tres localidades mencionadas, tiene como objetivo fundamental que ésta se convierta en un filtro de comportamientos que sirvan, en determinado momento, para la prevención de conductas constitutivas de delitos.

## La justicia itinerante

La aplicación de la justicia itinerante en México es practicada actualmente por los Tribunales Agrarios, como órganos jurisdiccionales, que desarrollan programas de administración de justicia itinerante dentro de sus demarcaciones territoriales. Ello, debido a que los usuarios del servicio de administración de justicia agraria se ubican geográficamente en áreas apartadas o de difícil acceso, lo que les imposibilita acudir a las instalaciones de dichos tribunales, pues esto les ocasionaría un detrimento económico. Las Jornadas de Justicia Itinerante se realizan en el lugar de los hechos, con prontitud, privilegiando el diálogo y la conciliación, para que se concreten acuerdos que preserven el orden, la tranquilidad y la gobernabilidad en ejidos y comunidades.<sup>75</sup>

En este sentido, el estado de San Luis Potosí puso en marcha un proyecto de justicia itinerante que consiste en brindar los servicios de mediación y conciliación de forma sencilla, práctica y efectiva en materia en materia civil, familiar y mercantil, de manera pronta y gratuita.<sup>76</sup> La finalidad es que los conflictos se resuelvan mediante el diálogo y se logren acuerdos satis-

<sup>75</sup> Véase: Jornadas de justicia itinerante. Disponible en: <https://www.gob.mx/pa/articulos/jornada-de-justicia-itinerante>.

<sup>76</sup> Véase: Poder Judicial del Estado pone en marcha Unidades de Justicia Itinerante. Disponible en: <https://beta.slp.gob.mx/sitisionuevo/Paginas/Noticias/2019/Septiembre%202019/160919/Poder-Judicial-del-Estado-pone-en-marcha-Unidades-de-Justicia-Itinerante-.aspx>

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

factorios a las necesidades de las partes involucradas, sin tener que acudir a instancias judiciales, en la medida de lo posible.

De establecerse en una ley general, la importancia de la justicia itinerante radicaría, principalmente, en dar acceso a la solución de conflictos a comunidades apartadas geográficamente o de difícil acceso, ya sea por la vía jurisdiccional o bien a través del diálogo y la conciliación, como medios alternativos de solución de controversias; además de la realización de trámites tan simples como la obtención de documentos de identidad o de títulos de propiedad, que, aunque para muchos son documentos comunes y fáciles de conseguir, para otros el trámite se traduce en dificultades debido a su situación económica, social y geográfica. De ahí que la justicia itinerante tendría aparejada la protección de derechos fundamentales de los miembros de esas comunidades.

En este orden de ideas, la implementación de la justicia itinerante, concebida no solo en materia agraria, daría respuesta al reclamo de justicia cotidiana de aquellas comunidades que por diferentes circunstancias se encuentran apartadas de la sociedad, protegiendo en todo momento su cultura, identidad, costumbres e, incluso, tradiciones.

## VII. Conclusiones

La sociedad es una agrupación de personas, quienes reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias, pero que, como parte de la convivencia diaria, no está exenta de conflictos derivados de la diversidad de los intereses, creencias, etc. En este sentido, la justicia se convierte en un valor de equilibrio entre los hombres al establecer los derechos y obligaciones que corresponden a cada miembro de una comunidad; por ello las normas deben ser progresivas con la evolución social, con el ideal de que todos los integrantes de una comunidad se comporten justamente.

La justicia cotidiana deriva directamente del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se estatuye la prohibición que impone el Estado para hacer justicia por propia mano, lo que

conlleva su obligación de establecer, sostener y promover las instituciones, los procedimientos e instrumentos necesarios para dar soluciones efectivas a los conflictos que surgen de la relación del hombre en la sociedad a la que pertenece; y es fundamental para fijar parámetros de comportamiento entre los miembros de una sociedad, a fin de que se integre a la vida de las personas.

Por su parte, la justicia cívica es el conjunto de procedimientos e instrumentos de buen gobierno, orientados a fomentar la cultura de la legalidad, para dar solución de forma pronta, transparente y expedita a conflictos comunitarios en la convivencia cotidiana en una sociedad democrática. Su objetivo primordial es facilitar y mejorar la convivencia armónica en una comunidad, para evitar que los conflictos escalen a conductas delictivas o actos de violencia, mediante la implementación de acciones como: el fomento y la difusión de reglas de convivencia, el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, y la atención y sanción de faltas administrativas.

La justicia cívica deriva de la cultura cívica, que es el resultado de una educación cívica encaminada a construir y reforzar valores y prácticas democráticas en la sociedad.

La justicia itinerante es aquella que debe impartirse atendiendo a la inexistencia formal de la justicia o lejanía de las comunidades o poblados del lugar donde la justicia es administrada por jueces o tribunales previamente establecidos.

Toma relevancia, si se considera que podría resolver el difícil acceso que tienen algunos sectores de la población para obtener documentos tan comunes como el acta de nacimiento o una identificación oficial, o incluso para realizar trámites ante dependencias de gobierno, debido a la situación económica o geográfica de las personas que pertenecen a ciertas comunidades. En consecuencia, la justicia itinerante podría ser un elemento para dar cumplimiento a lo que estatuyen los artículos 4º, en su párrafo octavo, y 17, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

El Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana y los Diálogos por la Justicia Cotidiana, permitieron exponer la problemática que persevera en el acceso a la justicia, que afecta la calidad de vida de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos humanos, el desarrollo económico y la consolidación del Estado de Derecho, tomando en consideración que los ciudadanos, en su mayoría, carecen de un acceso adecuado a la justicia, en virtud del desconocimiento de sus derechos y las vías para ejercerlos.

Los Diálogos por la Justicia Cotidiana recopilaron y desarrollaron recomendaciones de todos los sectores para construir soluciones a los problemas que afectan con mayor frecuencia a los ciudadanos en materia de justicia cotidiana, lo que se tradujo en una serie de reformas constitucionales y legales, además de la implementación de políticas públicas para atender de forma preponderante las carencias de la justicia cotidiana.

En materia de justicia cívica e itinerante, el 5 de febrero de 2017, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles*, mediante el cual se otorgó al Congreso de la Unión la facultad para expedir la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

El Ejecutivo Federal, presentó ante el Congreso de la Unión un proyecto de Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, que actualmente se encuentra pendiente de discusión, en el cual se observa que una de sus principales ventajas es la implementación de un proceso homologado de atención y sanción de faltas administrativas, lo que facilitaría y mejoraría la convivencia social, al evitar que los conflictos se eleven a conductas delictivas o actos de violencia, e incluso podría convertirse en un medio alternativo de solución de controversias.

La implementación de la justicia cívica como medio alternativo de solución de controversias, dotaría a la ciudadanía de una herramienta de gran importancia para la solución de los conflictos derivados de la vida diaria.

Asimismo, la creación de una norma general sentaría las bases para el establecimiento de la justicia cívica en cada rincón del país, otorgando libertad a las localidades para que determinen los comportamientos que pudieran ser considerados faltas administrativas, así como las necesidades de justicia en cada demarcación territorial.

El referido Decreto estableció como plazo para la emisión de la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, 180 días naturales siguientes a la publicación del mismo, el cual ha transcurrido en exceso. Se está ante un caso de omisión legislativa, pues entendiendo la Carta Magna como el eje ordenador de la actividad legislativa, en ella se estableció la obligación de expedir la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante, lo que no ha acontecido.

La Ciudad de México, el municipio de León en el estado de Guanajuato y el municipio de Colima en el estado de Colima, son localidades que cuentan con un sistema de justicia cívica, los cuales divergen en algunos puntos, que sería pertinente unificar con la emisión de una ley general en la materia.

La justicia cívica reduciría las cargas de trabajo tanto para la autoridad penal, como para los juzgados civiles, garantizando con ello el acceso a la justicia pronta y expedita.

La aplicación de la justicia itinerante en México actualmente es practicada por los Tribunales Agrarios, en su carácter de órganos jurisdiccionales, que desarrollan programas de administración de justicia itinerante dentro de sus demarcaciones territoriales. Al respecto, el estado de San Luis Potosí puso en marcha un proyecto de justicia itinerante que consiste en brindar los servicios de mediación y conciliación, de forma sencilla, práctica y efectiva, para resolver los conflictos de las personas en materia civil, familiar y mercantil, de manera pronta y gratuita.

La implementación de la justicia itinerante daría respuesta al reclamo de justicia cotidiana de aquellas comunidades que por diferentes circunstancias se encuentran apartadas de la sociedad, protegiendo en todo momento su cultura, identidad, costumbres e, incluso, tradiciones.

## VIII. Fuentes de consulta

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID) EN MÉXICO, *Guía 3. Implementación. Modelo Homologado de Justicia y Cultura de la Legalidad para los Municipios de México. Implementación de Audiencias Públicas, México, 2018.*

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, España, 1985.

BETANZOS, Eber, *La justicia de los jueces. Reflexiones a partir de la teoría de la justicia de John Rawls*, Porrúa, México, 2013.

CABALLERO GARCÍA, José Francisco, *La teoría de la justicia de John Rawls*, Ibero Forum, Voces y Contextos, México, 2006.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Universitario*, I-Z, Heliasta, Argentina, 2004.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS (CIDE), *Informe de resultados de los foros por la justicia cotidiana*, México, 2015.

Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones, México, 2016.

CORONA, Gabriel, México: Hacia un modelo de cultura cívica, Diario Milenio, Sección Paideia Política, México, 18 de agosto de 2016, versión digital, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/gabriel-corona/paideia-politica/mexico-hacia-un-modelo-de-cultura-civica>.

*Diccionario Enciclopédico Larousse*, México.

FLORES MEDINA, Rubén Jaime, La justicia cotidiana en México. Consideraciones a la Iniciativa Presidencial, *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, México, año 2, núm. 4, noviembre-febrero, 2017.

GARCÍA SAAVEDRA, José David y Otros, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Pearson, México, 2012.

REYES MARTÍNEZ, Javier, *Reformas en materia de justicia cotidiana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

SEGOB, *Modelo Homologado de Justicia Cívica, Buen Gobierno y Cultura de la Legalidad para los Municipios de México*, México, 2018.

### ***Fuentes legales***

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Mejora Regulatoria.

Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México.

Reglamento de Justicia Cívica para el Municipio de León, Guanajuato.

Reglamento de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal.

Reglamento de Orden y Justicia Cívica del Municipio de Colima.

Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato.

### ***Fuentes jurisdiccionales***

*OMISIÓN LEGISLATIVA. SU CONCEPTO*. Tesis aislada (Común), Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: II, diciembre de 2013, p. 1200, Tesis: 2005199.

### ***Otras fuentes***

Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

## Análisis de las reformas constitucionales en materia de justicia cotidiana, cívica e itinerante

---

Junio 2020

en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Mejora Regulatoria, Justicia Cívica e Itinerante y Registros Civiles.

Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 63 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución del Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares).

Discusión del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Trabajo y Previsión Social y de Estudios Legislativos, Segunda, con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral.

Iniciativa con proyecto de Decreto por la que se expide la Ley General de Justicia Cívica e Itinerante.

### *Fuentes web*

Gaceta del Senado del 19 de abril de 2018. Disponible en: [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado/documento/80305](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/80305).

Jornadas de justicia itinerante. Disponible en: <https://www.gob.mx/pa/articulos/jornada-de-justicia-itinerante>.

Justicia cotidiana, reformas e iniciativas. Disponible en: <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas-29921?idiom=es>.

La justicia cotidiana es larga, costosa y lejana a los ciudadanos: expertos a Peña. Disponible en: <https://www.milenio.com/policia/justicia-cotidiana-larga-costosa-lejana-ciudadanos-expertos-pena>.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y REYES, Javier Martín, *¿Qué tipo de justicia cívica necesitamos?* Disponible en <http://derechoenaccion.cide.edu/que-tipo-de-justicia-civica-e-itinerante-necesitamos/>.

Nexos, El juego de la Suprema Corte, El reto de la justicia cotidiana, México, mayo de 2015, versión digital. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4606>.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 113. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3843/4801>.

Poder Judicial del Estado pone en marcha Unidades de Justicia Itinerante. Disponible en: <https://beta.slp.gob.mx/sitionuevo/Paginas/Noticias/2019/Septiembre%202019/160919/Poder-Judicial-del-Estado-pone-en-marcha-Unidades-de-Justicia-Itinerante-.aspx>.

Varios autores, Justicia cotidiana, Diario Milenio, México, 5 de julio de 2016, versión digital, disponible en: <https://www.milenio.com/opinion/varios-autores/derechos-humanos/justicia-cotidiana>.

# DEMOCRACIA Y JURISPRUDENCIA

---

Diego Armando Mejía Velázquez

*Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo.*

*Tesis 11 sobre Feuerbach, Carlos Marx*

## SUMARIO:

I. Introducción

II. Democracia en México

III. El legislador y la ley

IV. Panorama de la jurisprudencia judicial en México

V. Debate jurídico

VI. Conclusiones

VII. Fuentes de consulta

VIII. Índice de abreviaturas

# Q uórum **130** Legislativo

## I. Introducción

La nueva visión copernicana del derecho que originó la reforma constitucional de los derechos humanos<sup>1</sup> y de la Ley de Amparo<sup>2</sup> en México, invita a repensar las instituciones jurídicas, en correspondencia con los estándares de este nuevo paradigma.

En actualidad los debates sobre la materialización de la protección de los derechos humanos en México se enfocan en el protagonismo de los jueces y de las autoridades jurisdiccionales, invita a reflexionar si se requiere un nuevo modelo teórico de jurisprudencia. Asimismo debe considerarse que nuestro sistema jurídico se cimentó en teorías basadas en la magnificencia de la ley, por lo que en primera instancia se contempla la realización de la garantía de los derechos humanos en esta, y no así en la vía de excepción que podría ser la jurisprudencia.<sup>3</sup>

Se sugiere debatir el concepto de jurisprudencia, entendido como un producto tecnológico del Poder Judicial, para adaptarlos a las circunstancias que plantea el nuevo paradigma relacionado con la protección de los derechos de los gobernados. De igual forma se cuestiona nuestra ley fundamental, con el ánimo de generar nuevas discusiones sobre la integración de los cuerpos colegiados que dan génesis a la jurisprudencia, y en un aspecto formal, referente a los mecanismos diseñados para elegir a sus integrantes para contrastarlos con los principios democráticos.

En este estudio, se analizan los fundamentos teóricos que dotan de legitimidad a los legisladores, como una de las máximas expresiones de la democracia, y que el producto terminal de sus actividades es la ley, para

<sup>1</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación, *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, Blog, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://www.gob.mx/segob/es/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>

<sup>2</sup> Cfr. CÁRDENAS, Jaime, *La nueva Ley de Amparo*, Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional [en línea], núm. 29, julio-diciembre 2013, [14 de julio de 2020], disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n29/n29a13.pdf>

<sup>3</sup> Cfr. MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de Suárez Eduardo L., 2002, pp. 15-58.

contrastarlos con los procedimientos instaurados para elegir a los ministros y magistrados del Poder Judicial, y dar respuesta a la siguiente hipótesis: la jurisprudencia es democrática con el tratamiento actual, o deben investigarse modulaciones con el apoyo de métodos como el analítico, el inductivo, e histórico.

## II. Democracia en México

Para comenzar el diálogo sobre el concepto de democracia en nuestro país, el marco teórico de este trabajo se sustenta en autores como Giovanni Sartori,<sup>4</sup> sobre el concepto unificado de democracia, Norberto Bobbio,<sup>5</sup> con su método y concepto mínimo de democracia, y de Luigi Ferrajoli,<sup>6</sup> sobre democracia como concepto garantista con relación directa en los derechos fundamentales, entre otros. De igual forma, se destacan otras aportaciones en las que se observa cómo se han ido modulando y construyendo los conceptos de democracia y cómo se han incrustado en nuestra ley fundante.

En un primer acercamiento al concepto de democracia, tenemos su definición, la cual por significado etimológico literal de este vocablo se puede dividir en *kratos* -poder- y *demos* -del pueblo;<sup>7</sup> el Diccionario de la lengua española lo significa en su primera acepción como *forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos*.<sup>8</sup> Al problematizar esta definición, las dudas inmediatas que surgen son: ¿qué es la forma de gobierno y a cuáles se refiere?, ¿qué es el poder político, quién lo ejerce y dónde surge?, ¿qué o quiénes son los ciudadanos?

<sup>4</sup> Vid. SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de González Rodríguez, Miguel Ángel y Pestellini Laparelli Salamon, María Cristina, México, [en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, UNAM, 1993, [14 de julio 2020], disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>

<sup>5</sup> Vid. CÓRDOBA VIANELLO, Lorenzo, *La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias reales en América Latina*, México, [en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [14 de julio 2020], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2198/6.pdf>

<sup>6</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Ferrajoli y la democracia*, Madrid, [en línea], Universidad Autónoma de Madrid, año 2013, pp. 193-213, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4550486.pdf>

<sup>7</sup> Cfr. SARTORI, Giovanni, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>8</sup> Vid. democracia, en el Diccionario de la Lengua Española, [en línea], disponible en: <https://dle.rae.es/democracia>

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

En este contexto, en revisión a las acepciones relevantes del concepto de democracia se encuentra la aristotélica, pensamiento que fue la base de la generación del conocimiento y la cultura jurídica de Occidente al término de la Edad Media, y que en el siglo XVIII, con la Ilustración y el cambio de paradigma respecto a la conquista del conocimiento y del saber, resignificó la realidad, y con ello, todas las teorías hasta ese momento.

Este cambio cultural se registró en los movimientos independentistas de Estados Unidos que culminaron en la *Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776*, y en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio* de ese mismo año, así como en los movimientos de la Revolución Francesa, que consagraron sus ideales en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*.

Ahora bien, sobre la idea de *democracia clásica*, representada en los términos acuñados por Aristóteles, José Solana Dueso<sup>9</sup> afirma que este pensamiento se configura en un proceso de tensión entre dos corrientes de pensamiento griego, el de Protágoras y Platón, no necesariamente es lineal. Democracia no es solo una forma de constitución, sino que en ella se satisfacen las condiciones necesarias para que la autoridad política sea justa, que es la virtud moral por antonomasia, a la cual se le exige ejercer el mando por turnos, así como la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan desempeñarlo en un momento, y obedecer.

En *La Política*, Aristóteles expone al respecto:

*Hay que comprender, primero, qué definiciones se dan de la oligarquía y de la democracia y en qué consiste la justicia oligárquica y democrática, pues todos se adhieren a una cierta justicia, pero avanzan sólo hasta cierto punto, y no expresan en su totalidad la justicia suprema. Por ejemplo, parece que la justicia es igualdad, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales. Pero se prescinde de “para quienes”, y juzga mal.<sup>10</sup>*

<sup>9</sup> Cfr: SOLANA DUESO, José, *Conferencia del profesor en el Aula Magna de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza impartida el 20 de diciembre de 2016*, Análisis revista de investigación filosófica, [en línea], vol. 4, núm. 1, año 2017, 119-147, [14 de julio de 2020], disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/322311032\\_Aristoteles\\_y\\_la\\_democracia](https://www.researchgate.net/publication/322311032_Aristoteles_y_la_democracia)

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 125.

Así, Aristóteles analiza una pregunta decisiva de la filosofía política, ¿quién debe gobernar?, y ofrece como respuesta seis tipos de desviaciones de las tres formas de constitución del modelo clasificatorio político propuesto por Platón, en el que combina un criterio numérico y la finalidad de cada uno de ellos: interés general o el interés propio (*vid.* Cuadro 1).

**Cuadro 1.** Formas de gobierno según número, interés general o propio<sup>11</sup>

<i>Número</i>	<i>Interés General</i>	<i>Interés particular</i>
<i>Gobierno de uno</i>	<i>Monarquía</i>	<i>Tiranía</i>
<i>Gobierno de pocos</i>	<i>Aristocracia</i>	<i>Oligarquía</i>
<i>Gobierno de muchos</i>	<i>Politeia</i>	<i>Democracia</i>

Sobre el concepto soberanía del pueblo, advierte *que la masa debe ser soberana más que los mejores*,<sup>12</sup> punto donde surge el disenso entre *plethōs vs aristous*, lo que actualmente se entiende como pueblo y aristocracia, situación que concluye:

*En efecto, los más, ninguno de los cuales es un hombre distinguido, pueden, sin embargo, reunidos, ser mejores que aquéllos, no individualmente, sino en conjunto. Lo mismo que los banquetes, en que han contribuido muchos, son mejores que los sufragados por uno solo. Al ser muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y, reunidos, la multitud se hace como un solo hombre con muchos pies y muchas manos y muchos sentidos; así también ocurre con los caracteres y la inteligencia.*

*Por eso también el público juzga mejor las obras musicales y las de los poetas: unos valoran una parte, otros otra y entre todos todas.*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 139, *Vid.* YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Colección Filosofía Contemporánea, 2007, pp. 56.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>13</sup> *Ídem*.

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

Si bien algunos autores han alineado su pensamiento al de *la sabiduría de la multitud*, Aristóteles formula dos objeciones: que el pueblo no es soberano en la elección de magistrados ni en la rendición de cuentas. Sobre la primera, arguye que esta elección tienen que llevarla a cabo, como una regla general, personas especialistas o con los conocimientos específicos en el tema. Sin embargo, no debe interpretarse como la única forma, o que se prohíbe al pueblo realizar la elección, ya que inmediatamente rescata una explicación neurálgica para dar pauta al debate que se propone desde esa época clásica:

*Pero, quizá todo esto no sea correcto, a causa del argumento de antes, si el pueblo no está demasiado envilecido, pues cada uno será peor juez que los expertos, pero todos reunidos serán mejores o al menos no peores; y porque en algunas cosas el que las hace no es el único juez ni el mejor; es el caso de aquellos de cuyas obras entienden también los que no poseen ese arte. Por ejemplo, apreciar una casa no es sólo propia del que la ha construido, sino que la juzga incluso mejor el que la usa (y la usa el dueño); y un piloto juzga mejor un timón que el carpintero, y un banquete el invitado y no el cocinero. (Política 1282a14)<sup>14</sup>*

[...]

*Además una gran cantidad es más difícil de corromper: lo mismo que con una cantidad grande de agua, así también la masa es más difícil de corromper que unos pocos. Cuando un individuo está dominado por la ira o por cualquier otra pasión semejante, necesariamente su juicio estará corrompido, mientras que, en el otro caso, es difícil admitir que se irriten y se equivoquen todos a la vez. (Política 1286<sup>a</sup>31)<sup>15</sup>*

Si bien el estagirita ya vislumbraba la posibilidad de que *el pueblo* pudiera elegir a sus magistrados en vía de excepción, estableció como condición la existencia de un campo estéril de vileza. En esta reflexión es válido preguntarnos en nuestro país, ¿quién aprecia mejor la jurisprudencia, los sujetos que la aplican y la construyen, o los sujetos a quienes va dirigida y les es aplicable? Este es el debate que se propone, derivado de la necesidad que tiene el estado de derecho de resignificar y actualizar sus instituciones.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 144.

Es preciso aclarar que el fundamento democrático que se discute no supone aspirar a una legitimación equiparable a la de los legisladores o a la del presidente; el argumento es que, en un *estado de derecho democrático*, todas las instituciones y las funciones del Estado deben contar con mecanismos democráticos, que impliquen la participación ciudadana e integrarlos en el orden jurídico, en las modulaciones que sean pertinentes. Ya que puede abrirse el debate sobre la equiparación de las legitimaciones, que no es materia y por el contrario, lo que interesa en este momento es poner en tela de juicio la legitimación del Poder Judicial, en el ejercicio de su actividad como un órgano del Estado, respondiendo ¿si es viable que la generación de jurisprudencia disponga de otros mecanismos que la acerquen en cierta modulación al concepto de democracia?

En *La democracia en América*,<sup>16</sup> Alexis de Tocqueville, compara la situación de la Francia posrevolucionaria con Estados Unidos para mostrar la evolución del concepto. Esta obra destaca por su metodología, pero el aporte que valorizamos, es su contenido filosófico-político y las reflexiones sobre democracia, en términos no estrictamente políticos o jurídico-constitucionales, ya que extiende ese concepto a una sociedad fundada en la igualdad de condiciones de sus ciudadanos, y a su dimensión ética, a una vida que favorezca el desarrollo moral de sus habitantes como resultado directo de su participación en los asuntos públicos. Entonces, a diferencia de Aristóteles, las dudas que surgen con Tocqueville no son solo quién gobierna, sino cómo lo hace y para qué, y cómo se vinculan los objetivos políticos con la pedagogía de la democracia, como lo señala en la introducción de la obra citada.<sup>17</sup>

Otra cuestión a resaltar es el análisis axiológico de los fundamentos de la democracia moderna, y su relación con los valores de igualdad y libertad donde esta última ocupa un lugar preferente. Así, democracia la define a partir de la sociedad civil, la igualdad, la universalidad, su durabilidad, que

<sup>16</sup> Cfr. BORÓN, Atilio. *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Buenos Aires, Argentina, Clacso, [en línea], Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 950-9231-88-6, Agosto 2003. p. 320, [14 de julio de 2020], disponible en: <http://www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/libros/estado/estado.html>

<sup>17</sup> Vid. TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, [en línea], Mónada Republicana, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://mcrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

no se encuentra sujeta a la potestad humana, lo que favorece su desarrollo. Por otra parte, su correlativo opuesto sería la aristocracia, que en ese momento histórico se caracterizaba por una desigualdad institucionalizada y de privilegios sobre la población en general.

La característica de la igualdad es una condición social necesaria para crear un ambiente democrático que influye directamente en la vida política, se trata de un hecho fundamental del que se derivan otras condiciones benéficas. Sin embargo, también se advierte que si esta igualdad es tergiversada, puede originar un *despotismo democrático*, que ha sido criticado por la capacidad de reformar las estructuras sin un anclaje político de la sociedad civil, lo cual propicia una manipulación de las instituciones políticas y estatales, pues la idea de democracia es compatible tanto con la igualdad, como con la tiranía, ambos meros efectos formales de lo político que podrían ocultarse en ropajes democráticos.

Por tanto, los mecanismos democráticos y la participación ciudadana constituyen los medios pertinentes para desdibujar o alentar la crítica hacia el concepto de democracia, que permiten reconceptualizar y redefinir las instituciones para el cambio en beneficio de la colectividad. No obstante, es previsible que tenga algunas modulaciones, como los requisitos o criterios de selección, porque no se puede materializar una democracia utópica, sino acercarse a puntos medios en donde sea funcional y posible crear un equilibrio entre la participación de los ciudadanos en las funciones del gobierno sin entorpecer su funcionamiento por los intereses que lleguen a presentarse, hecho que eventualmente se plasma en nuestra carta magna donde se vincula la teoría con la realidad.

Estas ideas aplicadas a la industria y los centros de trabajo, dieron origen al concepto de democracia económica, que tomó el marxismo, aunque los postulados de Marx<sup>18</sup> son refutaciones de esta como forma de gobierno, pero Lenin en *El Estado y la Revolución*,<sup>19</sup> retoma estos conceptos para

<sup>18</sup> Vid. MARX, Karl, *El capital*, Elejandria, obras de dominio público, [en línea], [14 de julio de 2020], disponible en: <https://www.elejandria.com/libro/descargar/el-capital/marx-karl/74/85>

<sup>19</sup> Vid. LENIN, *Estado y la Revolución*, trad. Grupo de Traductores de la Fundación Federico Engels, Madrid, [en línea], mayo 2009, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://www.juventudpatriotica.com/portada/sites/default/files/adjuntos/2013/06/ESTADO%20Y%20REVOLUCION%20LENIN.pdf>

concluir que el comunismo es la mejor forma de gobierno, en antagonismo al concepto de democracia burguesa o liberal. En este contexto, Marx postula que la vida del hombre, al girar en torno de la enajenación o *Entfremdung*, su realización consiste en liberarse de ella para sí y de todo factor externo, y que el comunismo es ese estado de recuperación de libertad total, contrario al de enajenación.<sup>20</sup>

La crítica más relevante de este pensamiento no es la destrucción del concepto de democracia, sino la formulación de una democracia con tintes sociales, cuyas previsiones evidencian que la igualdad libera pero también encadena, o como expresaba Weber, puede ser una prisión en una jaula de hierro, en otras palabras, es una forma de observar el aspecto dialéctico de democracia, sus aportaciones y deconstrucciones, es decir, lo bueno y lo malo.<sup>21</sup>

La teoría marxista permite reflexionar sobre los binomios: democracia social y democracia política; revolución social y revolución política; libertad social y libertad política, al reunirlos en un solo concepto y desarrollarlo.

En un término de abstracción intermedio entre la teoría y la práctica, Giovanni Sartori explica que la definición de democracia implica plasmar en palabras lo que debería entenderse por este concepto.<sup>22</sup> De acuerdo con su método, la definición prescriptiva no se desliga de la descriptiva, debe mostrar la comprobación de los hechos, pero con un continente ideal, y optar por un concepto unificado de democracia que reúna los ideales y los hechos, ya que existen postulados donde el significado de democracia se diversifica por su sentido político, social, económico, por su sistema presidencial o parlamentario, representativa o directa, etc., por lo que una teoría de democracia debe contemplar ambas dimensiones.

<sup>20</sup> Vid. MARVAKIS, Athanasios, *Releyendo a Marx para la psicología: la enajenación, versión de una ponencia presentada en el XV Congreso de la ISTP en Santiago de Chile, 3 de mayo de 2013*, trad. al español de Rocha Muro, Francisco Javier, *Teoría y Crítica de la Psicología* [en línea], núm. 5, año 2015, 133–147, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5895444.pdf>

<sup>21</sup> Vid. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. Medina Echavarría, José, Roura Parella, Juan, et al, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, y también Vid. KALBERG, Stephen, *¿Es el mundo moderno una monolítica jaula de hierro? Aprovechando a Max Weber para caracterizar la actual dinámica interna de la cultura política norteamericana*, *Sociológica*, [en línea], núm. 59, año 20, septiembre-diciembre de 2005, [14 de julio de 2020], disponible en: <http://www.sociologicamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/286>

<sup>22</sup> Cfr. SARTORI, Giovanni, *Op. Cit.*, p. 3.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

En ese sentido, aclara que democracia tiene un sentido inherente de legitimidad, es decir, en la afirmación etimológica *el poder es del pueblo* se encuentra una conexión entre las fuentes y la legitimidad de este poder, por eso señala que *democracia quiere decir que el poder es legítimo solo cuando su investidura viene de abajo, solo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto libremente consentido*,<sup>23</sup> lo cual da pie a cuestionar *el poder*, objeto del presente estudio.

Posteriormente, al afirmar que *quien discute de democracia acaba por discutir de soberanía popular, igualdad y autogobierno*,<sup>24</sup> Sartori muestra que se encuentra implícita la idea del pueblo soberano, y se sobreentiende que los individuos son iguales entre ellos, o por lo menos deben serlo, y se autogobiernan. Otros elementos que agrega Sartori es que el gobierno tiene que fundarse en la opinión, la libertad de pensamiento, libertad de expresión y en una estructura policéntrica de medios de comunicación, a fin de crear un entorno fértil para el desarrollo democrático.

Así se refleja en nuestra constitución donde la soberanía nacional reside en el pueblo mexicano, y el *Supremo Poder de la Federación*, para su ejercicio, se divide en tres poderes, por lo que en teoría el Poder Judicial se encontraría sujeto a estas prerrogativas que revisten el concepto de democracia.

Sartori coincide con Karl Popper<sup>25</sup> en que la discusión sobre las palabras solo es necesaria cuando se trate de un significado verdadero o esencial de democracia. Es decir, la disputa no es sobre las palabras, sino en entender su significado verdadero o esencial, desde la visión de que su significado no es arbitrario, sino que se sostiene por el peso de las ideas de una época, las experiencias y sus circunstancias particulares.

Aunque el concepto de democracia a través del tiempo vaya cambiando de significado según cada momento histórico, no supone que el gobierno

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 251.

democrático haya fracasado, por el contrario, lo que describe es que esas ideas fracasaron con base en la experiencia; por lo que el concepto de democracia se tiene que repensar, adecuarse a los tiempos presentes para que no exista un distanciamiento entre la teoría y la realidad, y permita fortalecer las instituciones existentes con su adecuación teórica.

Por su parte, Bobbio confronta las ideas de democracia a lo largo de la historia con las de democracia moderna, a fin de entender quién gobierna y cómo gobierna. Sendas preguntas están íntimamente relacionadas con los dos criterios fundamentales clásicos de la clasificación de las formas de gobierno. La primera pregunta es referente al número de titulares del poder político, es decir, cuántos gobiernan, y la segunda si son buenos o malos. La combinación de sus respuestas respectivas dan como resultado la monarquía-tiranía, la aristocracia-oligarquía, politeía-democracia aristotélicas, o como en el pensamiento de Kelsen<sup>26</sup> existe la variante de que la interpretación directa de las preguntas es quién tiene el derecho de participar en el proceso que conduce a la toma de decisiones colectivas y qué dirección asume el proceso de decisiones colectivas, esto es, el flujo del poder. Al responder estos planteamientos, se concluye que las formas de gobierno, en cuanto a la toma de decisiones colectivas, son autónomas-heterónomas, según la participación de sus ciudadanos en el proceso de creación de las leyes que les rigen o de su no intervención en dicho proceso.

En ese sentido, Bobbio ofrece una *definición mínima* de democracia, en palabras de Corina Yturbe: *dicha definición supone pensar la democracia como un conjunto de reglas procesales para la toma de las decisiones colectivas, y debe incluir, además de la especificación de las reglas, cuáles son las condiciones necesarias para la aplicación de las mismas.*<sup>27</sup>

Dicha definición si bien puede generar debates, este estudio su relevancia se centra en observar la conexión entre la definición de Bobbio y nuestros procesos de elección de funcionarios públicos, así como los requisitos que les recaen en los artículos de nuestra constitución.

<sup>26</sup> YTURBE, Corina, *Op. Cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 55.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

Ahora bien, por lo que hace al uso descriptivo o analítico del concepto de democracia, Bobbio refiere que en su significado literal se puede entender como *el poder del pueblo*,<sup>28</sup> entonces, el principio de legitimidad reside en que el poder legítimo de gobernar es del pueblo (gobierno del pueblo por el pueblo). Sin embargo, se resignifica el concepto de voluntad popular, en virtud de que el sujeto activo de las democracias es el ciudadano, y debe entenderse así la integración del pueblo, como una voluntad colegiada, es decir, la suma de voluntades de los ciudadanos que se expresan de forma libre y en secreto, al depositar en una urna la boleta de votación. De aquí que las instituciones que se instauren en este régimen operan en contraposición a las formas de gobierno en las que el poder es de uno o de unos pocos, ya que el gobierno, independientemente de qué *poder* se esté hablando, debe revestirse de esta legitimación, como en el caso de los cuerpos colegiados del Poder Judicial que realizan la jurisprudencia.

Así la definición de Bobbio se basa en el fundamento filosófico de la igualdad: *la democracia se inspira idealmente en el principio de igualdad...aquella forma de gobierno que más que ninguna otra tiende, si no a terminar, a corregir, atenuar, volver menos penosas las desigualdades entre los hombres.*<sup>29</sup> En el debate de la igualdad, dicha definición se discierne como *igualdad política*, es decir, la participación de la mayoría en las funciones del gobierno, pero sin relacionarla con la igualdad social, en el sentido de que si esta se cumple o no. Se puede establecer que el término *igualdad política* significa participar activamente en las funciones del Estado de la que se es miembro y que, por ello, se puede ser elegido o si se poseen las aptitudes y actitudes tener la posibilidad de ocupar un lugar en las actividades del gobierno, que es uno de los planteamientos que se debaten sobre la elección y la integración de los cuerpos colegiados que generan la jurisprudencia en México.

La otra característica del concepto de democracia, es *la libertad*, como ya se observa, es su principio, entonces, un ambiente democrático no podría instalarse y funcionar si no se presuponen las aportaciones del liberalismo

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 62-64.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 66-67.

y las declaraciones de los derechos de libertad, en los que converge la *libertad política*.

Otro aspecto que Bobbio explica, es que el concepto de democracia representativa aunque fue condenado de imperfecto, reducido e inclusive engañoso, y que esta democracia denominada *democracia burguesa* o *democracia formal* por la literatura socialista que le hizo fuertes críticas, es funcional en el Estado moderno, contrario al concepto de *democracia directa* que es solo una opción alternativa en comparación con la *democracia representativa*, y que en fórmulas combinadas, se puede instaurar una *democracia directa* para algunas ocasiones específicas, pero no así partir de una *democracia directa* como la base, en sustitución de *democracia representativa*.

Entonces si el fundamento filosófico es la igualdad, como antes se refirió, esta se traduce en *igualdad de poder político*, es decir, la posibilidad que tiene un ciudadano de participar en el gobierno de la sociedad, y que parte del supuesto de que todos los individuos son iguales ante la ley para ser elegidos y gobernar, así como de tomar decisiones que afecten a la sociedad de la que ellos son miembros, y que se traduce en un sufragio universal.

Es por ello que democracia es siempre una *democracia formal* que garantiza *igualdad política y libertad política*, pero no igualdad y justicia social, y en lo jurídico, *la democracia debe entenderse como un conjunto de procedimientos que garantizan a los ciudadanos participación, directa o indirecta, a lo largo de las diferentes etapas del proceso que lleva a la toma de decisiones obligatorias para todos*,<sup>30</sup> por lo que, *el significado de la democracia se refiere al procedimiento mediante el cual se toman las decisiones y no a cuál deba ser el contenido de estas últimas, a través de la democracia como forma de gobierno pueden adoptarse políticas sociales o económicas diferentes, según si una u otra logra el consenso de la mayoría*.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 79.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

En las leyes fundamentales de todos los países, y en el caso de México en la Constitución, se establece quién se encuentra legitimado para ejercer el poder y quién tiene la autoridad de gobernar, fundando con ello la legitimidad de ese poder; asimismo, se definen los procedimientos para ejercer el poder, sus límites, lo que crea un espectro de legalidad. A esta ecuación se suman los derechos humanos, que como se comentó, han venido a cambiar la forma de entender las constituciones y los sistemas normativos, para comprender los ideales democráticos como un sistema, así como derechos garantizados en nuestra Constitución.

En esta guisa, el modelo teórico de Ferrajoli nos sirve para esclarecer las ideas de soberanía, derechos fundamentales y pluralismo político, y desarrollar el concepto de democracia en un rango constitucional y garantista de los derechos humanos, así como de reflexionar sobre la instauración de estos mecanismos en la carta magna mexicana.

Los derechos humanos, reconocidos como límites ético-políticos en el uso del poder, son una realidad en nuestro país. En esta tesitura, los derechos fundamentales surgen como derechos positivados, es decir, son aspiraciones y valores del individuo, que se encuentran instaurados en las constituciones o en los ordenamientos que hacen posible su garantía; por tanto, no todos los derechos humanos están garantizados en los textos constitucionales o normativas, y aunque así sea, el tratamiento y modulación puede variar en cada país, por ello se intenta determinar un mínimo de dignidad en todos los países, que sirva como base para lograr un plano de igualdad de forma mundial, y, asimismo, determinar un parámetro de materialización de las ideas que circunscriben al concepto de democracia y la forma de garantizarse mediante los derechos fundamentales.

Esta concepción de los derechos abre el debate entre los derechos individuales de las personas sobre los colectivos y su utilidad, pues para transgredirlos ya no basta con señalar un beneficio general, y generar procesos de racionalización para la toma de decisiones. Autores como Robert Alexy, con su teoría de la ponderación,<sup>32</sup> han hecho esfuerzos extraordinarios para

---

<sup>32</sup> Vid. CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica, el Juicio de Ponderación y el Principio de*

resolver casos concretos y dar soluciones lo más apegado a la justicia, que en términos de Ronald Dworkin,<sup>33</sup> en los casos difíciles, se puede poner en jaque al operador jurídico en la resolución de los disensos.

Ferrajoli hace una *metáfora de democracia*,<sup>34</sup> en la que se basa en el consenso individual de los contratantes, pero es un consenso limitado o condicionado al respeto de los derechos humanos positivados para la tutela de todos. Entonces, la concepción de democracia en Ferrajoli, puede sintetizarse en dos ideas: la visión de soberanía popular como la suma de todos los derechos fundamentales individuales y la articulación de cuatro categorías de derechos, que a su vez pueden resumirse en dos: derechos procedimentales, instrumentales, formales o adjetivos y derechos sustanciales, finales o sustantivos, que se complementan con dos aspectos de democracia, su parte formal y la sustancial, en una jerarquía axiológica en la cual los derechos sustantivos son preponderantes a los adjetivos, pues estos últimos se encuentran en alguna medida subordinados a ellos.

En un sentido formal de democracia, es únicamente política, y no tiene cabida en el nuevo paradigma de las llamadas democracias constitucionales, por ello, su sobrevivencia depende de garantizar los derechos de participación política como el voto, la libertad de expresión, reunión, asociación, etc., lo que genera un nexo entre la soberanía popular y las categorías de los derechos fundamentales, relativas a los derechos políticos y las libertades no políticas, así como el nexo entre derechos políticos y derechos sociales efectivamente garantizados, donde ninguna mayoría puede decidir acerca de lo que no le pertenece, es decir, la contención de las normas constitucionales que dotan de derechos fundamentales.

Por tanto, la democracia no puede asimilarse solo como un procedimiento de decisión política, sino debe incorporar también el conjunto de derechos liberales y sociales recogidos en las constituciones o cartas fundantes de cada país, y establecer una jerarquía estructural, es decir, los derechos sustanciales son un límite a los derechos procedimentales.<sup>35</sup>

---

*Proporcionalidad*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

<sup>33</sup> Vid. DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, trad. Esquivel Javier, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica núm. 14, 1981.

<sup>34</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 198.

<sup>35</sup> Vid. BOVERO, Michelangelo y Ferrajoli, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas compara-*

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

Hasta aquí se ha analizado cómo el concepto de democracia ha sido tema de debates jurídicos importantes, su significado, su expresión a través de las palabras, su comparación con otras formas de gobierno, cómo se ha incrustado en las constituciones o leyes fundantes de los Estados y su relación directa con los derechos humanos y sus diferencias con los derechos fundamentales.

Es momento de ver materializado en la carta magna estas ideas, en virtud de que se encuentran instauradas en los artículos rectores de nuestro sistema jurídico nacional, y deben ser consideradas para resignificar nuestra democracia, y en particular, en la integración y los procedimientos de selección de los ministros y magistrados del Poder Judicial de la Federación, para el desarrollo de sus labores, en este caso, la jurisprudencia, que es más que una política de interpretación de la ley.

La Constitución es la ley que funda la legitimidad del *poder* para distinguirlo del poder ilícito, en ella se instituye el fundamento filosófico y los principios de nuestra democracia, que se han referido en términos dogmáticos, y cuya correspondencia se encuentra en los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 9º y 32, entre otros, cuyo contenido prescribe el *quién*, el *cómo*, y el *para qué* del uso del poder, así como los derechos políticos instaurados en ella.

El artículo primero de nuestra carta magna determina la garantía de los derechos fundamentales que el Estado establece a sus integrantes, al prescribir que su ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución señala para ese efecto, y por lo cual se determinan varias prohibiciones, entre las más representativas, la de discriminación por cualquier causa, entre ellas las opiniones, los derechos y las libertades de las personas, en razón de generar un ambiente de igualdad y libertad, sin los cuales el gobierno democrático no podría existir.

---

das, México, [en línea], INE, 2016, [14 de julio de 2020], disponible en: [https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2019/04/CM\\_13\\_Bovero-Ferrajoli.pdf](https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2019/04/CM_13_Bovero-Ferrajoli.pdf)

Así también, en el artículo 2º del texto constitucional se establece que nuestra nación es única e indivisible, pero se encuentra integrada por una composición pluricultural sustentada en los pueblos indígenas originarios y de los que somos descendientes los habitantes del país, por lo que se les respetarán sus derechos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, en las cuales se ejerce de forma libre y determinante su autonomía dentro del marco constitucional que asegure la unidad nacional, así como consultarlos e incluirlos en el diseño de las leyes y las políticas nacionales.

Se puede observar que los principios de garantía de derechos y composición en cuanto a la nación, se encuentra prescrita en los artículos antes citados, cuestión importante en el plano democrático, pues es la materia viva del mismo.

Por lo que respecta a los ideales de igualdad y libertad, en un aspecto general se encuentran concebidos en el artículo 4º, al establecer que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, generando un plano de *igualdad legal*, en el ejercicio de los derechos, y el artículo 6º, respectivamente, que circunscribe el derecho a la libertad de expresión en sus distintas modulaciones, de manifestación de ideas, prerrogativas que en su momento nos heredó el liberalismo.

Ahora bien, un elemento que es del núcleo duro de los derechos necesarios para la instauración de las democracias, son los derechos de asociación y reunión, que se garantizan en el artículo 9º constitucional, y en el cual se realiza la prerrogativa que únicamente los ciudadanos podrán tomar parte en los asuntos políticos del país, como lo explicó Bobbio, se tiene que entender al *pueblo* como la manifestación de la voluntad del ciudadano.

El artículo 32 de nuestra ley fundante es sumamente importante para este debate, ya que en él se establecen las condiciones *prima facie* de quiénes son las personas que pueden ocupar los empleos, cargos, comisiones y las funciones en nuestra democracia, con lo cual se determina así una reserva de requisitos adicionales para los casos en que así se considere en las leyes y un criterio de preferencia sobre los mexicanos frente a los extranjeros,

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

cuando no sea indispensable la calidad de ciudadano,<sup>36</sup> pues en este artículo se entraña el ideal de que cualquier ciudadano pueda participar en los puestos del gobierno, no haciendo distinción alguna sobre *legislativo, ejecutivo o judicial*.

Es preciso aclarar que en el tema que nos ocupa, esos empleos, cargos, comisiones y el ejercicio de las funciones públicas, que corresponden a los cuerpos colegiados que se contemplan en nuestra carta magna, sin hacer esa distinción de poderes, incluye a los ministros y magistrados del Poder Judicial, es decir, que la prerrogativa concebida en dicho artículo es aplicable a cualquier supuesto para que los mexicanos o los ciudadanos tengan acceso a ejercer las actividades públicas y con ello, fortalecer nuestros principios democráticos, sin distinguir si se realiza en el poder *legislativo, ejecutivo o judicial*, como ya se había comentado.

En los preceptos referidos, puede observarse los principios y el fundamento filosófico democrático instaurado en nuestro pacto político fundante, a efecto de establecer planos de igualdad y libertad para la población mexicana, pues dada su integración heterogénea, hay que observar la labor de armonización realizada en el régimen jurídico.

Por otra parte, y en íntima relación, el capítulo IV de nuestra Constitución denominado *De los Ciudadanos Mexicanos*, dicta las características o condiciones, los derechos, obligaciones y prerrogativas de los ciudadanos, y se determinan las *igualdades políticas y libertades políticas* de los mexicanos, cuya relevancia reside en que han de entenderse como los derechos que la constitución resguarda para que los ciudadanos tengan acceso a la participación en el gobierno y que el Estado debe realizar esfuerzos por maximizarlos para garantizar el pleno goce de estos derechos.

<sup>36</sup> Vid. el artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma aplicada el 8 de mayo de 2020, que establece: ***El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.***

En esa guisa, los artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de nuestro pacto político fundante, establecen primero quiénes son los ciudadanos de nuestra república: los varones y las mujeres que teniendo la calidad de mexicanos y 18 años cumplidos, así como un modo honesto de vivir; así, sus derechos inmediatos son votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse, tomar armas, ejercer el derecho de petición, ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público –*en relación con el artículo 32 antes citado*–, iniciar leyes, votar en las consultas populares, participar en los procesos de revocación de mandato, así como sus obligaciones de inscribirse al catastro, formar parte de los cuerpos de reserva en términos legales, votar en las elecciones, consultas populares y los procesos de revocación de mandato. Si bien es un derecho, también recae la *dualidad* de obligación, pues una democracia es tal, en tanto y en medida que es eficaz y se reproducen sus estructuras; también el de desempeñar los cargos de elección popular de la federación o de las entidades federadas, así como los cargos concejiles del municipio; finalmente se señalan las prerrogativas para perder y suspender la calidad de ciudadano, respectivamente.

De los artículos referenciados, se retoma la explicación de Bobbio sobre la *voluntad popular*, la cual recae en los ciudadanos y se entiende por *el pueblo al poder de los ciudadanos*, y este poder se autogobernaba, es decir, *el gobierno del pueblo por el pueblo*, en este sentido, la forma de gobierno que el *pueblo* mexicano adopta es en democracia, la cual se encuentra dotada de ciertas características y prerrogativas en el artículo 40 constitucional, pero que también el artículo 39 que se establece como un prefacio de nuestros comentarios, de democracia en México, ya que en estos artículos se erige la residencia de la soberanía nacional y la forma de gobierno republicano, que una de sus características es ser democrática, lo que constriñe a la adopción de los ideales y los mecanismos que mejor acerquen al ciudadano a la participación activa de su gobierno.

Estas son las prerrogativas que el legislador mexicano determinó al establecer una república representativa y democrática, cumpliendo con este modelo teórico del que se echó mano para realizar el análisis que nos ocupa.

En ese tenor, el *Capítulo I, del Título Segundo, De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno* y el articulado subsecuente de nuestra carta magna, continúa y prescribe prerrogativas al respecto de esta forma de gobierno que se adoptó para los mexicanos, y junto con las prerrogativas antes transcritas, se materializa el significado de democracia desarrollado por los autores citados, en diferente medida en cuanto a los procedimientos garantizados al ciudadano para su participación en la toma de decisiones, de forma directa o indirecta, que afecta a los miembros del que son parte y les permite estar presentes en todas las etapas de dichos procedimientos, formando parte de su gobierno.

### III. El legislador y la ley

Uno de los aspectos en que se materializan los principios democráticos, se refiere a la participación de los ciudadanos para formar parte del gobierno y de la toma de decisiones, con la creación y modificación de las leyes que les son obligatorias. En este contexto, la figura del legislador es el paladín de la democracia en los países que han adoptado esta forma de gobierno, es el ejemplo para observar otras instituciones del gobierno mexicano, como los ministros y magistrados del Poder Judicial, y poner a debate aspectos teóricos importantes, que resultan del contraste de estas figuras, sin que ello signifique compararlos, o peor aún, equipararlos, pues se trata de figuras de dimensiones, finalidades, actividades y legitimidad totalmente diferentes, pero que comparten un nexo común: la ley.

El Poder Supremo de la Federación, como lo señala el artículo 49, establece que para su ejercicio los poderes se dividen en *legislativo, ejecutivo y judicial*, y el artículo 50, que el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en el Congreso General, y se divide en las cámaras de diputados y senadores. Los artículos subsecuentes describen las reglas y las pautas para crear la estructura interna de las cámaras, respectivamente, así como su integración.

Los artículos constitucionales 55 y 58 definen los requisitos para ser diputado y senador, respectivamente, con base en los principios de igualdad

y libertad políticas, en los que se inspiran las ideas de democracia. Sendos artículos señalan que los requisitos de elegibilidad constitucionales para ser legislador, pueden dividirse en cinco rubros: nacionalidad, edad, lugar de nacimiento y vecindad, incompatibilidad por desempeño de otro cargo e incompatibilidad en razón de desempeño de ministerio de culto.<sup>37</sup> Además de estos requisitos, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en los artículos 10 y 11, definen otros criterios de elegibilidad en directa correlación con el artículo 32, fracción II, del texto constitucional.

Los mexicanos, para ser legisladores, deben cumplir tanto con los criterios constitucionales, como con los requisitos legales de la ley electoral. A manera de referencia se transcriben los requisitos que se exigen en otros países, para compararlos con la cultura jurídica mexicana, así como los candados para que los ciudadanos puedan acceder a estos lugares en nuestra democracia, y con ello cumplir con el ejercicio de un cargo público de elección popular.

## **Cuadro 2.** Requisitos para puestos de senaduría y diputación en algunos países de América Latina en 2020<sup>38</sup>

<b>País</b>	<b>Requisitos</b>
<b>Colombia</b>	<i>1. Ser ciudadano en ejercicio y</i> <i>2. tener más de 25 años de edad en la fecha de la elección (art. 177, CPC).</i> <i>Para ser elegido senador se requiere:</i> <i>1. Ser colombiano de nacimiento,</i> <i>2. ciudadano en ejercicio y</i> <i>3. tener más de 30 años de edad en la fecha de la elección (art. 172, CPC).</i>

<sup>37</sup> Cfr. MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R., (coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y con Jurisprudencia, 3a edición, México, Porrúa Print, 2019, pp. 248-250.

<sup>38</sup> Vid. *Requisitos para ser legislador*, [en línea], Instituto de Iberoamérica, Apache / 2.2.17 (Win32) mod\_jk / 1.2.32 PHP / 5.3.4 mod\_perl / 2.0.4 Perl / v5.10.1 Server at americano.usal.es Puerto 80, [14 julio de 2020], disponible en: [http://americano.usal.es/oir/legislatina/Comparada/Requisitos\\_legislador.pdf](http://americano.usal.es/oir/legislatina/Comparada/Requisitos_legislador.pdf).

**Democracia y jurisprudencia**

**Junio 2020**

<b>Costa Rica</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Ser ciudadano en ejercicio,</li><li>2. mayor de 21 años,</li><li>3. de nacionalidad costarricense, bien por nacimiento o por naturalización; en este último caso debe transcurrir 10 años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad. (art. 108, CPR).</li></ol>
<b>El Salvador</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Salvadoreño por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreño,</li><li>2. mayor de 25 años,</li><li>3. notoria honradez e instrucción, y</li><li>4. no haber perdido la ciudadanía en los 5 años anteriores a la elección (art. 126, CPES).</li></ol>
<b>Guatemala</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Ser guatemalteco de origen y</li><li>2. estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos (art. 162, CPG).</li></ol>
<b>Paraguay</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. La nacionalidad paraguaya natural y</li><li>2. haber cumplido 25 años (art. 221, CRP).</li></ol> <p>Para ser electo senador, se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. la nacionalidad paraguaya natural y</li><li>2. haber cumplido 35 años (art. 223, CRP).</li></ol>
<b>Perú</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Ser peruano de nacimiento,</li><li>2. haber cumplido 25 años y gozar del derecho de sufragio, y</li><li>3. estar inscrito en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (art. 90, CPP).</li></ol>
<b>Uruguay</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con 5 años de ejercicio, y,</li><li>2. 25 años cumplidos (art. 90, CROU).</li></ol> <p>Para ser senador, se necesita:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. ciudadanía natural en ejercicio o legal con 7 años de ejercicio, y</li><li>2. 30 años cumplidos (art. 98, CROU).</li></ol>

De acuerdo con el Cuadro 2, la cantidad de requisitos en el ámbito internacional para ocupar escaños en comparación con México puede dar pie a debatir cuáles son más laxos o en qué medida nuestra democracia se encuentra especializada, limitada, es excluyente, o bien, si la integración de

las cámaras legislativas son reflejo de las fuerzas políticas de la nación, y de sus integrantes, como ya se refería en el artículo segundo constitucional, invita a repensar en la integración de nuestros cuerpos colegiados.

Este tema de actualidad, se deriva de que los ciudadanos muestran más interés en cómo se realizan nuestras leyes, desde la elaboración, las discusiones y su aprobación, ya que estas rigen el actuar de los poderes públicos y de los mexicanos. El legislador en el estado constitucional busca que la ley sea un instrumento eficaz y legítimo de dirección social, es por ello que se tienen que exponer las razones, que sean suficientes y bastantes para que se determinen las piezas normativas que nos rigen.

Para concretar estas ideas, puede decirse que los legisladores son quienes hacen las leyes, y como afirma Cecilia Mora-Donatto, parafraseando a Bentham: *la legislación es todo un arte, los científicos, los investigadores, debemos poner al alcance y disposición del legislador las principales herramientas de dicho arte, que no son otras que la lógica y la gramática. Nuestra intención es justamente esa, la de coadyuvar a que los legisladores mexicanos encuentren en nuestra teoría de la legislación instrumentos útiles que le sirvan de apoyo al momento de producir normas con rango de ley.*<sup>39</sup>

Ahora bien, se han observado los ideales y principios en los que se funda el concepto de democracia, el proceso de positivización en el orden jurídico, los requisitos para formar parte del Congreso, y la instauración de los principios democráticos que rigen en México. A manera de corolario, es necesario comentar cuáles son los aspectos que dotan de legitimidad a las normas con el rango de ley, el gozar de ciertas prerrogativas sobre las normas de menor rango, y que se exaltan las leyes constitucionales y reglamentarias, donde se instituyen los derechos fundamentales, y cómo con el cambio de paradigma del estado constitucional democrático, estos derechos revestidos en mecanismos complejos son los que vienen a dar

<sup>39</sup> MORA-DONATTO, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control: Coordinadas para Legisladores en los Tiempos de Reección*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [en línea] Cámara de Diputados, LXII Legislatura, UNAM, 2015, pp. 31 y 32, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3976-constitucion-congreso-legislacion-y-control-coordinadas-para-legisladores-en-los-tiempos-de-reeleccion>

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

soporte a las leyes y al Poder Judicial, razón por la cual problematizamos a la jurisprudencia.

Al revisar la historia del Poder Judicial y del Poder Legislativo desde el siglo XIX, este último se ha considerado el poder por excelencia en la división de poderes del federalismo, en razón de que al ser iguales los individuos, el gobierno debía reconocerles y asegurarles ciertos derechos naturales a la propiedad, la libertad y la vida. De esta forma, se rompieron los moldes jurídicos de las instituciones del feudalismo que eran incompatibles con las aristocracias, a las que John Henry Merryman denominó *aristocracia de las togas*,<sup>40</sup> pues antes de la Revolución Francesa, los puestos judiciales se consideraban una propiedad más, y como tales, eran susceptibles de la compra y venta, así como a ser heredadas.

Por ello, esta revolución intelectual clamaba por que se distinguiera con claridad las funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en particular la elaboración y la aplicación de la ley, pues, en ocasiones, los tribunales se negaban a aplicar las leyes progresistas que habían sido resultado de las reformas legislativas, e incluso interpretaban las leyes de forma contraria o frustraban la administración de los funcionarios. Es en ese contexto donde autores como Montesquieu, desarrollan teorías, como la separación de los tres poderes y la regulación del Poder Judicial, para impedir abusos de esta clase y que se restringiera la aplicación de las leyes elaboradas por el Legislativo para no interferir en las labores administrativas de los funcionarios.

Tras la evolución de los Estados y la doctrina jurídica, se estableció el estado legalista, que posteriormente ha sido objeto de cambios, como ocurrió en nuestro país con la reforma de 2011. Sin embargo, autores como Kelsen establecen que un Estado con un órgano legislativo encargado de dictar un orden jurídico tendría la *función de expedir las normas a las cuales deberán someterse tanto los propios órganos del estado como todas las personas que se encuentren dentro de su ámbito de competencia. Estamos ante la presencia de un estado en el que la ley, dictada por el legislador*

---

<sup>40</sup> MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 40.

*instaurado para este efecto, es el modelo de norma jurídica que regula todas las relaciones sociales relevantes para el Derecho dentro de ese territorio determinado.*<sup>41</sup>

Sin embargo, en épocas más recientes, se ha discutido si se trata de una evolución en la concepción del estado de derecho y su característica decimonónica, con su imperio de la ley como norma jurídica general y abstracta que regula de forma hegemónica todas las relaciones de la sociedad, para dar paso al estado constitucional. Al respecto Gustavo Zagrebelsky en su obra *El Derecho Dúctil* señala: *quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de Derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración... Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado de Derecho constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.*<sup>42</sup>

Es en esta nueva visión copernicana donde reside la razón y la exigencia de cambiar la Constitución mediante procesos que permitan la participación de la voluntad popular en la toma de decisiones. Por ello, para contribuir a ese cambio genético, el poder político institucionalizado debe ser compatible con la libertad de la sociedad, donde el legislador respete los derechos fundamentales, y a los poderes del sistema jurídico, como los ministros y magistrados, y dotar de mayores elementos democráticos a los ámbitos de la ley tanto en su elaboración, como en su aplicación, y en las tecnologías que estas producen.

En cuanto al ciudadano como receptor de estas leyes, además de encontrar legitimidad en la ley como estado de derecho legalista, debe hallar

<sup>41</sup> SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional, La Argumentación Jurídica del Legislador*, primera edición, México, editorial Porrúa, 2015, pp. 117 y 118.

<sup>42</sup> ZAGREBELKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, trad. Gascón Marina, Torino, Trotta, 2019, pp. 33 y 34.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

fundamentos democráticos que se extiendan a todos los ámbitos de la ley, como es concisamente la jurisprudencia. Hay que recordar que si bien el estado de derecho constitucional opera con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, puede conducir fácilmente al protagonismo de los jueces, ya que los enunciados de nuestra carta magna, al ser generales y abstractos, requieren de la actividad de los jueces para su interpretación, modulaciones, concesiones para su aplicación en casos concretos. Dada esta mayor relevancia de los jueces, supone repensar la regulación de sus actividades y sus principios y fundamentos para empatarlos con los objetivos teleológicos, pues la jurisprudencia emite políticas de interpretación de la ley que le son obligatorias a los jueces de menor rango y se encuentra acotado el acceso a dichos puestos colegiados, que como lo señalaba Aristóteles, podría ser que tal vez los receptores de la ley supieran cómo construirla mejor si se abre la brecha a *la masa* para permitirles una mayor participación.

Al respecto, Miguel Ángel Suárez explica: *se trata más bien, de un cambio en la mentalidad de concebir a la ley frente a la Constitución, que provocará un mayor control de constitucionalidad de las leyes y de considerar al legislador no ya como el creador del Derecho sin límites... Como nos dice Peter Häberle: “Hoy se considera a la “democracia” casi en todo el mundo como quintaesencia de un “buen” ordenamiento estatal, con lo cual se olvida frecuentemente que se requiere una caracterización más próxima: como democracia con “división de poderes”, “vinculada a valores”, “en libertad”, “pluralista”.*<sup>43</sup>

Por ello, el Legislativo es el primer órgano que goza de legitimación al ser sus integrantes electos de manera democrática, de forma directa e indirecta, y el producto de su actividad es la génesis de las leyes que nos obligan a cumplir en sociedad, ya que la interpretación inicial –privilegiada, primaria y general– de la ley proviene del Legislativo, y aunque existe la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda revisarla, esta es solo una excepción. No obstante que esta visión vislumbra los derechos fundamentales como derechos jurisdiccionales y no como derechos legales,

---

<sup>43</sup> SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, pp. 133 y 134.

lo adecuado es que la jurisprudencia debe encontrarse sujeta a la ley y no puede ir más allá de la interpretación primaria del legislativo, lo que coloca a la jurisprudencia en un segundo plano en contraste con la ley, ya que su origen es dado en razón de la aplicación constante de la ley, y aun así requiere de una unificación de criterios entre los juzgadores, motivo por el cual se crea la jurisprudencia, como un esfuerzo de unificar la resolución de los conflictos, pero no así de unificar la ley, o algo relativo a la misma.

Situación diferente sería que el cuerpo colegiado del Poder Judicial, antes de emitir sus criterios jurisprudenciales, solicitara el apoyo técnico del Poder Legislativo para asegurar que su elaboración consigne los principios originarios de la misma, de una forma más legítima, aunque en este estudio no encontramos argumentos de viabilidad o inviabilidad para exponerlos aún, sería interesante entablar un diálogo al respecto una vez que sea superado el argumento de que la jurisprudencia podría ser democratizada.

En este tenor, Cecilia Mora-Donatto resume los problemas que se están suscitando con el eventual planteamiento teórico-práctico, de que la realización de los derechos se encuentra en el ámbito jurisdiccional sobre el legal, con el cual concordamos y advierte:

*1) por un lado puede implicar la quiebra del principio democrático en tanto que concebir así a los derechos fundamentales puede significar que un poder del estado no estrictamente representativo sea el encargado de concretar el estatuto ciudadano;*

*2) por otro, puede importar la merma de principio de generalidad del derecho o, lo que es lo mismo, del principio de aplicación igual al derecho, mejor tutelado por las normas escritas que por las normas de creación judicial;*

*3) por último, contribuiría a la distorsión del pluralismo político en cuanto que serían jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales,<sup>44</sup>*

<sup>44</sup> MORA-DONATTO, Cecilia, *Op. Cit.*, p. 24.

En este sentido, la ley juega un papel importante pues aunque los derechos fundamentales gocen de existencia legal, estos solo serán eficaces en la medida que exista un marco legal para su desarrollo, y en las mejores condiciones para su ejercicio, las cuales las obtiene de mejor y mayor forma el sistema jurídico, mediante el legislador, que en la sede judicial, por ser una vía excepcional del respeto a los derechos de los gobernados, además que la ley es el instrumento en el que se conserva el pluralismo político de las sociedades y que refleja la integración del país, los principios teóricos, así como la primera y principal salvaguarda de derechos fundamentales de los gobernados.

## IV. Panorama de la jurisprudencia judicial en México

La jurisprudencia, históricamente, tiene diferentes concepciones, desde el nacimiento de los juristas en Roma,<sup>45</sup> donde pasó de ser ciencia al tomar el modelo del método geométrico y, a su vez, como el producto final de las decisiones judiciales, es decir, una norma general y abstracta con efectos vinculantes en los sistemas jurídicos<sup>46</sup> para otras autoridades de menor rango.<sup>47</sup>

En esta última acepción, el aspecto de la jurisprudencia a resaltar, es su respuesta, diseñada en nuestro sistema jurídico, para uniformar el derecho cuando se aplica al caso concreto,<sup>48</sup> pues al resolver el o los casos, es en la jurisprudencia donde se crean y plasman los criterios de apreciación, de

<sup>45</sup> Cfr. ARENAL Fenochio, Jaime Del, *Historia mínima del Derecho en Occidente*, México, El Colegio de México, Colección Historias Mínimas, 2018, pp. 21-58.

<sup>46</sup> Cfr. SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *La jurisprudencia como norma (Balance Jurisprudencial y Derechos Desarrollados en México)*, *Disertaciones sobre la jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 215-218.

<sup>47</sup> Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 65ª edición, México, editorial Porrúa, 2017, p. 69.

<sup>48</sup> Cfr. SCHIELE MANZOR, Carolina, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la Jurisprudencia, Chile, [en línea]*, Monografía presentada para aprobar el curso de Fundamentos Teóricos de la Ciencia del Derecho dictado por el profesor Alejandro Vergara Blanco dentro del programa de Doctorado en Derecho impartido en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el primer semestre académico del año 2008, p. 183, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3273547.pdf>

interpretación y de subsunción<sup>49</sup> de los fallos de los órganos jurisdiccionales facultados para ello con la finalidad de lograr la certeza jurídica.

Otro aspecto de la jurisprudencia es el que se deriva de su clasificación como fuente formal del derecho positivo mexicano,<sup>50</sup> pues en México existe un proceso de creación de la jurisprudencia por ley, y para el caso específico de la jurisprudencia judicial se avoca a nuestra ley de amparo.

En esta guisa, la ley de amparo establece en sus artículos 215 al 235<sup>51</sup> los tipos de jurisprudencia y la forma en que se genera cada una de ellas, así como las reglas que rigen a esta institución jurídica, por lo que a continuación se mencionan de forma sucinta los tipos de jurisprudencia:<sup>52</sup> por reiteración de criterios,<sup>53</sup> por contradicción de tesis<sup>54</sup> y por sustitución,<sup>55</sup> en un primer

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>50</sup> *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 53-54.

<sup>51</sup> Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, última reforma aplicada el 15 de junio de 2018.

<sup>52</sup> *Ibidem*, Artículo 215. *La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.*

<sup>53</sup> *Ibidem*, Artículo 222. *La jurisprudencia por reiteración del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos.*

<sup>54</sup> *Ibidem*, Artículo 225. *La jurisprudencia por contradicción se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia.*

<sup>55</sup> *Ibidem*, Artículo 230. *La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas:*

Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse.

Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

momento, y se adiciona la razón fundada, que es la declaratoria que surge de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad<sup>56</sup> con un solo precedente, pero es necesario la mayoría de 8 votos de los ministros para que se establezca.

En ese mismo sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la ley de amparo establecen quiénes son los integrantes de esos cuerpos colegiados y legitimados para que determinen el significado de la jurisprudencia, así como los procesos internos para que los preceptos jurídicos que establecen dichos cuerpos normativos tengan verificativo en nuestra realidad jurídica.

A modo de breviarío para observar quiénes son los operadores legitimados, en una primera instancia están los ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y posteriormente los magistrados integrantes de los cuerpos colegiados de circuito (plenos y tribunales)<sup>57</sup> como los operadores judiciales legitimados para la creación de los diferentes tipos de jurisprudencia ya mencionados.

Ahora bien, con respecto a los requisitos para ser ministro, el artículo 95 constitucional indica que debe ser ciudadano mexicano, tener cuando menos de 35 años cumplidos, poseer al día de la designación el título profesional de licenciado en derecho, gozar de buena reputación, haber residido en el país durante los dos últimos años, así como no haber sido alto funcionario o haber ostentado un cargo de elección popular un año antes de su nombramiento, y, finalmente, la recomendación de que exista preferencia por entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su

---

Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala. Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley.

<sup>56</sup> *Vid.* Artículo 42 y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995, última reforma aplicada el 27 de enero de 2015.

<sup>57</sup> *Vid.* Ley de Amparo, *Op. Cit.*, artículo 217 y *Vid.* Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. Cit.*

honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

De estos requisitos, los cuales pueden clasificarse como genéricos, y que muchos candidatos podrían cumplir, consideramos que por las funciones inherentes del cargo, es necesario que el requisito del título de profesional en derecho se mantenga y se evite abrir el perfil, pues podría tener un efecto contrario o adverso, ya que la profesionalización en derecho permite entender claramente los alcances de las decisiones que se tomarán en dichas funciones de impartición de justicia, interpretación y defensa de la Constitución. No obstante, en torno a los principios democráticos, en este momento se tiene que introducir la descripción de los procesos de asignación y designación de los ministros y magistrados legitimados para crear la jurisprudencia en el sistema mexicano, por lo que se citará a la letra en cuanto hace a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el artículo 96 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que refiere:

*Artículo 96. Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.*

*En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.*

Es de observarse que para la elección de los depositarios del máximo tribunal judicial mexicano, el presidente de la república somete a su arbitrio una terna al Senado de la república para designar a los integrantes de las vacantes de este órgano judicial, es decir, que es la elección del presidente

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

de nuestro país el medio para acceder a dichos puestos, dado que no existen criterios discrecionales para la postulación de personas a ocupar dicho puesto, sino únicamente la entrevista ante el Senado y la votación de dos terceras partes de sus integrantes.

Así también, de no elegirse al candidato en el plazo por no reunir la votación requerida del Senado o por ser una segunda terna, es nuevamente la arbitrariedad del presidente de la república la que determina el nuevo miembro de tan importante cuerpo colegiado en nuestro país.

Al respecto, se identifican grandes problemas sobre los que se ahondarán con un análisis que llamaremos *el principio de realidad*, consistente en pensar en las instituciones en contraste con los principios democráticos y en torno a la protección, fomento y desarrollo de los derechos fundamentales, y del cual se tiene como resultado: a) un sistema altamente presidencialista que afecta el equilibrio de los pesos y contrapesos de la tesis de división de poderes en México; y b) la falta de democratización de los procesos y el acceso para ocupar un puesto tan importante en nuestro país, pues un gobierno abierto y participativo implicaría, por una parte, que el gobernado pueda acceder a dichos puestos y, por otra parte, que pueda participar en la elección de los mismos, ya sea de forma directa o indirecta, como ya se ha repasado en este análisis documental.

Por lo que hace a los magistrados de los cuerpos colegiados, el artículo 97 de nuestra carta magna, señala a letra que:

*Artículo 97. Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley...*

Es de observarse que los magistrados de circuito son nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal, un órgano colegiado integrado *por siete miembros de los cuales, uno será el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; tres Consejeros designados por el Pleno de la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de*

*entre los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; dos Consejeros designados por el Senado, y uno por el Presidente de la República.*<sup>58</sup>

Al realizar el análisis, de las transcripciones se observa que:

- a) los magistrados son nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal;
- b) que la ley determinará con base en criterios objetivos y una serie de requisitos y procedimientos la forma de elección de dichos magistrados, y
- c) que el Consejo de la Judicatura Federal es un órgano mixto integrado únicamente por miembros de asignación, es decir, no de elección.

A su vez, el Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, vigente y en sus artículos 1° y 11<sup>59</sup> señala las reglas de la carrera judicial, así como las promociones a juez de distrito y magistrado de circuito, respectivamente.

Es preciso decir que dicho acuerdo general no emanó de un proceso legislativo que pueda señalarse como ley –considerando que la letra de nuestra carta magna es la rectora, y que señala claramente que la ley será la encargada de establecer las reglas y los procedimientos de la carrera judicial, en sintonía con la representatividad dotada al Poder Legislativo, que refleja la pluralidad política del país y no solo las decisiones de este cuerpo colegiado mixto–, y por tanto no tiene una legitimidad democrática directa o indirecta suficiente para reglamentar dichas situaciones.

<sup>58</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. Cit.* artículo 100.

<sup>59</sup> *Vid.* Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y adiciona el que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, en relación con la reincorporación, adscripción, readscripción y ratificación de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, publicado en el Diario oficial de la Federación el 3 de octubre de 2006, última reforma aplicada el 17 de octubre de 2019.

*Artículo 1.- Las disposiciones de este ordenamiento son de observancia general y su objeto es establecer las reglas y procedimientos para el desarrollo de la carrera judicial en el Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral, así como determinar los requisitos para el otorgamiento de las licencias, vacaciones, estímulos y retiro.*

*Artículo 11.- El ingreso y promoción a las categorías de Juez de Distrito y Magistrado de Circuito se realizarán a través de concurso interno de oposición y de oposición libre.*

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

Es importante señalarlo pues el proceso legislativo permite entender *per se* una serie de etapas, que Máynez enunciaría como: *iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de vigencia*,<sup>60</sup> y que se encuentra instituido en el artículo 71 Constitucional y subsecuentes, los diferentes supuestos en los que se encuentra legitimados los sujetos de nuestra ley fundante para iniciar leyes, así como los aspectos que se deben observar para la aprobación y publicación de las mismas, en razón de que, *per se*, en los estados de derecho la ley tiene como esencia la generalidad y la abstracción y *en efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley*,<sup>61</sup> por lo que solo puede considerarse como ley a la norma general, debido a que una de sus cualidades es ser intrínsecamente igual para todos los gobernados en un estado de derecho, y es abstracta, es decir, la generalidad que en el tiempo tendrá esa ley, darán certeza y previsibilidad al derecho en el sistema jurídico, criterios que no se cumplen con el acuerdo antes citado.

Ahora bien, Máynez explica que existe jurisprudencia obligatoria y no obligatoria, y refiere que las autoridades que se contemplan en el artículo 217<sup>62</sup> de la Ley de Amparo, para ellas, la jurisprudencia tienen *la misma fuerza normativa que un texto legal*,<sup>63</sup> y para ello cita a M. Djuvara: *Cuando una decisión jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente el mismo*

<sup>60</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>61</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. Cit.*, pp. 29-30.

<sup>62</sup> *Vid.* Ley de Amparo, *Op. Cit.*, artículo 217. *La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.*

*La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.*

*La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.*

*La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

<sup>63</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 69.

*papel que la ley.*<sup>64</sup> Este fundamento es importante y se trae a colación, pues el carácter que se le dota a la jurisprudencia es de ley, pero en el sentido de su observancia obligatoria y abstracta, y no así en el sentido de su elaboración legítima democrática, siendo un elemento más por el que se podría considerar necesario *democratizarla*, ya que al ser como ya lo comentamos, abstracta, obligatoria y general, además de ser aplicable a los ciudadanos, encontramos una situación perfectible para dotar de legitimidad a dicha institución jurídica.

Al retomar nuevamente el comentario sobre la legitimidad de las instituciones, como ya se había mencionado, para nuestra democracia involucra aspectos de participación directa e indirecta, en votar y ser votado, y poder acceder a desarrollar las acciones de una función del Estado, en cuanto a los legisladores es claro, y la legitimación de la que se encuentran dotados es referente a la interpretación primaria de la ley *–problemas sociales–* y que tiene la máxima competencia para ello, así como la existencia de materias *reservadas*, como por ejemplo la materia penal,<sup>65</sup> y cuyo resultado de su actividad interpretativa es la ley.

No obstante, la legitimidad que se pretende problematizar desde el aspecto teórico concierne a la jurisprudencia en un *aspecto formal*, es decir, en relación con los integrantes de los cuerpos colegiados que la producen, y con los mecanismos de su elección o participación, que en nuestra opinión se encuentran limitados. Al afirmar que la manera establecida actualmente para postular participantes a elección es arbitraria, ya que no se pretende politizar la justicia, pues somos conscientes de lo que refiere Dworkin, en que es más funcional un sistema donde los jueces no son electos y que pueden asilarse de los intereses políticos de los grupos y conciliar mejor los conflictos en sus oficinas.<sup>66</sup> Este podría ser un argumento fuerte para nuestro orden jurídico, no obstante, las instituciones, al ser piezas de un engranaje en el sistema democrático del país, tienen que contar con la referida *quintaesencia*, además de que el debate de legitimidad de un

---

64 *Ídem*.

65 *Vid.* OST, François y VAN DE KERCHOVE, Michel, *¿De la Pirámide a la Red?, Por una teoría dialéctica del Derecho*, trad. Enrique Torres, Oscar, México, editorial Libitum, 2018, p. 105.

66 *Cfr.* DWORKIN, Ronald, *Op. Cit.*, p. 10-12.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

mecanismo democrático solo se refiere a los ministros y magistrados de los cuerpos colegiados que generan la jurisprudencia, no así de los jueces, que en nuestro modelo no generan la jurisprudencia, pues ellos, los ministros y magistrados, adicionalmente a la interpretación de las leyes que tienen las instituciones con jurisdicción, se encuentran con la posibilidad de generar criterios de interpretación obligatorios para los entes jurisdiccionales de menor rango, lo que es una interpretación política o emparejada a los principios establecidos en los derechos fundamentales de un estado, para su materialización en los individuos, y que su interpretación se ha consignado hasta la fecha como meramente constitucional o legal, derivado que en su ejercicio interpretativo dan pautas para aplicar las políticas del Estado, aspecto importante en el estado de derecho democrático, y por la que se problematiza modular los mecanismos para acceder a esos puestos, dotarlos de legitimación democrática para llevar a cabo sus actividades y perfeccionar esta institución en nuestra democracia.

Ahora bien, otra situación a resaltar es que la jurisprudencia es un elemento en nuestro sistema jurídico para corregir imperfecciones, y estas se realizan en vía de excepción, más no para sustituir la materia fundante que es la ley, pues pudiera confundirse en el afán del protagonismo jurisdiccional, que el fundamento democrático problematizado, daría justificación de una libertad legislativa como la que se encuentra dotada la elaboración de la ley, lo cual no es así, pues la elaboración de la jurisprudencia es una actividad interpretativa limitada y sujeta a los principios instaurados en dicha ley; como lo habíamos anticipado, cuestión importante sería el establecer un mecanismo de consulta sin que se vulneren esferas de competencia para la comunicación entre los dos poderes, y que se realizaran aportaciones importantes en cuanto a sus materias especializadas, pues los legisladores interpretan los problemas sociales generando la ley y la protección a los derechos, y son los más especializados en el tema, en cambio los ministros y magistrados lo son, en cuanto a la interpretación legal de la búsqueda de unificar criterios que sean viables para la resolución de conflictos, pero esta falta de comunicación implica que en ocasiones el gobernado sufra de criterios que parecieran no materializar sus derechos fundamentales y, por el contrario, perjudicarlo, situación que también debería ser problematizada, pues en el sistema de pesos y contrapesos, los poderes

deben ser límites los unos de los otros, y estas ideas no se encuentran establecidas en un sistema lineal, es decir, también podrían ser cíclicas o retornar nuevamente al origen, pues como se manifiesta, la jurisprudencia es una política interpretativa de la ley, que hasta la fecha hemos visto de forma netamente legal o constitucional, pero no así su importancia política.

En otra arista, Rodolfo L. Vigo explica que en la transición y evolución del poder judicial a lo largo del tiempo ha desempeñado diferentes papeles, que se encuentran conectados a los paradigmas del estado legalista y constitucional, es por lo que la actividad judicial ha cambiado respecto a estos períodos, pero que actualmente es ineludible la discrecionalidad judicial, por lo que se tiene que retomar la ética judicial en la actividad de ese poder, que él denomina la encomienda de hablar en última instancia en nombre del poder constituyente, por otra parte, aclara que la llamada deontología judicial se refiere a los deberes de los jueces, y la ética, por el contrario, remite a los bienes que se deben procurar alcanzar, lo que justifica la inclusión de la ética como una característica necesaria.<sup>67</sup>

En este tenor, la ética judicial cuyo ejercicio es importante, como en cualquier profesión, creemos que la autoridad se obtiene del cargo, y la legitimación que se problematiza se centra en su elección mas no de su actuar, por lo que desestimamos el argumento de que los ministros y magistrados pudieran recibir su legitimación de la función ética de sus decisiones. Además, los ministros cubren un período en ejercicio de sus funciones, pero los magistrados no, son empleados que tienen un cargo y del cual también producen jurisprudencia, o políticas constitucionales o legales, y no existe un mecanismo equiparable al de los legisladores que se reviste en el cambio del voto, para condicionar el actuar ético del cargo, lo que sí podría hacerse instaurando nuevos mecanismos para acceder a esos puestos, si no de *castigo*, sí de *previsión* o *a priori*, pues reducir la legitimación a la ética profesional, además que ser un tema de la Ley de Responsabilidades Administrativas correspondiente, y no es algo que

<sup>67</sup> Véase VIGO, Rodolfo Luis, *La Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, [en línea], México, editorial Tirant lo Blanch, Jueces y Argumentación Jurídica núm. 2, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2017, p. 201-235, [14 de julio de 2020], disponible en: <https://www.ijf.gob.mx/presentbook/2017/Diciembre/interpretacion%20argumentacion.pdf>

consideremos tangible o asequible para el gobernado, como un único medio o proceso para dotar de una presunción *iuris tantum* a la jurisprudencia, aunado que para la modificación de criterios jurisprudenciales la denuncia del gobernado no es tomada en cuenta y son los mismos integrantes del Poder Judicial los que accionan dicho mecanismo, de lo contrario no se materializa dicho análisis y en su caso rectificación.

## V. Debate jurídico

Nuestro sistema jurídico tiene problemas democráticos cuando hablamos de la jurisprudencia, en razón de que los agentes encargados de decidir los criterios, resolver los problemas planteados o hacer la ciencia jurídica, no se encuentran dotados de legitimidad basada en principios democráticos, y por el contrario, como se resaltó en este análisis, se observa una falta de discrecionalidad y una falla o deficiencia en el sistema de pesos y contrapesos de nuestra división de poderes, e incluso en nuestro federalismo presidencial.

Por ello, se sugiere crear un sistema que permita corregir este problema teórico que trasciende a la realidad mexicana, ya que al limitar el acceso a estos puestos tan importantes del sistema jurídico se propicia una realidad alterna en donde los criterios de apreciación, de interpretación y de subsunción de las normas se encuentran secuestrados por la citada *aristocracia de las togas* que ha permanecido en México.

Una idea que podría funcionar, en el caso de los ministros, es que el presidente de la república en lugar de proponer toda la terna solo sugiera un candidato, y los demás la sociedad civil, los organismos constitucionalmente autónomos y otros organismos importantes como la UNAM, organismos internacionales, e incluso se podría permitir la participación del Servicio Profesional de Carrera Judicial para postular un candidato. Para la evaluación y aprobación del nombramiento, se sugiere que sea la Cámara de Diputados, y no la Cámara de Senadores quien lo decida con dos terceras partes de los votos, en razón de que aquellos son los representantes del pueblo –tal como señalaba Aristóteles, tal vez

sean quienes tengan más razón en elegir al candidato para que aplique las políticas de Estado—. Otro aspecto a resaltar, es que si los candidatos de una terna no son aprobados, se les impida volver a participar en una nueva terna, porque si en la primera terna no obtuvieron el respaldo es porque no fueron considerados aptos para el puesto, por lo que habría que invitar nuevamente a estos actores a presentar nuevos candidatos hasta que uno sea seleccionado por sus méritos académicos, políticos, laborales y éticos.

Con respecto a los magistrados, tendrían que demostrar experiencia laboral en litigios y conocimientos técnicos especializados, pues aunque dichos puestos seguirían la misma suerte que los ministros al ser la Cámara de Diputados quien aprobaría su nombramiento, estos serían elegidos por el principio de mayoría relativa, y también cubrirían un período que podría ser más amplio que el de los ministros.

La justificación de que sea la Cámara de Diputados y no la Cámara de Senadores quien realice la selección del candidato, es porque las funciones que se determinan con la jurisprudencia son concernientes a todos los ciudadanos de nuestro país, y su desempeño impacta directamente en sus derechos, de esta manera se democratizaría el acceso a dichos puestos para fortalecer nuestro federalismo y el sistema coordinado de pesos y contrapesos que se ha expuesto en este análisis.

Así también, la participación de instituciones como la UNAM se encuentra justificada, pues su Facultad de Derecho es la institución más importante en nuestro país y emblemática de la enseñanza del derecho, así como el Instituto de Investigaciones Jurídicas, que se ha destacado por su producción de conocimiento jurídico nacional y que es un referente importante en Latinoamérica. La exclusión la UNAM, dado su prestigio, sería una omisión, pues si bien cualquier universidad pública o privada puede presentar un candidato, es necesario establecer un mínimo de integrantes que doten de pluralidad a la conformación de la terna, en la que la UNAM necesariamente tiene un protagonismo intrínseco, más aún cuando el tema del debate es el de elegir a los mejores abogados de México, y la universidad nacional tendría que ser tomada en cuenta para abonar a la ocasión.

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

De igual forma, podrían participar quienes han representado a México en los consejos de organismos internacionales, para aprovechar su experiencia internacional, y que no han podido hacerlo porque el modelo actual los excluye de esa oportunidad o si quieren ser tomados en cuenta, ya que la única vía para formar parte del grupo de élite de la justicia mexicana se encuentra limitada, y es a través del Ejecutivo.

Otro argumento para sustentar esta propuesta, es la comparación con otros países que eligen a sus magistrados con un mecanismo democrático, ya sea por una terna abierta, o por selección de los diputados, inclusive hay casos donde la ciudadanía se postula directamente para conformar la terna.

En el Cuadro 3, señalan los países latinoamericanos que han instrumentado algún mecanismo al respecto.

### Cuadro 3. Lineamientos de selección de magistrados en algunos países de América Latina, 2020<sup>68</sup>

<i>País</i>	<i>Como eligen a los magistrados</i>
<b>BOLIVIA</b>	<p><b>Artículo 182</b></p> <p><i>I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.</i></p> <p><i>II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.</i></p> <p><i>III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.</i></p>

<sup>68</sup> Vid. Base de datos políticos de las Américas, [en línea], (2008), [14 de julio de 2020], Normas de la justicia. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales, Georgetown University y Organización de Estados Americanos, disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Judicial/Suprema/designacion.html>

<p><b>BOLIVIA</b></p>	<p><i>IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas.</i></p> <p><i>V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos.</i></p> <p><i>VI. Para optar a la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia será necesario cumplir con los requisitos generales establecidos para los servidores públicos: haber cumplido treinta años de edad, poseer título de abogado, haber desempeñado, con honestidad y ética, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ocho años y no contar con sanción de destitución del Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.</i></p> <p><i>VII. El sistema de prohibiciones e incompatibilidades aplicado a las Magistradas y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será el mismo que para los servidores públicos.</i></p>
<p><b>EL SALVADOR</b></p>	<p><i>Art. 173.- La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por el número de Magistrados que determine la ley, los que serán elegidos por la Asamblea Legislativa y uno de ellos será el Presidente.</i></p> <p><i>Este será el Presidente del Órgano Judicial. La ley determinará la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, de modo que las atribuciones que le corresponden se distribuyan entre diferentes Salas.</i></p> <p><i>Art. 186.- Se establece la Carrera Judicial. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por la Asamblea Legislativa para un período de nueve años, podrán ser reelegidos y se renovarán por terceras partes cada tres años. Podrán ser destituidos por la Asamblea Legislativa por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos.</i></p> <p><i>La elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se hará de una lista de candidatos, que formará el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determinará la ley, la mitad de la cual provendrá de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, los Jueces de Primera Instancia y los Jueces de Paz integrados a la carrera judicial, gozarán de estabilidad en sus cargos.</i></p>

## Democracia y jurisprudencia

Junio 2020

<p><b>URUGUAY</b></p>	<p><b>Artículo 236.</b> Los miembros de la Suprema Corte de Justicia serán designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes. La designación deberá efectuarse dentro de los noventa días de producida la vacancia a cuyo fin la Asamblea General será convocada especialmente. Vencido dicho término sin que se haya realizado la designación, quedará automáticamente designado como miembro de la Suprema Corte de Justicia el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo y a igualdad de antigüedad en tal cargo por el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal. En los casos de vacancia y mientras éstas no sean provistas, y en los de recusación, excusación o impedimento, para el cumplimiento de su función jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia se integrará de oficio en la forma que establezca la ley.</p>
<p><b>VENEZUELA</b></p>	<p><b>Artículo 264.</b> Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará una tercera preselección para la decisión definitiva.</p> <p>Los ciudadanos podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.</p> <p><b>Artículo 265.</b> Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.</p>

Es preciso reiterar que la presente investigación, no tiene el propósito de politizar el Poder Judicial, sino solo poner a debate los procedimientos y criterios de selección de los funcionarios que toman las decisiones rectoras de la interpretación de la ley, los cuales se encuentran en el supuesto que se ha problematizado, mas no los demás funcionarios que integran el Poder Judicial. Cuestionar que en nuestra división de poderes, la elección de los titulares de cada poder subyace una participación democrática, excepto en

el Poder Judicial, donde la designación de titulares únicamente es política, busca romper la inercia instaurando mecanismos democráticos al respecto.

## VI. Conclusiones

Como hemos visto, nuestro país se ha cimentado en los principios democráticos que los estados de derecho han encontrado como los mejores lineamientos para establecer el respeto, el fomento y el desarrollo de los derechos humanos, desde los tiempos aristotélicos en donde ya se debatía la posibilidad de elección de los *magistrados* de una forma democrática hasta la fecha.

Varios autores han abonado a la construcción del concepto de democracia y desarrollado sus teorías cimentadas en las ideas de *igualdad* y *libertad*, desde la importancia del uso del lenguaje que circunscribirá su definición, así como los ideales y principios que se han establecido en las constituciones de los estados para dar paso a los derechos fundamentales como garantía de los estándares democráticos.

El legislador tiene una tarea muy importante, es el elegido de entre los ciudadanos para formar parte del Poder Legislativo y con ello participar en la toma de decisiones para crear las leyes que serán obligatorias a todos los miembros de la sociedad, incluyéndolos a ellos, y a las instituciones públicas integrantes del estado mexicano. En él, se observan las características de los perfiles y el impacto directo en la manufactura de las leyes, así como su facultad derivada de la interpretación primaria de la ley.

Uno de los problemas teórico pragmáticos actuales, es el protagonismo que los jueces han venido desempeñando con el cambio de paradigmas derivado de los derechos humanos, y en los que se establece que el cumplimiento de los derechos fundamentales se realizará en sede judicial sobre la sede legislativa, siendo esta última, mediante la ley, la que consideramos más adecuada que en vía de excepción judicial.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

Se considera que las instituciones del Estado mexicano se podrían democratizar y repensar la participación que los ciudadanos en ellas, ya sea para acceder a un puesto, desempeñarlo y para replantear la misma institución, en cumplimiento a los ideales de *igualdad* y *libertad* instaurados en nuestro marco constitucional.

Nuevamente, los requisitos para ser legislador, influyen directamente en las políticas del estado, y ellos cumplen con una labor derivada de su legitimación. El Poder Judicial en cuanto a los ministros y magistrados, realizan una función que no se ha reconocido como políticas de la interpretación de la ley, por lo que su legitimación en la toma de decisiones no es acorde con los mecanismos actuales para su nombramiento, y aunque los requisitos en una primera instancia podrían reunirse en cualquier persona, esto no es así, puesto que el presidente es el que a su arbitrio propone la terna para su examen y elección.

La legitimación que debe recaer en los autores de la jurisprudencia, podría democratizarse para que se correspondan con los principios consignados en nuestro país, derivado de que se puede poner en duda la protección de derechos realizada en vía de excepción, en una primera etapa por su integración formal, aunque se encuentra abierto el debate para definir los mecanismos de comunicación para una mejor elaboración de jurisprudencia entre los poderes Legislativo y Judicial, siempre que estos mecanismos no invadan esferas de competencia, ni entorpezcan sus actividades.

Con la investigación realizada, creemos haber expuesto un problema teórico sobre la generación de jurisprudencia que podría ser resuelto si se democratizan tanto los procesos judiciales como sus resultados, pues permitirle a la población postularse directamente, o indirectamente elegir a los operadores judiciales que determinan los criterios de apreciación, de interpretación y de subsunción de las normas que les son aplicables, favorecería su evolución y el perfeccionamiento del sistema de nuestro estado de derecho.

Lo anterior porque la ley es tan importante como la jurisprudencia que le es aplicable, ya que esta última al concebirse con la posibilidad de establecer

interpretaciones de la ley, es un proceso legislativo en sede judicial, que debe astreñirse forzosamente a la ley, y podría democratizarse por algún mecanismo directo o indirecto, ya que el panorama de derechos humanos que nos acontece actualmente, aporta una herramienta eficaz para contrastarlo con la realidad, y sirve como filtro para la detección de vulneraciones a los derechos de los mexicanos. Es decir, tenemos que tomar a los derechos fundamentales como parámetros de cuestionamiento para observar si las normas que son de observancia general, abstractas, obligatorias y se aplican a las personas, vulneran derechos de forma directa o indirecta, de ser así tenemos la obligación de replantearlos, problematizarlos para buscar soluciones que nos permitan armonizar nuestro sistema jurídico y mejorar nuestra realidad, en lo que la generación de una jurisprudencia más democrática abonaría, dejando en claro que la legitimidad que se le pretende dotar es formal, y que es un producto que perfecciona las leyes en vía de excepción, pero no por ello puede sobrepasar la letra legal o que este hecho implique una libertad creativa del operador jurídico para rebasar los límites establecidos.

## VII. Fuentes de consulta

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reforma y adiciona el que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, en relación con la reincorporación, adscripción, readscripción y ratificación de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2006, última reforma aplicada el 17 de octubre de 2019.

AMBRIZ LANDA, Adalid, *La jurisprudencia en México, su evolución e importancia*, [en línea], Instituto de la Judicatura Federal, [14 de julio de 2020].

ARENAL FENOCHIO, Jaime Del, *Historia mínima del Derecho en Occidente*, México, El Colegio de México, Colección Historias Mínimas, 2018.

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

*Base de datos políticos de las Américas*, [en línea], (2008), [14 de julio de 2020], Normas de la justicia. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales, Georgetown University y Organización de Estados Americanos.

BORÓN, Atilio, *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Buenos Aires, Argentina, Clacso, [en línea], Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, agosto 2003, [14 de julio de 2020].

BOVERO, Michelangelo y FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, México, [en línea], INE, 2016, [14 de julio de 2020].

CARBONELL, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica, el Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2015.

CÁRDENAS, Jaime, *La nueva ley de amparo*, Cuestiones Constitucionales Revista mexicana de derecho constitucional [en línea], núm. 29, julio-diciembre 2013, [14 de julio de 2020].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma aplicada el 8 de mayo de 2020.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *La democracia ideal en el Pensamiento de Norberto Bobbio y las Democracias Reales en América Latina*, México, [en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [14 de julio de 2020].

DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, trad. Esquivel Javier, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica núm. 14, 1981.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 65ª edición, México, Porrúa, 2017.

KALBERG, Stephen, *¿Es el mundo moderno una monolítica jaula de hierro? Aprovechando a Max Weber para caracterizar la actual dinámica interna de la cultura política norteamericana*, Sociológica, [en línea], núm. 59, año 20, septiembre-diciembre de 2005, [14 de julio de 2020].

KARL Marx, *El capital*, Elejandría, [en línea], obras de dominio público, [14 de julio de 2020].

LENIN, *El Estado y la Revolución*, trad. Grupo de Traductores de la Fundación Federico Engels, Madrid, [en línea], mayo de 2009, [14 de julio de 2020].

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, última reforma aplicada el 15 de junio de 2018.

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995.

MARVAKIS, Athanasios, *Releyendo a Marx para la psicología: la enajenación, versión de una ponencia presentada en el XV Congreso de la ISTEP en Santiago de Chile, 3 de Mayo del 2013*, trad. al español de Rocha Muro, Francisco Javier, *Teoría y crítica de la Psicología*, [en línea], núm. 5, año 2015, 133–147, [14 de julio de 2020].

MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R. (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y con Jurisprudencia*, 3a. edición, México, Porrúa Print, 2019.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. Suárez Eduardo L., 2002.

MORA-DONATTO, Cecilia, *Constitución, Congreso, Legislación y Control: Coordenadas para Legisladores en los Tiempos de Reelección*,

## Democracia y jurisprudencia

---

Junio 2020

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [en línea], Cámara de Diputados, LXII Legislatura, UNAM, 2015, [14 de julio 2020].

OST, François y VAN DE KERCHOVE, Michel, *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del Derecho*, trad. Torres Enrique, Oscar, México, Editorial Libitum, 2018.

*Requisitos para ser legislador*, [en línea], Instituto de Iberoamérica, Apache / 2.2.17 (Win32) mod\_jk / 1.2.32 PHP / 5.3.4 mod\_perl / 2.0.4 Perl / v5.10.1 Server at americo.usal.es Puerto 80, [14 julio de 2020].

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Ferrajoli y la Democracia*, Madrid, [en línea], Universidad Autónoma de Madrid, 2013, [14 de julio de 2020].

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de González Rodríguez, Miguel Ángel y Pestellini Laparelli Salamon, María Cristina, México, [en línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, UNAM, 1993, [14 de julio de 2020].

SCHIELE MANZOR, Carolina, *La jurisprudencia como fuente del Derecho: el papel de la Jurisprudencia*, Chile, [en línea], Monografía presentada para aprobar el curso de Fundamentos Teóricos de la Ciencia del Derecho dictado por el profesor Alejandro Vergara Blanco dentro del programa de Doctorado en Derecho impartido en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el primer semestre académico del año 2008, [14 de julio 2020].

Secretaría de Gobernación, *¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?*, Blog, [14 de julio de 2020].

SOLANA DUESO, José, *Conferencia del profesor impartida en el Aula Magna de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Zaragoza el 20 de diciembre de 2016*, Análisis revista de investigación filosófica, [en línea], vol. 4, núm. 1, 2017, 119-147, [14 de julio de 2020].

SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *La jurisprudencia como norma (Balance Jurisprudencial y Derechos Desarrollados en México)*, *Disertaciones sobre la jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

SUÁREZ ROMERO, Miguel Ángel, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional, La Argumentación Jurídica del Legislador*, 1ª edición, México, Porrúa, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, [en línea], Mónada Republicana, [14 de julio de 2020].

VIGO, Rodolfo Luis, *La Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, [en Línea], editorial Tirant lo Blanch, Jueces y Argumentación Jurídica núm. 2, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2017, [14 de julio de 2020].

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. Medina Echavarría, José, Roura Parella, Juan, et al, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, 1ª reimpresión, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, Colección Filosofía Contemporánea, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, trad. Gascón Marina, Torino, Trotta, 2019.

## VIII. Índice de abreviaturas

cfr.	Confróntese, confrontar
col., cols.	Columna, columnas
comp., comps	Compilador, compiladores
coord., coords.	Coordinador, coordinadores
ed., eds.	Editor, editores
et al	Y otros
Ibídem	en el mismo lugar
Ídem	igual
Infra	abajo o después en el texto
In fine	al final
Núm., núms	número, números
Op. Cit.	Obra citada
p., pp.	Página, páginas
pr.	Párrafo
prol.	Prólogo
s.f	sin fecha
e.e	sin editor
ss.	Siguientes
sic.	Léase como está
supra	arriba o anterior en el texto
f.ff.	folio, folios
t., ts	tomo, tomos
trad.	Traducción
v.	Versión
vid.	Véase
vol., vols	Volumen, volúmenes

# Q uórum **130** Legislativo



**CÁMARA DE  
DIPUTADOS**  
LXIV LEGISLATURA



**CEDIP**   
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO  
E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS