ISSN: 2448-6965

Año III. Núm. 4

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Enero - junio, 2017

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

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

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Roberto Lara Chagoyán ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Año 3, número 4 enero-junio 2017. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017-. volumen ; 22 cm.

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales II. Lara Chagoyán, Roberto III. Aguilar Morales, Luis María, 1949-

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año III, Núm. 4, enero-junio 2017, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06065, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx, rlarac@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Roberto Lara Chagoyán. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

Impresa por Grupo Comercial Impresor Arcos, S.A. de C.V., calle Norte 178 núm. 558, Colonia Pensador Mexicano, Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15510, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2017, con un tiraje de 3,000 ejemplares.

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

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

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

Año III. Núm. 4

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Enero - junio, 2017

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

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

Segunda Sala

Ministro Eduardo Tomás Medina Mora Icaza
Presidente

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

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

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Contenido

Nota editorial IX
Presentación XVII

La Constitución de 1917 y el Poder Judicial de la Federación

La interpretación judicial del artículo 123 constitucional, 1917-1934 3
William J. Suarez-Potts

El periodo liberal de las reformas de 1928 y 1934 que cambiaron a la Suprema Corte 37
José Ramón Cossío Díaz

La integración de la SCJN y el PJF en la Constitución de 1917. Sus primeros años 63
Humberto Morales Moreno

Doctrina Constitucional

Ponderación y sentido común jurídico 85
Manuel Atienza

Traducciones inevitables 111
Esteban Restrepo Saldarriaga

La interpretación y el diálogo democrático 169
Roberto Gargarella

La relación entre rigidez y supremacía constitucional: un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México 209
Ana Micaela Alterio

El derecho a trabajar en la calle: espacio público y derechos constitucionales 233
Rodrigo Meneses Reyes
José A. Caballero Juárez

La Constitución en acción

La protección jurídica de los refugiados en Ecuador: retrocesos normativos y su convalidación jurisprudencial 271
Daniela Salazar Marín

La derrotabilidad del precedente constitucional: a propósito de la C.T. 299/2013 309
Rodrigo Camarena González

Los concursos "solo para mujeres" 349
Estefanía Vela

Reseña

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (coord.)
Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado,
Siglo del Hombre Editores-DeJusticia-Fundación Konrad Adenauer,
The John Merck Fund,
Bogotá, 2008
Gabino González Santos
383

Nota editorial

Nos congratula presentar el número 4 de nuestra *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* en el año del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Por ello, en este número hemos alterado la estructura original introduciendo una sección histórica, en la que integramos tres trabajos dedicados a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hiciera de la norma fundamental en sus primeras décadas. El resto del contenido de este volumen responde a las secciones originales –Doctrina Constitucional, la Constitución en Acción y Reseñas– que por sí mismas representan, con sus contenidos críticos, un homenaje permanente a esa entidad que llamamos Constitución.

La Constitución de 1917 y el Poder Judicial de la Federación es el título que le hemos puesto a esa primera sección. En ella, William Suárez-Potts escribe un texto en el que reflexiona sobre las pruebas a que fue sometido ante la Suprema Corte el entonces novedoso artículo 123 constitucional, entre 1917 y 1934. A juicio del

autor, el papel interpretativo de la Corte en materia del trabajo resultó fundamental para la puesta en marcha de un modelo social delineado en abstracto por el Constituyente de Querétaro. La jurisprudencia, como fuente del Derecho, permitió que las Juntas de Conciliación y Arbitraje tomaran la fuerza propia de los tribunales dotando de coherencia al primigenio sistema basado en legislaciones locales, que terminaría en la década de los treinta con la federalización del mismo.

El segundo trabajo de esta sección, a cargo del Ministro José Ramón Cossío Díaz, se refiere al periodo liberal de las reformas de 1928 y 1934 de la Constitución que cambiaron la Suprema Corte. El primer periodo se refiere a la Corte "diseñada" por Álvaro Obregón, que se caracterizó por desmontar el inmenso poder que tenían los Ministros –nombrados sólo por órganos legislativos locales y federal– para dar lugar a una subordinación de la Corte al poder ejecutivo. En este periodo se modificó la forma de nombramiento de los Ministros, que en adelante estaría a cargo del Presidente de la República con la aprobación del Senado; la posibilidad de destituirlos por mala conducta; su inamovilidad en el cargo; entre otros cambios. A juicio del autor, en este periodo se pierde el matiz democrático que Carranza había impreso en el diseño de la Corte y al mismo tiempo se consolidó el poder político del presidente sin desatender necesariamente las formas legales; con ello, dice el autor, la Corte contribuyó a la legitimación del régimen. La reforma de 1934 vino a ser un nuevo desmontaje de la Corte en su modelo obregonista para dar paso al modelo cardenista. Con esta nueva reforma constitucional, el general Lázaro Cárdenas impidió que los cargos de los Ministros fueran vitalicios, creó una Sala en materia de trabajo, barrió con la totalidad de los Ministros del periodo obregonista y, sobre todo, buscó una suerte de limpieza ideológica en los nuevos nombramientos: los nuevos Ministros deberían tener una "firme convicción revolucionaria" para que pudieran llevar a cabo "una interpretación revolucionaria de las leyes". En suma, este periodo histórico de la Suprema Corte, como máxima intérprete de la Constitución, puede calificarse –afirma Cossío Díaz– como predominantemente liberal porque su sentido

primordial fue el fortalecimiento de las garantías individuales, la restricción de las atribuciones de los órganos estatales y la ampliación de las posibilidades de defensa de la Constitución.

El tercer trabajo de esta sección histórica estuvo a cargo del profesor Humberto Morales Moreno, y se refiere a la integración de la Suprema Corte y el Poder Judicial de la Federación en la Constitución de 1917. En este texto, el autor presenta una radiografía del Poder Judicial de la Federación desde la época del porfiriato (1895) para mostrarnos cómo era el diseño de la Corte y los tribunales federales. Va detallando una a una las reformas legales de los diferentes periodos del anterior Código de Procedimientos Federales, la creación y reformas del Reglamento Interior de la Suprema Corte, la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y su primera gran reforma, en materia de justicia, en 1928. Una de las bondades de este texto es la información cuantitativa de la cantidad y distribución geográfica de juzgados de distrito y tribunales del circuito que tuvimos en ese periodo, además de un análisis puntual de algunos ejemplos de la práctica forense entre 1920 y 1921, referidos a algunos levantamientos armados de la época. Hasta aquí la sección histórica.

En otro orden de ideas, la sección *Doctrina Constitucional* está conformada por cinco trabajos que abordan distintos problemas relacionados con la interpretación constitucional, el diseño constitucional y algunos derechos sociales. Los primeros artículos tratan, desde distintos enfoques, sobre interpretación constitucional. En el primero de ellos, Manuel Atienza aborda el siempre controvertido tema de la ponderación. El autor explora, en primer lugar, algunas de las discusiones vecinas (o próximas) de la ponderación: a) la aparente oposición entre reglas y principios; y b) el llamado "neoconstitucionalismo". Con ello, despeja varios malentendidos acerca de estos tópicos, especialmente por lo que se refiere a etiquetas y clasificaciones muchas veces injustificadas, y a las cargas ideológicas que suelen acompañar este tipo de discusiones. En segundo lugar, el profesor Atienza plantea una serie de cuestiones –que podrían considerarse

como el sentido común jurídico en la materia– a partir de las cuales podría abordarse con seriedad el tema de la ponderación. Se trata de tres grupos de preguntas: 1) ¿en qué consiste la ponderación?, ¿cuáles son sus características en cuanto tipo de razonamiento específico? y ¿de qué manera se diferencia de la subsunción?; 2) ¿cuándo hay que ponderar?, ¿está justificado hacerlo?, ¿puede evitarse?; y 3) ¿es la ponderación un procedimiento racional?, ¿en qué consiste esa racionalidad?

El segundo trabajo relacionado con la interpretación constitucional es de Esteban Restrepo Saldarriaga. En su análisis, el autor parte de la idea de cómo el constitucionalismo trasnacional ofrece a las Cortes constitucionales domésticas una buena cantidad de doctrinas, conceptos e ideas que poder utilizar –y de hecho utilizan– para enriquecer su argumentación de cara a la solución de conflictos. Luego reflexiona, de la mano de autores que han explorado el tema, sobre si se trata de "trasplantes", "préstamos" o "traducciones". Para ello, analiza una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, que hoy en día puede considerarse como una doctrina: los casos de discriminación racial y acción afirmativa. Con el ejercicio muestra que esta Corte ha rechazado y, al mismo tiempo, utilizado la doctrina estadounidense del test de igualdad, con lo cual ha logrado una auténtica "traducción" en la que no sólo se hacen trasplantes sino que se combinan las herramientas extranjeras con el contexto y la idiosincrasia de Colombia.

A continuación, la *Revista* presenta otro par de artículos que abordan problemáticas que guardan cierta relación entre sí: el primero de Roberto Gargarella, sobre interpretación constitucional y diálogo democrático; y el segundo, de Micaela Alterio, sobre diseño constitucional; concretamente, sobre rigidez y supremacía constitucionales. Gargarella plantea como contrapuestas dos de las más conocidas concepciones de la interpretación constitucional: el originalismo (tanto el tradicional como el nuevo) y el constitucionalismo vivo (en el que destaca la concepción de R. Dworkin). Para mostrar la oposición que, a su juicio, existe

entre ellas, presenta algunas críticas que los partidarios de una y otra perspectiva han esgrimido para atacarse mutuamente, con lo cual, el lector puede advertir lo complejo que resulta defender cualquiera de esas concepciones. La alternativa de Gargarella es apostar por el diálogo democrático en una comunidad de iguales en el que la democracia deliberativa, que incluye a todos en condiciones de igualdad, sería la clave para resolver los problemas interpretativos que surgen al resolver conflictos sociales. Esa alternativa se presenta como una superación del elitismo judicial en el que los intérpretes profesionales realmente no entienden cuál es su papel porque, a juicio del autor, se han adueñado de algo que siempre perteneció al pueblo. Por su parte, Micaela Alterio establece una relación de medio (rigidez constitucional) a fin (supremacía constitucional). Para ello, hace un análisis de la teoría de la rigidez y da cuenta hasta de siete grados que van desde la petrificación constitucional hasta la flexibilidad casi absoluta. A juicio de la autora, sin embargo, el grado de rigidez que un determinado modelo pueda alcanzar no es suficiente para garantizar la supremacía, sino que también es necesario contar con cierto grado de adhesión de la comunidad política. Una vez aclarado lo anterior, Alterio analiza el caso mexicano y lo categoriza en el cuarto nivel (la rigidez se logra con el consentimiento de mayorías cualificadas para la reforma) y asevera que nuestras "reglas de juego" no alcanzan a regir el funcionamiento democrático, con lo cual se pierde la base para considerar como suprema a la Constitución. De este modo, considera que solamente se puede aspirar a la constitucionalización si se modifican esas reglas (artículo 135 constitucional) mediante la adopción de "cláusulas de enfriamiento" orgánicas (reformas translegislativas más un referéndum), o bien mediante la convocatoria a una asamblea constituyente.

Cerramos esta sección dando un giro temático hacia los derechos sociales, para lo cual presentamos un artículo de Rodrigo Meneses Reyes y José Antonio Caballero Juárez, en el que abordan el derecho a trabajar en la calle. Los autores analizan jurisprudencia de la India, Colombia y México y comparan cómo las

cortes constitucionales de esos países han venido respondiendo a los problemas derivados de la conformación judicial y el ejercicio efectivo de ese derecho.

Para abrir la sección *La Constitución en Acción*, Daniela Salazar Marín presenta un trabajo sobre la protección jurídica de los refugiados en Ecuador. Se trata de un análisis triple: por un lado, revisa la regulación nacional e internacional en la materia; posteriormente, analiza el Decreto 1182, de 19 de junio de 2012, mediante el cual se restringieron notoriamente los derechos de los refugiados y solicitantes de refugio en ese país; y finalmente, evalúa los argumentos contenidos en la acción de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional en contra de ese decreto. En cuanto al decreto, la autora llama la atención sobre las siguientes restricciones de derechos: limitación de la definición de refugiado, reducción del plazo, restricciones ilegítimas al derecho a solicitar asilo, ampliación de causales con las que puede terminar el refugio, establecimiento de plazos brevísimos para la impugnación e incumplimiento del principio de reserva de ley. Por lo que hace a la acción de inconstitucionalidad, la autora muestra cómo la Corte prácticamente convalidó las anteriores restricciones e, incluso, agravó algunas. Las únicas ventajas del fallo fueron la ampliación de la definición de refugiado y de los plazos de impugnación.

El segundo trabajo de esta sección corre a cargo de Rodrigo Camarena González, quien aborda uno de los casos más controvertidos de los últimos años en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: la contradicción de tesis 299/2013. En esta unificación de criterios, la Corte discutió sobre la posibilidad de que un Tribunal Colegiado de Circuito pudiera desconocer una tesis de jurisprudencia emitida por la Corte con carácter obligatorio debido a que violaba derechos humanos. La Corte resolvió que tal situación no era jurídicamente admisible. El autor examina la resolución a través de la derrotabilidad argumentativa de las normas adscritas y el argumento teleológico, y llega a la conclusión de que el precedente constitucional es obligatorio, pero solamente *prima facie*,

ya que, como cualquier otra entidad normativa, es susceptible de ser razonablemente derrotado.

El tercer artículo de esta sección práctica fue elaborado por Estefanía Vela y trata sobre el expediente SUP-JDC-1080/2013 y sus acumulados resueltos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en 2013. Lo que la Sala revisó fue un acuerdo del Instituto Nacional Electoral, mediante el cual el Servicio Profesional Electoral organizó un concurso sólo para mujeres. La Sala aplicó el consabido test de proporcionalidad y determinó que la medida resultaba constitucional. La autora aprovecha este caso para dar cuenta de lo que significa realmente argumentar con perspectiva de género y, aunque está de acuerdo con la sentencia, no deja pasar la oportunidad para señalar algunas deficiencias y cuentas pendientes que rebasan a la judicatura y nos involucran a todos como sociedad.

Así, llegamos a la última sección de *Reseñas*. En esta ocasión, presentamos la reseña que Gabino González Santos hace de *Jueces sin Estado*, del colombiano Mauricio García Villegas; un estupendo libro a cuyo contenido nos invita el reseñista de manera elocuente.

Esperamos que nuestros lectores continúen interesados en nuestro trabajo editorial. Esta revista nació con la convicción de crecer y lo estamos logrando gracias a los autores y, desde luego, al público lector.

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

Presentación

Cuando presenté el primer número de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, auguré que esta publicación se consolidaría poco a poco como referente en materia constitucional en nuestro país. Hoy, a poco más de dos años, este cuarto número confirma mi pronóstico, ya que son muchos los autores nacionales y extranjeros que quieren publicar con nosotros, lo cual es un orgullo para esta Suprema Corte.

Este número en particular se elaboró pensando en el centenario de nuestra Constitución Política, como no podía haber sido de otro modo en este 2017. Siempre he considerado que no hay mejor homenaje que el trabajo y el análisis. Por eso, pensar y repensar las formas en las que la Constitución se interpreta y se aplica es para nosotros un auténtico privilegio.

Para quienes nos corresponde trabajar cada día con ella, es siempre un beneplácito leer –aunque no siempre estemos de acuerdo– los análisis de los académicos porque, con sus puntos de vista, nos permiten reflexionar sobre nuestro

quehacer y hacen que volvamos a enfrentarnos con el significado profundo de la Constitución.

¿Qué supone que un Estado tenga un Constitución tan longeva? A mi juicio, es señal de estabilidad política y jurídica. Política, porque los mexicanos hemos apostado más por la reforma constitucional que por la sustitución completa del texto, como lo han hecho en otros países de la región (piénsese, por ejemplo, en Ecuador); y jurídica, porque hemos apostado más por la interpretación constitucional y la creación jurisprudencial para aterrizar sus contenidos a los casos concretos y acaso contribuir con la creación judicial del Derecho, en esa suerte de novela en cadena a la que se refería R. Dworkin.

En efecto, nuestra Carta Magna tiene alrededor de 700 reformas en 100 años, pero es cinco veces más longeva que las de otros países de la región, por lo que podemos afirmar que, en realidad, no es una de las más reformadas, como suele decirse.

Nuestro orden constitucional se ha mantenido pese a todo. Los poderes públicos se han regido bajo sus normas y se han ceñido a los cauces competenciales prescritos por ese orden. A la Suprema Corte le ha correspondido resolver los conflictos que han surgido con relación a la regularidad constitucional tanto de competencias como de derechos, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994. Ese es nuestro deber y lo seguiremos cumpliendo como hasta ahora.

Con todo, los Ministros y Ministras estamos abiertos al diálogo que se genera en el foro y en la academia. Muestra de ello es que promovemos gustosos este tipo de iniciativas académicas y de investigación, a las que invitamos a propios y extraños. Espero que la Revista siga su curso y los amables lectores sigan favoreciéndonos con su aquiescencia.

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

La Constitución de 1917 y el Poder Judicial de la Federación

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL, 1917-1934

THE JUDICIAL INTERPRETATION OF CONSTITUTIONAL ARTICLE 123, 1917-1934

William J. Suarez-Potts*

Resumen

Este trabajo aborda la interpretación del artículo 123 constitucional entre 1917 y 1934, por parte de la Suprema Corte de Justicia de México. Delinea la trayectoria de la jurisprudencia y las decisiones revisadas por la Corte, relacionadas en su mayoría a juicios de amparo. El artículo considera sentencias publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, además de referir a las Versiones Taquigráficas de las conferencias públicas de la Corte. En última instancia, sugiere varias razones para las diversas interpretaciones de la Corte de dicho artículo constitucional en este periodo posrevolucionario.

Palabras clave: Artículo 123, Constitución de 1917, Suprema Corte de Justicia, Jurisprudencia, Junta de Conciliación y Arbitraje.

* William J. Suarez-Potts, J.D., Ph.D., Profesor Asociado, Kenyon College, EE. UU.; suarezpottsw@kenyon.edu.

Abstract

This chapter considers the interpretation of Article 123 of the Constitution of 1917, between 1917 and 1934, by Mexico's Supreme Court. It outlines the trajectory of the Court's case law and decisions, the majority involving *amparo* lawsuits that the Court reviewed. The article considers decisions published in the *Semanario Judicial de la Federación*, as well as referencing the transcripts (Versiones Taquigráficas) of the public conferences of the Supreme Court. Ultimately, it suggests several reasons for the Court's varying interpretations of said constitutional provision in this post-revolutionary period.

Keywords: Article 123, Constitution of 1917, Supreme Court, Case Law, Board of Conciliation and Arbitration.

1. Introducción

Entre 1917 y 1931, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba involucrada notablemente en el desarrollo del derecho del trabajo y la política laboral del país. En general, desempeñó esta tarea por medio de sus decisiones en los juicios de amparo que revisó. Las resoluciones publicadas de estos casos en el *Semanario Judicial de la Federación* formaron una jurisprudencia además de articular varias doctrinas las cuales, en conjunto, contribuyeron a la conformación de un nuevo derecho social, o sea, el derecho del trabajo. Pero el papel de la Suprema Corte en esta conformación del nuevo derecho a partir de la Constitución de 1917 fue indirecto y complejo. La versión original del artículo 123 constitucional dirige a las legislaturas de los estados a expedir las leyes de trabajo, mientras el mismo artículo indica que las juntas de conciliación deberían dirimir todos los conflictos entre el capital y trabajo.[1] La implicación de estos

[1] El texto original del artículo 123 empieza con las siguientes palabras: "El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo…" *V*éase MARVÁN LABORDE,

mandamientos constitucionales era que, en primer término, las nuevas leyes de trabajo serían hechas –creadas y aplicadas– por dichas entidades estatales. Sin embargo, los individuos inconformes con este incipiente e inconcluso ordenamiento del derecho laboral recurrieron a los tribunales federales a partir de 1917, solicitando amparos y autos de suspensión cuando les perjudicaba la aplicación del nuevo derecho por parte de las entidades estatales, en la mayoría de los casos, las juntas de conciliación y arbitraje.

Por ello, a los Ministros de la Suprema Corte les ha tocado últimamente la responsabilidad de evaluar los reclamos en los múltiples juicios de amparo contra las decisiones de los nuevos foros laborales, en conformidad con las leyes de amparo y la Constitución federal. En vista de los elementos del procedimiento del juicio de amparo, fue un caso atípico cuando la Corte encontró la necesidad de interpretar el sustantivo de uno u otro de los preceptos afirmados en el artículo 123 constitucional, por ejemplo, en el derecho de la huelga. Más bien, la Corte tuvo que considerar si una autoridad pública había violado uno de los derechos constitucionales del demandante, normalmente los garantizados en los artículos 14 y 16, para merecer el amparo. En términos procesales y prácticos, esto significaba una evaluación, por parte de la Corte, acerca de si una Junta de Conciliación y Arbitraje había perjudicado ilegítimamente, es decir, sin una base legal, los derechos de un recurrente al juicio de amparo. Para los recurrentes al juicio de amparo y sus abogados letrados, en la mayoría de los casos, el argumento fundamental inicialmente fue el de impugnar a la autoridad de las entidades estatales. Finalmente, con el cambio de la jurisprudencia de la Suprema Corte, los argumentos evolucionaron, pero aún con el viraje de la jurisprudencia, la mayoría de los litigios constitucionales continuó siendo relacionada a la naturaleza de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, mientras éstas siguieron siendo constituidas como las entidades responsables de la aplicación del derecho

Ignacio (ed.), *Nueva Edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, t. III, p. 2498. El texto constitucional relevante a las juntas está citado en la nota núm. 4.

obrero o industrial. De este modo, la mayoría de las decisiones de la Suprema Corte en el periodo posrevolucionario tuvo una postura de limitar o acotar la discreción o poder de los nuevos foros laborales, es decir, una postura calificativa, mientras éstos y sus legislaturas estatales correspondientes estaban en la situación de crear o conformar en un sentido positivo el nuevo derecho.

Este ensayo revisa cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el artículo 123, entre 1917 y 1934, en sus sentencias de amparo. Claramente, este periodo fue uno extraordinario por el establecimiento de la nueva Constitución con sus provisiones del derecho social, y por la complicada política de reconstituir el Estado y el orden social después de la guerra civil revolucionaria. Pero también fueron años extraordinarios por el hecho de que la Suprema Corte funcionó en una manera más autónoma del poder ejecutivo que en los años previos a la Constitución de 1917, o quizás después de la reforma constitucional de 1934. Por lo tanto, el contexto histórico-legal es sumamente interesante: por un lado un poder judicial con la potencia de independizarse al poder presidencial, el cual era relativamente débil –pero al mismo tiempo enfrentando, tanto como el Estado en general, una situación en flujo en la cual los movimientos sociales avanzaban, a veces, y la política se acercaba a confrontaciones violentas entre caudillos o caciques apoyados por sus bases sociales. No pudo haber sido nada fácil ser un Juez civil en aquél entonces.

El ensayo está basado detenidamente en lecturas específicas de las sentencias publicadas en el *Seminario Judicial de la Nación* entre 1917 y 1931, en torno a la interpretación del artículo 123 constitucional hecha por la Suprema Corte.[2] También revisa casos citados en la colección de Alfonso Lastra y Villar, para

[2] Véase, SUAREZ-POTTS, William, *The Making of Law: The Supreme Court and Labor Legislation in Mexico, 1875-1931*, Stanford University Press, Stanford, 2012, capítulos 6 y 7, en los que este ensayo está basado en parte.

complementar esta base con ejecutorias que datan desde 1931 a 1934.[3] La interpretación de la Suprema Corte del artículo 123, en este periodo de 17 años, puede dividirse en tres fases y cada apartado del ensayo se enfoca en una de estas fases. La primera corre de 1917 a 1924, la segunda, de 1924 hasta 1931, cuando el Gobierno Federal finalmente promulgó una ley comprensiva para reglamentar el artículo constitucional; y la tercera, o sea, la conclusión, comenta del significado de la jurisprudencia de los años previos hasta 1934, cuando unas reformas constitucionales efectivamente subordinaron el Poder judicial federal al Poder ejecutivo.

2. Las interpretaciones de la Suprema Corte de las fracciones XX y XXI del artículo 123 constitucional, 1917-1924

Poco después de que fuera restablecido el artículo 123, la Suprema Corte empezó a interpretar las fracciones XX y XXI, en cuanto a las características de los fallos de las juntas de conciliación y arbitraje y, por ende, la naturaleza de dichas juntas. Como ya se mencionó, el artículo 123 estableció que los conflictos entre el capital y trabajo deberían ser dirimidos por juntas de conciliación y arbitraje; creando, en pocas palabras, la oportunidad –si no la necesidad– de que estas nuevas instituciones, sin ser tribunales formales, resolvieran todo tipo de conflicto entre patrón y trabajador. Así lo expone el texto de las dos fracciones relevantes del dicho artículo:

> XX. Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a las decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno.

[3] LASTRA Y VILLAR, Alfonso, *Las leyes del trabajo de la República Mexicana interpretadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, s.p., México, s.f., [1936].

> XXI. Si el patrono negare a someter sus diferencias al Arbitraje o a aceptar el laudo, pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo.[4]

Hay dos puntos de este texto que son evidentes. Primero, el Congreso Constituyente indicó que debería ser un nuevo órgano, la Junta de Conciliación y Arbitraje, y no los tribunales civiles, la cual resolvería las disputas entre trabajadores y empleadores.[5] Segundo, y relacionado al primer punto, estas nuevas agencias serían compuestas de representantes sectoriales, de obreros y patrones, no necesariamente de Jueces letrados. Los propios constituyentes insistieron en sus debates que las nuevas juntas deberían ser distintas a los tribunales civiles, aun cuando había una falta de acuerdo entre ellos sobre las características que deberían tener.[6] Más ambiguo es lo que se puede deducir de la fracción XXI. ¿Serían obligatorios para los partidos de un caso los laudos de las Juntas? Por un lado, el partido que negara aceptar el laudo, si fuese el patrón, sufriría una penalidad equivalente a tres meses de salario del otro partido, el trabajador, más "la responsabilidad que le resulte del conflicto". Esto era semejante a la consecuencia de ignorar la decisión de un tribunal civil, sin ser igual. Por otro lado, la sanción estipulada no era simétrica: el obrero simplemente se quedaría sin

[4] Artículo 123, Fracciones XX y XXI, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, reimpreso en TENA RAMÍREZ, Felipe (ed.), *Leyes fundamentales de México, 1808-2005*, 24a. ed., Editorial Porrúa, México, 2005.

[5] Hay una historiografía extensa sobre la expedición del artículo 123 constitucional y la postura de los diputados constituyentes alrededor de la conformación de los nuevos foros laborales. Véase, por ejemplo, MARVÁN LABORDE, *Nueva Edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente*, *op. cit.*, 3 tomos; ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., INEHRM, México, 1959; ULLOA, Berta, *La Constitución de 1917*, vol. 6 de GONZÁLEZ, Luis (coord.), *Historia de la Revolución Mexicana, 1914-1917*, El Colegio de México, México, 1983; SUAREZ-POTTS, William, "El derecho de trabajo y la revolución de 1910", en ROJAS, Laura y DEEDS, Susan (coords.), *México a la luz de sus revoluciones*, Tomo 2, El Colegio de México, México, 2014.

[6] Véase, por ejemplo, la intervención clave de José Natividad Macías el 28 de diciembre de 1916, en MARVÁN LABORDE, *Nueva Edición del Diario de Debates*, *op. cit.*, t. 1, p. 474; compara ésta con la de Héctor Victoria del 26 de diciembre, *Ibidem*, p. 398.

su empleo. En el escueto marco del texto constitucional, la pregunta del efecto de un fallo de la Junta quedaba pendiente. ¿Debería tener la obligatoriedad de la ley o tendría un efecto más limitado como una resolución de avenencia o conciliación? Los Ministros del Máximo tribunal de la Nación en sus ejecutorias al final interpretaron en ambos sentidos el texto constitucional de estas fracciones.

En 1917 y 1918 la Suprema Corte asumió una postura interpretativa de las fracciones XX y XXI que acotaba a las operaciones de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.[7] En los primeros casos que revisó, juicios de amparo promovidos contra los fallos de las Juntas Laborales del Estado de Yucatán, la Corte los anuló, en efecto.[8] En el amparo J. Crasseman Sucesores, los Ministros adoptaron los argumentos del Juez de Distrito: primero, la relación de empleo no era una contemplada por el artículo 123 constitucional; segundo, el objeto de las Juntas era conciliar las partes para que llegaran a un avenimiento, no imponer condiciones a una de las partes, como lo hizo la Junta en este caso contra el patrón quejoso; y, tercero, la fracción XXI no obligaba a las partes a acatar a un laudo.[9] En el amparo de Guillermo Cabrera, la Corte elaboró sus considerados. Las Juntas solamente podrían conocer de contratos de empleo todavía vigente; el tipo de conflictos para el que eran competentes era limitado y restringido a los fines sociales que las Juntas deberían servir. Y la Corte declaró que las Juntas no tenían, como los tribunales, la competencia de decidir casos, insistiendo que si sus fallos tuvieran el carácter de ejecutoria, sería concediendo a éstas un poder

[7] Véase, FIX ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en materia de trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931", en FIX ZAMUDIO, Héctor, "Ensayos sobre el derecho de amparo", 3a. ed., Editorial Porrúa y UNAM, México, 2003.

[8] Véase, J. CRASSEMAN SUCESORES, S. en C., 2 de noviembre de 1917, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 1, p. 773; CABRERA, Guillermo, 8 de marzo de 1918, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 2, p. 772; y FUENTES VARGAS, Francisco, 13 de marzo de 1918, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 2, p. 807.

[9] J. CRASEMAN SUCESORES, *op. cit.*, p. 775.

judicial que la Constitución jamás estableció.[10] La Corte, en un tercer caso surgido de Yucatán, *Fuentes Vargas*, concedió el amparo por razones similares: la junta, en el marco del artículo 123 y las fracciones XX y XXI, sólo podía considerar conflictos laborales existentes.

Estos criterios tentativos fueron confirmados en el amparo de Lane Rincón Mines, Inc., pronunciado en agosto de 1918. En este juicio, un empleado de una compañía minera había recurrido a la Junta de Conciliación y Arbitraje del Estado de México por salarios no pagados entre 1914 y 1916. La Junta falló contra la compañía, y el gobernador del Estado intentó hacerla cumplir con el laudo. La compañía disputó la competencia de ambas autoridades, y solicitó el amparo en el Juzgado de distrito, el cual lo negó, con la recomendación del ministerio público.[11] En su sentencia, concediendo el amparo a la compañía, la Corte elaboró su razonamiento en detalle. En su considerado más importante, declaró que a las Juntas laborales les faltaban el imperio de la ley:

> La Junta de Conciliación y Arbitraje del Estado de México, no está establecida, para aplicar la ley en cada caso concreto, y obligar al condenado someterse a sus disposiciones, ni tiene facultad de aplicar la ley para dirimir conflictos de derecho ni para obligar las partes a someterse a sus determinaciones. Por tanto carece de imperio y no es un tribunal: es solamente una institución de derecho público, que tiene por objeto evitar los grandes trastornos que, al orden y a la paz pública, a la riqueza pública, a la organización de la industria y a la organización del trabajo, les resultan de los movimientos bruscos de suspensión de este…Esto es lo que la Constitución ha querido decir, al establecer que las Juntas de Conciliación y Arbitraje dirimieran los conflictos que surgieran entre el capital y el trabajo…Cuando la función de conciliación ha fracasado, las Juntas buscarán las bases que se consideren más sólidas, para que el conflicto se dirima. Siendo ésta la función de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, no puede imponerse de una manera obligatoria a los patronos ni a los obreros porque

[10] CABRERA, *op. cit.*, pp. 776-777.

[11] LANE RINCÓN MINES INCORPORATED, 23 de agosto de 1918, *Semanario Judicial de la Federación,* 5a. época, t. 3 p. 552.

> resultaría que la voluntad de las partes contratantes quedaría eliminada. Por lo que, la determinación de la Junta del Estado de México, no pudo haberse ejecutado ni pretendido ejecutar, de manera obligatoria, por el Gobernador del Estado, y cabe, por este capítulo, la concesión del amparo que se solicita.[12]

La Corte también confirmó que las juntas solamente podían revisar conflictos laborales, no cualquier diferencia dimanada de un contrato de empleo, añadiendo que deberían ser conflictos aún activos, no terminados, según el lenguaje del texto:

> Con arreglo al artículo ciento veintitrés, fracción veinte, de la Constitución Federal, las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje…lo que supone un conflicto de trabajo, en que la dificultad surge por la negativa de una de las partes contratantes, que no cumple con sus compromisos; sin que la disposición legal referida pueda extenderse a otro género de demandas que atañen a las diferencias dimanadas de un contrato, las cuales deben dirimirse ante los tribunales ordinarios, no ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

La Corte continuó, con su interpretación restringida de la fracción XXI:

> La interpretación establecida, se corrobora con lo preceptuado en la fracción vigésima primera del mismo artículo ciento veintitrés, la cual declara que, si el patrono se niega a someter sus diferencias al arbitraje, o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo, y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Y si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo; lo que de una manera clara y terminante revela el pensamiento del legislador, que no fue otro, que el que las mencionadas Juntas mediasen en los conflictos que ocurran sobre cumplimiento de un contrato de trabajo, en ejecución, como ocurre en los casos de huelgas, paros de trabajo y otros medios de represalias usados, tanto por los patronos como por los obreros, a que aluden las fracciones 14 y 19 del

[12] *Ibidem*, pp. 558-59.

> artículo 123 de la Constitución, que quiso, en esos casos, que ordinariamente trascienden al orden de la sociedad y al desarrollo y prosperidad o ruina de las industrias, proporcionar a los interesados un medio pronto y eficaz de remediar a sus dificultades.[13]

Como el amparo concedido en Lane Rincón protegió a la compañía contra el laudo en general, la Corte no tuvo que resolver la cuestión de cómo o cuándo un patrón estaría obligado a indemnizar a su trabajador con tres meses de salario, más la responsabilidad que le resultara, pese a que citó este lenguaje en su resolución.

Las tesis en la sentencia de Lane Rincón Mines formaría parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte en los años siguientes. No obstante, en algunos estados, las Juntas laborales siguieron emitiendo laudos ostensiblemente ejecutorios, mientras los partidos siguieron sometiendo demandas de amparo con el Poder federal para contrarrestar dichos laudos y otras actividades de estas entidades administrativas. Por ello, la Corte continuó pronunciando sentencias relativas a la aplicación e interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123, conforme a los criterios de Lane Rincón. Por lo menos en un caso, *Francisco O. Martínez*, pronunciado en febrero 1919, el Máximo tribunal aceptó incluso el argumento de que la actividad judicial del Tribunal de Arbitraje de Yucatán contravenía al artículo 13 constitucional: "La sentencia pronunciada por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje…es violatoria del artículo trece de la Constitución…porque esa Junta constituye un verdadero tribunal especial, cuando se erija un Juez sentenciador para resolver sobre una contienda netamente civil".[14]

La Corte, sin embargo, en los años 1921 y 1922, empezó a modificar su interpretación de las fracciones XX y XXI, revaluando los criterios postulados en Lane

[13] *Ibídem*, pp. 559-560.

[14] MARTÍNEZ, Francisco O., 3 de febrero de 1919, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 4, p. 337, pp. 341-342.

Rincón Mines, sin variar la jurisprudencia explícitamente. Dos casos, entre otros, son paradigmáticos en este sentido.[15] En el primero, La Blanca y Anexas, S. A., pronunciado en junio de 1921, la empresa argumentó que la Junta había violado sus garantías en relación a los artículos 13, 14 y 16.[16] El agente del ministerio público recomendó concederle el amparo, argumentando que la fracción XX limitaba a las juntas a conocer sólo a los conflictos colectivos. Pero el Juez de distrito denegó los argumentos de la empresa –tanto como la Suprema Corte, la cual interpretó el artículo 123, ahora más ampliamente:

> Indudablemente que la función de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, no debe quedar limitada…a decidir de los conflictos entre el empresario y los trabajadores, considerados éstos colectivamente, pues la fracción XXI…con toda claridad previene que, para el caso de que el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje, o a aceptar la decisión de la Junta, se dará por terminado el trabajo y quedará obligado, además, a indemnizar al obrero con el importe de 3 meses de salario; lo que quiere decir que aun tratándose de un sólo obrero, puede tener intervención la Junta de Conciliación y Arbitraje.[17]

En cuanto a las supuesta violación del artículo 13, la Corte calificó la tesis previa:

> Ya esta Suprema Corte, en diversas ejecutorias, ha resuelto que dichas Juntas no son tribunales, por que carecen de imperio, supuesto que, de acuerdo con la fracción XXI del mencionado artículo 123, pueden negarse tanto los obreros como los patronos a someter sus diferencias a las Juntas de Conciliación, o pueden también no aceptar el laudo que las misma pronuncien…

[15] Véase "La naturaleza de tribunales de las juntas de conciliación y arbitraje y el derecho laboral", en CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del presidente Obregón (1920-1924)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1996, pp. 87-90.

[16] LA BLANCA Y ANEXAS, S. A., 11 de junio de 1921, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 8, p. 1015.

[17] *Ibídem*, p. 1018.

> En resumen, si las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales, y si el laudo de que se ha hecho mérito está arreglado a las fracciones XX y XXII del repetido artículo 123, el acto que se reclama, o sea, el laudo que dictó la Junta, está fundado y motivado, y no puede violar las garantías individuales que se contienen en los artículos 13, 14 y 16.[18]

El segundo caso ilustrativo es la revisión del amparo administrativo de Las Dos Estrellas, S. A. (29 junio de 1922).[19] El amparo solicitado por la compañía fue negado, y la Corte –afirmando los criterios dados en la sentencia de La Blanca– apuntó que el fallo de la Junta de Conciliación y Arbitraje de Michoacán "constituy[ó] solamente una constancia de que la Compañía quejosa se negó a someterse al arbitraje, y p[odría] servir de fundamento a los interesados, para demandar ante los tribunales la indemnización que la Carta Magna establece". Este caso, donde el gobierno de Michoacán promulgó un Código de trabajo, reglamentó a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, dirigiendo a dichas entidades a conocer de todos los conflictos laborales, pero a su vez delegando la ejecución de un laudo a los tribunales civiles. La Corte aceptó este andamiaje legal e institucional, en tanto que era aún congruente con los términos de la jurisprudencia de Lane Rincón Mines. Realmente el reto para los Ministros era que la junta había reconocido la queja de cuatro trabajadores despedidos. Denegar el amparo era equivalente a conceder que una junta sí podía conocer de un contrato de trabajo cumplido. Aparentemente, los Ministros reconocieron que este dilema, implícito en su criterio sobre la limitación del conocimiento de las juntas a la resolución de conflictos en curso, era difícil de sostener en vista de que la fracción XXII del mismo artículo establecía una compensación para un trabajador despedido injustamente. En fin, la Corte cohonestó el dilema con la ficción de que bajo la Ley estatal, los contratos aún habían estado vigentes. Sin embargo, la Corte estaba accediendo a un alcance más amplio para las juntas, en este caso

[18] *Ibídem*, 1019-20.
[19] LAS DOS ESTRELLAS, S.A., 29 de junio de 1922, *Semanario Judicial*, 5a. época, t. 11, p. 794.

hasta admitiendo el fallo, solamente parándose, como siempre, en el punto de que la junta estaba incapacitada para ejecutarlo por sí misma. El Ministro Alberto González escribió un voto particular concurrente con la decisión de la mayoría de sus colegas, en el que recalcaba la necesidad de admitir que los fallos de las Juntas laborales deberían ser obligatorios, descartando contundentemente el argumento de que el artículo 13 constitucional prohibía esto. Si bien, el Ministro González desde que asumió su puesto en el Alto Tribunal había interpretado las fracciones del artículo 123 en una manera simpatizante a la clase obrera, también sus votos particulares anticipaban la tendencia en las doctrinas judiciales.

El cambio radical en la interpretación de las referidas fracciones del artículo 123 y en la jurisprudencia ocurrió al principio de 1924. Se manifiesta explícitamente en el amparo de "La Corona" Cía., Mexicana Holandesa, S. A., pronunciado el 1 febrero de 1924, aunque la semana previa la Suprema Corte ya había confirmando una sentencia negando un amparo contra la Junta Central de Conciliación y Arbitraje de Veracruz, solicitado por un empleado; en efecto, la Corte había reconocido el imperio de la decisión de la junta en esa decisión.[20] Sin embargo, fue en el amparo de "La Corona" cuando la Corte formuló detalladamente su reinterpretación de las fracciones XX y XXI, para concluir entonces que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en vista del texto de la Constitución y por razones prácticas y reales, sí tenían el imperio necesario como tribunales de justicia para determinar y hacer que se cumplieran sus laudos.[21]

El quejoso, la compañía petrolera, había solicitado un amparo del Juez de distrito de Veracruz contra la Junta Central del estado y contra el Presidente municipal de Pueblo Viejo, porque la junta bajo la ley laboral encontró responsable a la compañía por las heridas de un trabajador accidentado en su empleo. El argumento principal de "La Corona" era, como en otros juicios semejantes, que la

[20] DÍAZ ORDAZ, Carlos, 24 de enero de 1924, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 14, p. 365.
[21] "LA CORONA", CIA. MEXICANA HOLANDESA, S. A., 1 de febrero de 1924, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 14, p. 492.

Junta, por fallar contra ella, arrogó el papel de un tribunal especial, en violación de los artículos constitucionales 13, 14 y 16. El Juez de distrito concedió el amparo, el 13 de diciembre de 1922, por la violación del artículo 13.

En su revisión del amparo, la Suprema Corte contradijo este punto de manera inequívoca: "Nada más erróneo que este concepto, porque las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales especiales…"[22] En su conferencia pública el 1o. de febrero, antes de retirarse a una sesión privada y confidencial, los Ministros discutieron el caso. La cuestión dispositiva tenía que ser si les faltaban imperio a las Juntas: es decir, que si los fallos de dichos órganos carecían de fuerza obligatoria. El Ministro Ricardo B. Castro abordó este punto directamente:

> Si, pues, el precepto constitucional condena al patrono a indemnizar al obrero con tres meses de salario, ¿qué resultado daría, me pregunto yo…si ésta resolución no tiene fuerza obligatoria, ni hay quien la ejecute, ni existe procedimiento alguno para hacerla efectiva? Resultará que no tendrá ninguna fuerza, ningún valor. En consecuencia, yo estimo y pienso que esta disposición entraña a su vez, no solamente la autoridad que le ha reconocido la Suprema Corte a esas Juntas; sino imperio…[23]

Castro aún tenía que revisar la jurisprudencia actual en cuanto a la interpretación del artículo 123:

> En otras ejecutorias la Corte sí ha declarado, a raíz de la promulgación de nuestra Constitución, en la primera Corte, de 1917 a 1919, que las Juntas de Conciliación carecen de imperio. La verdad, para mí, es muy extraño que aquella Suprema Corte que acababa de brotar de la revolución y que nacía de la Constitución misma casi después de su promulgación y que fue constituida en parte por tres constituyentes, viniera a declarar que las Juntas…no podían, ni debían tener imperio.[24]

[22] LA CORONA, *op. cit.*, p. 498.

[23] Véase, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Versiones Taquigráficas, sesión de 1 de febrero de 1924, "Asunto: Compañía Mexicana Holandesa, 'La Corona', S. A."

[24] *Ibidem.*

Justifica, en fin, la revisión de jurisprudencia con un argumento basado en parte en los motivos presupuestos de los constituyentes, en parte en las consecuencias prácticas de una u otra interpretación:

> En verdad es que si se negaran la autoridad y el imperio a las Juntas…tendríamos que concluir que el Constituyente no hizo nada por evitar los conflictos entre el capital y el trabajo en le República Mexicana; pero parece que ahora la opinión nuestra cambia ya en el sentido de conceder esa autoridad – y por mi parte conceder imperio a esas Juntas…[25]

Sin desafiar directamente a Castro, el Ministro Ernesto Garza Pérez observó que parecía haber una tensión en cómo interpretar las dos fracciones, XX y XXI. La primera fracción dirigía la resolución de los conflictos entre el trabajo y el capital a las juntas de conciliación y arbitraje; la segunda, como la había interpretado la Corte, no contemplaba que los partidos interesados tenían que cumplir con sus laudos. Aunque no intentó conciliar las dos fracciones, el Ministro Manuel Padilla, contestando a Garza Pérez, lo hizo, apuntando que la sanción contemplada en el texto no sólo era para una indemnización de tres meses salariales, sino también para las responsabilidades del caso. La fracción no absolvía a los partidos de acatar el fallo de una junta sino que precisaba las sanciones de no obedecerla. Ningún Ministro quiso desafiar el sentimiento de revisar la interpretación de estas fracciones. La Corte revocó por unanimidad el amparo concedido por el Juez de distrito.

La reacción de industriales y abogados a "La Corona" fue casi inmediata y negativa. La Confederación de Cámaras Industriales, por ejemplo, convocó un concurso alrededor de "Las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123 constitucional".[26] Narciso Bassols, quien

[25] *Ibidem*.

[26] FIX ZAMUDIO, H., "El juicio de amparo en materia de trabajo", *op. cit.*, p. 367.

recibió el premio, criticó al razonamiento de la sentencia, basándose, en parte, en un análisis de los intentos de los constituyentes en establecer las Juntas como foros laborales.[27] A su vez, el Ministro Salvador Urbina disputó las conclusiones de Bassols, en la conferencia pública del asunto de la Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla, S. A., el 21 de agosto de 1924, presentando un análisis fundado más en las condiciones sociales actuales en México y en la importancia de las instituciones del contrato colectivo y el sindicato para el movimiento obrero. Desde luego, aunque sí se discutieron ambas instituciones en los debates del Congreso Constituyente, ninguna está elaborada en el texto del artículo 123 constitucional.[28]

De cualquier manera este caso confirmó la nueva jurisprudencia, con una elaboración de argumentos prácticos, realistas y políticos. La sentencia publicada explica que las juntas realmente tienen "funciones judiciales perfectamente determinadas".[29] La resolución disputa la conceptualización tradicional constitucional-legal de la división de poderes, aceptando que agencias especiales podrían tener funciones judiciales. Porque si no, las Juntas laborales ni cumplirían con los objetivos del artículo 123 ni con las necesidades sociales:

> Se arguye que las Juntas de Conciliación y Arbitraje sólo son de avenencia o de mera conciliación, obran como auxiliares del Poder Ejecutivo; pero esta tesis no está conforme a las prevenciones del artículo ciento veintitrés de la Constitución, en sus fracciones veinte y veintiuna, en que se someten expresamente a las expresadas juntas, los conflictos entre obreros y patronos… La fracción veintiuna debe interpretarse en el sentido

[27] *Cfr.*, DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1949, t. 2, pp. 943-950.

[28] "Asunto Compañía de Tranvías Luz y Fuerza de Puebla contra Actos de la Junta de Conciliación y Arbitraje de Veracruz y Presidente Municipal de Orizaba", 21 de agosto de 1924, en Suprema Corte, Versiones Taquigráficas, *op. cit. Cfr.*, SUAREZ-POTTS, W., *The Making of Law*, *op. cit.*, pp. 173-175.

[29] CIA. de TRANVÍAS, LUZ y FUERZA de PUEBLA, S. A., 21 de agosto de 1924, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 15, p. 508.

> antes indicado, pues de otro modo, las funciones de las juntas de conciliación y arbitraje serían incompletas, si se tiene en cuenta que los obreros tendrían en cada caso, que ocurrir a los tribunales del orden común, para que se les resolviese cualquier diferencia que tuvieren con el patrono… El espíritu de la citada disposición legal, ha sido inspirado con el fin de obviar tramitaciones dilatadas sujetas a numerosos formulismos para no causar una perturbación social, pues de otro modo, las cuestiones obreras, por ser tan múltiples, quedarían dentro de cánones anticuados, sujetas a una resolución tardía que vendría a empeorar y no a mejorar la situación del obrero, que es lo que se ha querido hacer al establecer las juntas…[30]

Este argumento alumbra las consecuencias prácticas de la previa interpretación de las fracciones XX y XXI, mostrando cómo en verdad contravienen a los fines del lenguaje. Un segundo argumento recalca los objetivos imperativos de las instituciones estatales:

> Es indiscutible que las expresadas juntas pueden hacer que se ejecuten sus laudos, desde el momento en que la Constitución les ha dado carácter de autoridades, encargadas de aplicar la ley, con relación a los contratos de trabajo, y les ha conferido la potestad de decidir o declarar el derecho en los casos individuales relacionados con esos contratos, en los cuales actúan como tribunales; por tanto… es indiscutible que tienen la fuerza necesaria para hacer cumplir los laudos o sentencias que dicten, pues de otro modo, sólo vendrían a constituir cuerpos consultivos que no estarían encargados de dirimir las controversias relativas al contrato de trabajo, sino que solamente harían simples declaraciones de derechos, en cuyo caso sus funciones serían estériles y no llenarían su objeto desde el momento en que el fin que se persigue, es la pronta resolución de los asuntos en beneficio de las clases obreras.[31]

Con este razonamiento y la variación de la jurisprudencia, en 1924, las Juntas de Conciliación y Arbitraje se transformaron en tribunales en materia de trabajo.

[30] *Ibidem*, pp. 515-516.
[31] *Ibidem.*

3. La interpretación del artículo 123 de la Suprema Corte, 1925-1931.
Las consecuencias del reconocimiento del imperio de las Juntas laborales

La confirmación de la nueva jurisprudencia, reconociendo el imperio o vinculatoriedad de las decisiones de las Juntas laborales, implicó varias preguntas adicionales o novedosas alrededor de estos tribunales de hecho si no de derecho.[32] En la ausencia de legislación comprensiva y nacional que pudiera reglamentar el artículo 123, la Suprema Corte tuvo que considerar estas cuestiones caso por caso, por la manera que los litigantes disputaban los laudos laborales en los juzgados federales. Esencialmente, lo que estaba en juego en términos legales y constitucionales eran los criterios que deberían gobernar el proceso de tomar decisiones por parte de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en cuanto a sus actividades jurisdiccionales. Era claro que las reglas de los procedimientos civiles no deberían ser los operables, pero entonces, para sostener un sistema casi-judicial, la cuestión sobre cuáles eran los estándares aplicables era una a la que la Corte necesitaba prestar atención. En preceptos generales, como tribunales de conciencia y equidad, las juntas tenían la soberanía para decidir sus casos conforme a la verdad sabida. Sin embargo, a los demandados (con los recursos para retener abogados letrados) no les faltaban el interés para amparar sus derechos procesales constitucionales. Por lo tanto, la Corte tuvo que considerar los límites del juicio del amparo y del auto de suspensión y equilibrarlos con los objetivos ostensibles de las juntas para ejecutar sus laudos con eficacia y rapidez a favor de los obreros, quienes no podían aguantar demoras en la administración de justicia.

[32] Las palabras del Ministro Salvador Urbina en la conferencia pública de la Corte en el asunto de la Cía. de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla, 21 de agosto de 1924.

Por otra parte, la Suprema Corte se preocupó de limitar la administración de la justicia laboral, o sea, la facultad de fallar como un tribunal, a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, como dirigía literalmente el artículo 123. Y cuando las juntas estatales empezaron a tener más peso en la economía y la sociedad después de las decisiones judiciales de 1924, la necesidad de federalizar el derecho de trabajo volvió a ser más imperante. Obviamente el poder judicial no pudo resolver todas estas cuestiones. Todavía el Alto Tribunal no llegaba típicamente a considerar directamente los derechos contenidos en las 30 fracciones del artículo 123. El juicio de amparo limitaba el tipo de caso que decidían los Ministros; y como la mayoría de los amparos en aquel entonces eran promovidos por los empleadores, los reclamos contenidos en dichos amparos seguían invocando a los artículos 14 y 16 en lugar del 123. Por tanto, en algunos casos, los Ministros tuvieron que discutir como se podían conciliar los artículos distintos de la Constitución. Y, a veces, entre los amparos que revisó, la Corte sí consideró varias preguntas en cuanto a la interpretación de los preceptos sustantivos contenido en el artículo 123, inclusive el derecho de huelga.

a. La Orden de Suspensión contra la Junta Central de Conciliación y Arbitraje de Veracruz en el Amparo de El Águila

Un juicio laboral que llamó bastante atención del público en este periodo (1924-1931) fue el de la empresa petrolera El Águila: una revisión de la orden de suspensión contra la Junta Central de Conciliación y Arbitraje de Veracruz, que el juzgado federal de este estado emitió en 1925, la cual la Suprema Corte revocó en la mayoría de sus puntos en enero de 1926.[33] El conflicto entre la empresa y sus trabajadores entrañaba un contrato colectivo que contenía una cláusula de exclusión, un paro de la empresa despidiendo a parte de la fuerza laboral y una huelga. El Águila acertó que el contrato colectivo era anticonstitucional porque

[33] CÍA. MEXICANA "EL ÁGUILA", S. A., 8 de enero de 1926, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 18, p. 37.

la cláusula de exclusión infringía la libertad de trabajo consagrada en el artículo 4o. constitucional, mientras la huelga de un frente de los trabajadores intentó extender al contrato, con su cláusula de extensión, y contrarrestar el despido de los trabajadores. El Águila recurrió a la Junta de Conciliación y Arbitraje, la cual falló contra la compañía. El laudo reconoció la validez del contrato colectivo, a saber, la cláusula de extensión; ordenó compensación a los trabajadores despedidos por el motivo del paro de la compañía y compensación a los huelguistas, además de instruirlos a volver a su empleo entre 15 días. El Águila pidió un amparo y la suspensión del laudo, y ésta fue concedida y apelada a la Corte. El caso, en realidad, era complejo por los varios intereses sociales y políticos que interactuaron: por una parte los de una empresa petrolera, extranjera y poderosa y, por la otra, los de las organizaciones obreras involucradas, incluyendo a la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), en aquel entonces aliada con el presidente Plutarco Elías Calles. Además, estaban presentes los intereses de los poderes locales, sociales y estatales de Veracruz. La Corte reconoció las presiones sindicalistas ejercidas en este caso, pero las cuestiones legales eran sumamente importantes y los Ministros en su conferencia pública discutieron los criterios relevantes para conceder una suspensión a un fallo de la junta laboral, cuando en efecto la suspensión tendría la consecuencia de prolongar una huelga.

El Ministro Jesús Guzmán Vaca, durante su discurso sobre la sentencia en la conferencia, propuso que la Ley reglamentaria del amparo, "no está hecha para la materia obrera". El juicio de amparo estaba creado para proteger las garantías individuales; en contraste, el régimen constitucional distaba del individualismo; y el artículo 123 presentaba la contradicción entre preceptos individualistas y socialistas.[34] Aunque el Ministro favoreció la suspensión contra la orden de compensar a los despedidos por motivo del paro de la compañía, por no ser

[34] Compañía Mexicana de Petróleo, "El Águila", contra Actos de la Junta de Conciliación y Arbitraje de Veracruz y del Presidente Municipal de Minatitlán, 7 de enero de 1926, en Suprema Corte, Versiones Taquigráficas, *op. cit.*

autorizado ni por la Constitución ni la ley veracruzana, sí recomendó revocar la suspensión contra el laudo en cuanto a la compensación a los huelguistas:

> Desde el momento en que la Constitución ha permitido a los obreros el declararse en huelga, están defendiendo un derecho de que pueden hacer uso, y este derecho sería nugatorio si viniesen a perder el derecho al pago de los salarios…pero si la huelga se ha declarado lícita pueden volver al cumplimiento de su trabajo sin que éste se dé por terminado; éste es el alcance que tiene, es el que dan todos los autores en materia obrera. De manera que no hay ninguna regla general para preguntarse de dónde nace la justicia para que cobren sus salarios durante la huelga.[35]

En el segundo día de la conferencia otros Ministros tomaron la palabra, inclusive Garza Pérez, quien enfatizó la importancia del caso porque era el primero en el que la Corte estaba contemplando suspender la resolución de una huelga. Comentó de los múltiples casos en los cuales el Poder judicial sí había emitido una orden de suspensión contra los fallos de las Juntas, apoyando a un sólo trabajador y distinguiendo esos del presente caso, porque aquéllos no implicaban el interés social como éste:

> Así es que por muy numerosos que sean estos precedentes, tampoco constituyen jurisprudencia porque no hay mayoría de siete votos o más como lo requiere la Ley... Yo he votado en esos casos de acuerdo con la mayoría porque tratándose, como se ha tratado en todos ellos, de los intereses de un solo obrero que ha estado en conflicto con la compañía de quien depende, creo que al solicitarse la suspensión y obtenerse ésta no se afecta de manera ostensible la sociedad o el Estado, sino que el afectado es únicamente el obrero que ha sido separado quizá injustificadamente; pero es el único que se afecta, no la sociedad.[36]

Por lo tanto, el caso actual era un precedente sumamente importante pese a que no llegara a ser jurisprudencia:

---

[35] *Ibídem*. Acerca de concediendo la suspensión en cuanto a la orden de pagar los despedidos, la sentencia dijo: "es procedente conceder la suspensión…tanto porque la sociedad está interesada, no en que se observen los laudos, sino que se respeten las leyes…" Cía. Mexicana "El Águila", S. A., *Semanario Judicial de la Federación*, *op. cit.*, pp. 41-42.

[36] "El Águila", 8 de enero de 1926, en Suprema Corte, Versiones Taquigráficas, *op. cit.*

> En consecuencia, yo creo que es muy distinto el caso que ahora tratamos de los anteriores y que no se pueden comparar con él; es un caso enteramente nuevo, y la resolución que pronuncie la Corte tendrá que sentar un precedente que naturalmente será recibido con atención por la Nación entera; pero principalmente por los interesados en esta clase de conflictos y por los jueces de distrito, quienes tendrán que tomar en cuenta la resolución que pronuncie la Suprema Corte en este caso para que les sirva de norma para fallar ellos, si así lo estiman conveniente, mientras no haya jurisprudencia sobre el particular, en el mismo sentido.[37]

No obstante la atención recibida en este caso, la Suprema Corte no pudo resolver la cuestión de cuándo era apropiado conceder o negar una orden de suspensión. La tendencia de las decisiones era contra conceder las ordenes, pero faltó una jurisprudencia fija y categórica que pudiera señalar la disposición de un caso de antemano. En cuanto al derecho de huelga, es notable que la Corte aceptó los argumentos de "los autores en materia obrera" para permitir que una orden administrativa instruyera la compensación a los huelguistas equivalente a salarios caídos. Así se interpretaron las fracciones XVII, XVIII y XXII, las cuales no detallaban el derecho de compensación, sólo el derecho a huelga. Asimismo, implícitamente, la Corte permitió la inclusión de una cláusula de exclusión en un contrato colectivo, ignorando al argumento patronal de que era una violación de la libertad de trabajo contenida en el artículo 4o constitucional.[38]

b. Los Juicios de Amparo de la Confederación de Comunicaciones y Transportes

Tampoco se pudieron resolver completamente las contradicciones entre la deferencia que, por un lado, las Juntas merecían como órganos administrativos

[37] *Idem*.

[38] *Cfr.*, SUAREZ-POTTS, W., *The Making of Law*, *op. cit.*, pp. 192-195, y los casos citados en estas páginas; BENSUSÁN AREOUS, Graciela, *El modelo mexicano de regulación laboral*, México, UAM-Xochimilco/Fundación Friedrich Ebert/FLACSO/Plaza Valdés, S.A. de C.V., 2000, p. 119.

soberanos en su manera de tomar decisiones; y, por otro lado, el reconocimiento a los derechos constitucionales de las partes en un proceso casi-judicial en frente de las Juntas. La Corte difirió a las Juntas en la mayoría de los casos, conforme a su nueva interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123. Estableció jurisprudencia de que las Juntas eran soberanas para apreciar las pruebas y fijar los hechos en los casos sujetos a ellas, mientras aceptó el criterio de que los laudos deberían ser resueltos sin referencia a la reglas del procedimiento civil. Pero la Corte no ignoró las garantías procesales contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, las cuales fueron invocadas constantemente por las partes inconformes a los fallos de las juntas por el recurso del amparo.[39]

Al mismo tiempo que la Suprema Corte afirmaba el carácter casi-jurídico de las juntas de conciliación y arbitraje, reiteraba que ninguna otra entidad administrativa, aparte de las juntas, pudiera dirimir los conflictos entre el capital y el trabajo. Hubo varios casos, inclusive el de Lane Rincón, en los cuales un gobernador, otro oficial u órgano, del poder ejecutivo se había involucrado en el proceso de resolver un conflicto entre trabajadores y patrones.[40] En este marco legal y constitucional, la huelga que estalló en febrero de 1927 contra la gerencia del los Ferrocarriles Nacionales de México, planteó varias cuestiones constitucionales, las cuales la Corte consideró en dos juicios de amparo, revisados, respectivamente, en octubre de 1927 y en mayo de 1929.[41]

La parte quejosa que promovió los amparos fue la organización obrera, la Confederación de Transportes y Comunicaciones (CTC), la cual se opuso tanto a la gerencia de la empresa nacional como a la CROM, aún aliada con el

[39] Véase, SUAREZ-POTTS, W., *The Making of Law*, *op. cit.*, pp. 195-198, y los casos citados en estas páginas.

[40] *Ibidem*, pp. 198-199.

[41] Véase, SUAREZ-POTTS, William, "The Railroad Strike of 1927. Labor and Law after the Mexican Revolution", *Labor History*, vol. 52, núm. 4, noviembre, 2011, pp. 399-416.

presidente Calles y ahora con la intención de expandir su influencia en el sector ferrocarrilero. La Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo (a cargo de Luis Morones, el líder máximo de la CROM) declaró inmediatamente ilícita la huelga. Cuando era aparente que la CTC había perdido la huelga, y la gerencia de los Ferrocarriles Nacionales estaba renuente a volverle a los huelguistas sus empleos citando la ilicitud de la huelga según la SICT, la CTC solicitó un amparo contra la SICT y Calles, por haber violado el derecho a la huelga de los trabajadores, según las fracciones XVII y XVIII. Quizás sorprendentemente, el Juez federal concedió el amparo y quizás aún más sorprendente la Suprema Corte lo confirmó contra la SICT. O tal vez era previsible, en vista de la citada jurisprudencia de la Corte bajo el marco constitucional del artículo 123. De cualquier manera, la Corte consideró el derecho de huelga en relación a su regulación por la única entidad prescripta por la Constitución, la Junta de Conciliación y Arbitraje, conforme a las fracciones XVII, XVIII y XX del dicho artículo 123:

> Las tres bases del artículo ciento veintitrés constitucional, que se acaban de transcribir, demuestran, claramente, primero: que los obreros tienen el derecho de huelga; segundo: que tratándose de servicios público, es obligatorio, para los trabajadores, dar aviso a la Junta de Conciliación y Arbitraje de la fecha en que vayan a abandonar el trabajo, con motivo de la huelga; y tercero: que todas las diferencias o conflictos que ocurran entre patronos y trabajadores, deben ser resueltos por una Junta de Conciliación y Arbitraje…Así es que en el presente caso la dificultad que, entre la Confederación quejosa y los Ferrocarriles Nacionales de México, dio margen a la huelga, debió haber sido sometida al conocimiento y decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje… Lógica y jurídicamente se debe, pues, concluir que la Secretaría de Industria y Comercio es incompetente para conocer de esa clase de conflictos y que, por lo tanto, la declaración de ilicitud que se reclama, en el presente juicio de garantías, ha violado las garantías individuales de todos los trabajadores huelguistas, representados por la Confederación quejosa, y que les conceden los artículos catorce y dieciséis de nuestro Código Fundamental…[42]

[42] CONFEDERACIÓN DE TRANSPORTES y COMUNICACIONES, 4 de octubre de 1927, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 21, pp. 944, 952-953.

Poco antes de la ejecutoria de la Corte, el 17 de septiembre, Calles había promulgado un decreto dirigiendo el establecimiento de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, anticipando la decisión del Poder judicial y reconociendo la necesidad de dicha entidad. El 8 de diciembre, la nueva junta federal falló contra la CTC. Entre varios puntos, su dictamen encontró que sólo una minoría de la fuerza laboral de la empresa había participado en el conflicto y por ello no hubo una huelga sino un abandono de trabajo, el cual no estaba protegido por el artículo 123. Otra vez la CTC pidió un amparo, el cual fue negado. En el recurso de revisión a la Suprema Corte, la CTC disputó la competencia de las comisiones especiales de la nueva junta federal constituidas para oír el caso, mientras la gerencia de los Ferrocarriles Nacionales argumentó que la representación de la CTC no había sido probada. La sentencia de la Suprema Corte de mayo de 1929 descartó ambos argumentos para sostener las tesis fundamentales de la Junta federal justificando su fallo. Es decir, afirmó que la Junta federal era capaz de encontrar que una minoría de trabajadores dejaron su empleo, y que eso constituía, como la Junta había concluido, un abandono de trabajo y no una huelga:

> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia, sosteniendo que las juntas de conciliación y arbitraje son soberanas al apreciar las pruebas y fijar los hechos, materia de las controversias sujetas a su conocimiento; así es que, habiendo estimado la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, que el hecho de haberse separado los que se dicen huelguistas, de las labores que venían desempeñando, no constituye una verdadera huelga, sino simplemente el abandono del trabajo…hay que aceptar como incontrovertible esa apreciación soberana que hizo la referida Junta, y como, en esas condiciones, el laudo contra el cual se enderezó el amparo, se sujetó a los dictados del artículo ciento veintitrés, fracción veintidós, de la Constitución Federal, aplicado a *contrario sensu*, toda vez que si los trabajadores abandonaron sus labores sin causa justificada, concluyó el contrato de trabajo…sin que, en consecuencia… tengan derecho a que se les reponga en su empleo, ni al pago de ninguna indemnización, es indudable, que ese laudo no es violatorio de las garantías de los quejosos…[43]

[43] CONFEDERACIÓN DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, 29 de mayo de 1929, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 26, p. 909.

En contraste a la decisión en el amparo de la CTC en 1927, cuando la Corte encontró la existencia de una huelga y afirmó el derecho de huelga, ahora su inexistencia era el hecho significativo. Pero, a pesar de que las dos decisiones judiciales parecen inconsistentes, uno las puede conciliar. En los dos casos, la Corte insiste que la Junta laboral sea la entidad administrativa principal para resolver conflictos laborales, ni el Ministro del Poder ejecutivo ni el Poder judicial.

4. Conclusión

Es notable que la Suprema Corte amparó una organización obrera contra el Poder ejecutivo en 1927. Pero en cuanto a su interpretación del artículo 123, ésta no fue la única vez que criticó dicho poder. En el amparo de la Cía. Industrial de Orizaba, pronunciado el 19 de mayo de 1930, la empresa había solicitado un amparo contra un fallo de la Junta Central de Veracruz, señalando que el decreto del Presidente del 15 de marzo de 1927 federalizó el procedimiento de resolver conflictos en el sector textil y, por ello, a la Junta estatal le faltaba la competencia para oír el caso. En su revisión del amparo, la Corte lo negó y comentó sobre la inconstitucionalidad del decreto, e implícitamente sobre de la inconstitucionalidad del régimen institucional creado por el convenio textil de 1925-1927:

> Al resolver el Presidente de la República, en el susodicho acuerdo [del 15 de marzo de 1927], que la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, se avocara el conocimiento de todos los conflictos del trabajo de las Empresas de Hilados y Tejidos de la República, es inconcuso que, además de legislar en materia de trabajo, sin estar facultado para hacerlo y contra el texto expreso del párrafo primero del [Art. 123], invadió la soberanía de los Estados que, en acatamiento de dicho precepto, habían expedido sus Leyes de Trabajo, ordenadas por lo mismo, dando jurisdicción a las juntas locales para conocer de los expresados conflictos. Además, al disponer que la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo se avocara el conocimiento de los repetidos conflictos, violó fla-

> grantemente la fracción vigésima del [Art. 123]...que terminantemente expresan que los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta...[44]

La sentencia aun sugirió que el establecimiento de la junta federal sobrepasó la autoridad presidencial, en contravención del artículo 123:

> Por el decreto Presidencial se estableció una Junta Federal de Conciliación y Arbitraje... Aquí, como en el acuerdo de [15 de marzo de 1927] el Ejecutivo de la Unión legisló sobre materia de trabajo, sin estar legalmente facultado para ello y contra lo dispuesto en el párrafo primero del [Art. 123].[45]

Es reconocido que la Suprema Corte era más autónoma del Poder ejecutivo entre 1917 y 1928, aún hasta 1934, en comparación con la época previa o siguiente.[46] El Constituyente de 1916-1917 designó un proceso de nombrar a los miembros de la Corte, para asegurar la independencia de los Magistrados, algo que la Constitución de 1857 no pudo lograr, por lo menos en la manera de su aplicación después de 1877-1884. A su vez, el proceso de formación del tribunal más alto a partir de la vigencia de la nueva Constitución en 1917, en el cual los primeros Ministros fueron elegidos por dos años (1917-1919), la segunda generación por cuatro años (1919-1923), y una tercera que hubiera permanecido en su puesto, pero que fue reemplazada por las reformas constitucionales de mayo de 1928, influyó la evolución de jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 123, quizás tanto como cualquier otro factor. No obstante, por lo complejas que eran las relaciones políticas en este periodo, los nombramientos a la Corte por el presidente a fines de 1928, conforme a la reforma constitucional, no resultaron en un tribunal directamente dependiente del Poder ejecutivo. La presidencia

[44] CÍA. INDUSTRIAL DE ORIZABA, S. A., 19 de mayo de 1930, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 29, pp. 288, 292-293.

[45] *Ibidem*, p. 293.

[46] *Cfr.*, DOMINGO, Pilar, "Judicial independence: the politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, Reino Unido, 2002, pp. 705-735.

sufrió, entre 1929-1934, seis años inestables durante los términos fragmentados o interinos de Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez, todos afectados por el poder informal ejercido por Calles, el "Jefe máximo". Sin embargo, quizás el problema más irresoluto para el Poder judicial en estos años era la inejecución de órdenes judiciales: es decir, la falta de acatar a las sentencias jurídicas por parte de poderes locales, caciques o jefes militares.[47]

Entre 1917 y 1934, para resumir, hubo una evolución marcada en las interpretaciones judiciales de la Constitución en materia de trabajo. Esta evolución sí coincide, aunque inexactamente, con los cambios sucesivos de la plantilla del más alto tribunal. En 1918, mientras iniciaba su elaboración de jurisprudencia que minaba la autoridad de las Juntas laborales, la Corte confirmó una orden de suspensión contra la implementación de una ley estatal de Puebla que hubiese aumentado los salarios de trabajadores en la industria textil para poner fin a una huelga general.[48] No obstante, casi todos los Ministros descartaron argumentos basados en el interés social y el del público que hubieran llevado a la Corte a negar la suspensión; ni la incomodidad de decidir a favor de la derogación de una ley, en efecto, fue suficiente para impedir a la mayoría de los Ministros en su voto. En una manera análoga, la Corte, sin confirmar las órdenes de suspensión emitidas por el juzgado de Veracruz contra la Ley de Hambre (o Ley de Participación de Utilidades) de julio de 1921 del estado, concedió el amparo

[47] Véase, "La barra mexicana pide a la Suprema Corte sean obedecidas las resoluciones de la Justicia Federal", *Excélsior*, 30 de mayo de 1929, reimpreso en CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1998, pp. 189-190; "Los incidentes de inejecución de sentencias y otros asuntos del pleno en el año de 1929", en *Ibidem*, pp. 49-51; y "La Barra y la desobediencia a los mandatos de la justicia federal", *Ibidem*, pp. 53-58.

[48] HIJOS DE ÁNGEL DÍAZ RUBÍN, 18 de abril de 1918, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 2, p. 1192. Véase, "La huelga de los obreros textiles de Puebla y el amparo a favor de los industriales", en CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionales (1917-1920)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1995, pp. 61-64.

contra dicha ley en abril, 1923, bajo la teoría de que la ley violaba los derechos de los quejosos, contenidos en el artículo 14 constitucional, por ser retroactivo en su aplicación, pese a que el artículo 123 constitucional requería la participación de las utilidades como la ley estatal indicaba.[49] En contraste, como ya se ha mencionado, una plantilla distinta en 1926, en el caso de la suspensión promovida por El Águila, discutió cómo los criterios relacionados al auto de suspensión, precisamente en el contexto de una huelga, no encajaban con los principios sociales del artículo 123. Y hacia los años treinta, la transformación de la posición de la Corte en relación a las cuestiones sociales incorporadas en la Constitución era manifiesta; comentaristas, por ejemplo, notaban las simpatías de la Corte en cuanto a su tendencia de favorecer a los obreros y el nuevo derecho social.[50]

Desde luego, las razones por las variaciones en la jurisprudencia y doctrinas de la Corte se deben no sólo a los nuevos nombramientos, sino también al desarrollo social y político de la nación en el periodo posrevolucionario. Claramente era una época compleja, en tanto que la cultura jurídica fue una parte clave de ésta. Como ya se ha apuntado, en torno a la reglamentación del artículo 123, era inicialmente la responsabilidad de las legislaturas estatales y al Congreso de la Unión sólo para los territorios federales. Sin embargo, las realidades económicas, políticas y sociales requerían la federalización de la legislación de trabajo. Este proyecto no se pudo realizar hasta 1931. Mientras no se pudo reglamentar al artículo 123 a nivel nacional, la jurisprudencia de la Corte contribuyó al desarrollo del nuevo derecho social y a su aplicación, si bien a intervalos. Ciertamente, su

[49] CERVECERÍA MOCTEZUMA, S. A., 14 de abril de 1923, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 12, p. 752. La Corte decidió igualmente en otros juicios de amparo interpuestos contra dicha ley; *vid.*, "El Conflicto por la Ley de Participación de Utilidades de Veracruz, expedida por el gobernador Adalberto Tejeda", en CABRERA ACEVEDO, *La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionales*, pp. 283-284.

[50] Véase, por ejemplo,"Introducción", y "Los principios del año 1930", en CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez op. cit.*, p. 26 y p. 65, respectivamente.

contribución era significativa, especialmente en cuanto a la interpretación de las fracciones XX y XXI del susodicho artículo constitucional, como Narciso Bassols comentó en un ensayo reconocido:

> En esta materia, como en ninguna otra en el derecho mexicano, es importantísimo el papel de la jurisprudencia federal, ya que según hemos visto, ha sido la jurisprudencia la que actuando como fuente de derecho – apta inclusive para destruir la vigencia jurídica práctica de los textos de la Constitución – creó el poder jurisdiccional de las juntas en materia de trabajo, las impuso como tribunales y hasta les marcó las formas esenciales que debe satisfacer el procedimiento seguido por ellas.[51]

Si bien fue parcialmente disminuido, este papel jurídico siguió aún después de la expedición de la Ley Federal del Trabajo en 1931, por lo menos hasta la reforma constitucional de 1934, el cual en efecto acercó a la Suprema Corte a la presidencia. Es decir, la nueva legislación no parece haber desplazado totalmente a la Corte de su responsabilidad de interpretar el artículo 123 constitucional. Desde luego, la Corte tuvo que revisar amparos promovidos antes de la promulgación de la nueva legislación, pero aun tomando en cuenta este dato, uno puede encontrar casos notables que los Ministros dictan en torno al artículo 123 constitucional.[52] Las interpretaciones del artículo 123 constitucional de la Suprema Corte obviamente importaban para los partidos en sus juicios en frente al Poder judicial; pero también para la sociedad y el Estado en este periodo de 1917-1934.

---

[51] BASSOLS, Narciso, "¿Qué son, por fin, las juntas de conciliación y arbitraje?", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, año 1, núm. 2, México, 1930, p. 191. Uno deber recordar la crítica de Bassols contra la variación en jurisprudencia en 1924. En general, en este último ensayo, él argumenta a favor de reconocer a las juntas como tribunales, aceptando el cambio de jurisprudencia.

[52] Véase, por ejemplo, BOLIO MANZANILLO, Fernando, 7 de enero de 1932, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 34, p. 25 y p. 29: "pero también es verdad que esta Sala ha establecido que, al autorizar la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal, tanto a los obreros como a los empresarios, para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos… al mismo tiempo inviste a esas corporaciones de personalidad jurídica para la defensa de los derechos de sus coaligados, por medio de los órganos de su representación…"; MALPICA SILVA Juan y coag., 16 de febrero de 1932, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. 34, p. 1142.

Bibliografía

BENSUSÁN AREOUS, Graciela, *El modelo mexicano de regulación laboral*, UAM-Xochimilco/Fundación Friedrich Ebert/FLACSO/Plaza Valdés, México, S.A. de C. V., 2000.

CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante los años constitucionales (1917-1920)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1995.

CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del presidente Obregón (1920-1924)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1996.

CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*, Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1998.

DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1949, t. 2.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "El juicio de amparo en materia de trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931", en FIX ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., Editorial Porrúa y UNAM, México, 2003.

LASTRA Y VILLAR, Alfonso, *Las leyes del trabajo de la República Mexicana interpretadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, s.p., México, s.f., [1936].

MARVÁN LABORDE, Ignacio, editor, *Nueva Edición del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, 3 tomos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a ed., INEHRM, México, 1959.

SUAREZ-POTTS, William J., "El derecho de trabajo y la revolución de 1910", en ROJAS, Laura y DEEDS, Susan (coords.), *México a la luz de sus revoluciones*, Tomo 2, El Colegio de México, México, 2014.

_____, *The Making of Law: The Supreme Court and Labor Legislation in Mexico, 1875-1931*, Stanford University Press, Stanford, 2012.

TENA RAMÍREZ, Felipe (ed.), *Leyes fundamentales de México, 1808-2005*, 24a. ed., Editorial Porrúa, México, 2005.

ULLOA, Berta, *La Constitución de 1917*, vol. 6 de GONZÁLEZ, Luis (coord.), *Historia de la Revolución Mexicana, 1914-1917*, El Colegio de México, México, 1983.

Hemerografía

BASSOLS, Narciso, "¿Qué son, por fin, las juntas de conciliación y arbitraje?", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, año 1, núm. 2, México, 1930. *EXCÉLSIOR*, México.

DOMINGO, Pilar, "Judicial independence: the politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American Studies*, vol. 32, Reino Unido, 2002, pp. 705-735.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, 5a. época, México, 1917-1932.

SUAREZ-POTTS, William J., "The Railroad strike of 1927: labor and law after the Mexican Revolution", *Labor History*, vol. 52, núm. 4, Londres, noviembre, 2011, pp. 399-416.

Archivos

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Versiones Taquigráficas, México. https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas

EL PERIODO LIBERAL DE LAS REFORMAS DE 1928 Y 1934 QUE CAMBIARON A LA SUPREMA CORTE

THE LIBERAL PERIOD OF THE REFORMS OF 1928 AND 1934 THAT CHANGED THE SUPREME COURT

José Ramón Cossío Díaz*

Resumen

Las reformas de 1928 y 1934 a la Constitución mexicana trajeron una serie de cambios de forma y fondo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que han sido analizadas desde la teoría constitucional, y a partir de las cuales se puede estudiar el periodo liberal de las mismas que muestran cómo, a pesar del transfondo político imperante, la Corte construyó y desarrolló su propio modelo judicial.

Palabras clave: Constitución, Historia México, Siglo XX, SCJN, Reforma constitucional.

Abstract

The reforms of 1928 and 1934 to the Mexican Constitution brought a series of changes of form and substance to the Supreme Court of Justice of the Nation, which have been analyzed from the constitutional theory, and from which the liberal period of the same

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, miembro de El Colegio Nacional.

ones that show how, in spite of the prevailing political background, the Court constructed and developed its own judicial model.

Keywords: Constitution, History Mexico, 20th Century, SCJN, Constitutional reform.

1. Introducción

Desde hace ya algunos años he considerado que para estar en condiciones de identificar los supuestos que motivan o animan una Constitución debemos partir en primer lugar de la determinación de qué factores se tendrán en cuenta al momento del análisis y la particularización de estos. En ese sentido, estimo conveniente comenzar señalando que, como toda Constitución, la nuestra es la expresión de una pluralidad de factores políticos.

De tal forma, si nuestro régimen se caracterizó por un presidencialismo exacerbado precedido por la preminencia de un partido hegemónico podríamos estimar que las expresiones de dominio político se reflejan –o reflejaban– en nuestras normas constitucionales sobre todo en la organización del Estado, incluyendo el Poder Judicial de la Federación y, particularmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN).

En el marco del centenario de nuestra norma suprema conviene tener presente y recordar algunos factores que han dado pie a la construcción de la teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Por ello, en el presente ensayo retomaré algunas reflexiones acerca de lo que he denominado *el periodo liberal* comprendido entre 1928 y 1934.[1]

En primer lugar, daremos cuenta de las reformas a la Suprema Corte de Justicia en este periodo y, posteriormente, analizaremos los elementos que dan origen

[1] Los datos y reflexiones aquí expresadas formaron parte de un estudio más extenso desarrollado en COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "*La teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia*", Fontamara, México, 2002.

a la identificación temporal de dicho periodo y las razones por las cuales considero su denominación.[2]

2. Las reformas constitucionales del periodo liberal

En lo siguiente, abordo cada cada una de las reformas en orden cronológico, para después brindar una breve explicación de su contenido y analizar las razones del cambio; identificar la teoría constitucional subyacente y, por último, señalar de qué manera se modificó la teoría constitucional como resultado de la reforma.

a. Reforma del 20 de agosto de 1928

En 1928 los artículos reformados que representaron cambios para la SCJN fueron el 94, del 96 al 100 y el 111. Los cambios fundamentales consistieron, primero, en aumentar el número de Ministros de once a quince, prever que su actuación sería en Pleno o en tres salas, que sus ingresos no podrían ser disminuidos durante su encargo, y que los Ministros serían inamovibles, salvo cuando observaran mala conducta (art. 94); segundo, que los nombramientos de los Ministros serían hechos por el Presidente y aprobados por el Senado (art. 96); tercero, se previó el modo como el Presidente cubriría las faltas de los Ministros con la participación del Senado (art. 98); cuarto, se estableció que el Presidente y el Senado (y no el Congreso) calificarían las renuncias de los Ministros (art. 99); quinto, se estableció que las licencias de los Ministros superiores a un mes, serían concedidas por el presidente de la República con aprobación del Senado; sexto, que el presidente de la República podía pedir directamente ante la Cámara de Diputados, la destitución por mala conducta de los Ministros de

[2] Para una apretada descripción de tales reformas, *cfr.* FIX ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, FCE, México, 1996, pp. 154-161.

la Suprema Corte y de los Magistrados y Jueces federales y del Distrito y territorios federales, correspondiendo a la de Senadores declarar en su caso la responsabilidad (art. 111) y, séptimo, que los Ministros que en ese momento ocupaban el cargo, debían esperar su ratificación por el Presidente y el Senado de la República (art. 4o. transitorio).

Esta iniciativa fue presentada por el entonces candidato a la Presidencia de la República Álvaro Obregón el 19 de abril de 1928. Y aunque éste no contaba con las facultades constitucionales para ello,[3] la propuesta produjo consecuencias políticas relevantes,[4] y fue aprobada en mayo del mismo año durante las sesiones extraordinarias convocadas al efecto por el Congreso y solicitadas por el propio Obregón. En la exposición de motivos, Obregón señalaba que los cambios en las leyes no eran suficientes para corregir los males en la administración de justicia, por lo que debía ser fundamentalmente de hombres. Sin embargo, consideraba que estos podían tener conductas irregulares, y por lo tanto el único modo de sostener su actuación honesta era a partir de las condiciones imperantes en las instituciones en que laboraran. Para lograr esas condiciones, decía, debía provocarse que los hombres supieran que podían llegar a ser despojados del cargo si no servían con honestidad y eficiencia. Obregón justificaba

[3] Una primera versión de esta reforma, aun cuando con diferencias importantes respecto de la aprobada en 1928, había sido preparada en 1922, cuando Obregón era Presidente de la República y Calles su secretario de Gobernación. Al respecto, *cfr.* CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el periodo del presidente Plutarco Elías Calles (1924-1928),* Suprema Corte de Justicia, México, 1997, pp. 83-85. Para una versión completa de la iniciativa de reformas mencionada, *cfr.* del propio Cabrera, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del presidente Obregón (1920-1924),* México, Suprema Corte de Justicia, 1996, p. 352 y ss. Al decir Germán Fernández del Castillo, los estudios encomendados a la Barra Mexicana y realizados por los licenciados Lascuráin, Noriega, Padilla, Sánchez Pontón y López Verdía, sirvieron de antecedentes a la reforma en cuestión. Al respecto, *cfr.* "El problema de la administración de justicia II. Duración de los cargos judiciales", *Jus*, tomo II, No. 6, p. 48. Las opiniones de estos abogados se dieron con motivo de la carta enviada por Aarón Sáenz, Primer Secretario del Centro Obregonista, al Presidente de la Barra de Abogados, y se encuentran recogidas en *El Foro*, IX, No. 2, abril-junio 1928, pp. 65-83. En una editorial publicada en *El Foro* correspondiente al mes de septiembre de 1924 (V, No. 51, pp. 113-114), la propia Barra se había manifestado a favor de la inamovilidad judicial.

[4] Sobre esta iniciativa y los efectos políticos que produjo, *cfr.* LOYOLA DÍAZ, Rafael, *La crisis Obregón-Calles y el Estado mexicano*, 2a. ed., Siglo XXI-IIS, México, 1984, pp. 73-75.

que el Presidente de la República pudiera iniciar un juicio político en contra de los Ministros (y otros funcionarios judiciales) por "mala conducta". Además sostenía que la forma en la que se elegían en ese entonces los Jueces bien podía carecer de "serios e innegables inconvenientes". Uno que sin duda ponía en juego intereses eminentemente políticos era la participación de las Cámaras y de las legislaturas de los estados. Para desahogar tal situación, Obregón argumentaba las siguientes razones en favor de la designación presidencial:

> Cuando la designación es hecha por el presidente, éste pone la garantía de vivo sentimiento de su responsabilidad y, en cierto modo, se solidariza con la conducta del funcionario nombrado. El requisito de la aprobación del Senado despertará en el presidente de la República una mayor atención a los méritos de su candidato, apartándose de la posibilidad de hacerla por favoritismo o por pagar una adhesión incondicional.[5]

Finalmente, y refiriéndose al rezago, sostuvo la necesidad de aumentar el número de Ministros a 16 y permitir su funcionamiento en Salas y en Pleno. Concluía Obregón:

> Con estas enmiendas constitucionales, el grave problema de la justicia, sin cuya buena administración ningún gobierno rinde íntegros sus altos servicios sociales, habrá quedado despejado de los reales vicios de origen en la designación de los jueces; satisfecha la urgencia de exigir responsabilidades judiciales cuando procedan, y capacitada la Suprema Corte para hacer pronta y expedita justicia. Quedará a las organizaciones jurídicas y al medio social, que tienen deberes que cumplir, el hacer efectivas las garantías consignadas.[6]

En su dictamen, los integrantes de las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y Segunda de Justicia, sostuvieron interesantes razones. Llevaron a cabo una descripción del estado que guardaba la justicia, calificada

[5] Legislatura XXXII, Año II, Periodo extraordinario, *Diario de los Debates de la Cámara de diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México*, 19 de abril de 1928,

[6] *Ibidem*.

como ineficaz e inmoral, y atribuyeron esa situación a una diversidad de factores: pésimo origen de los funcionarios judiciales debido tanto a su designación exclusiva por el Congreso, como por la consigna que mantienen algunos miembros del Legislativo, por la inmoralidad de los litigantes, por "el espíritu egoísta de lucro y la falta de conciencia de sus deberes profesionales del gremio burgués de abogados metropolitanos agrupados en peligrosos bufetes", entre otros. Las Comisiones decidieron aceptar la iniciativa de Obregón, por considerar que enfrentaba tres de los males de la administración de justicia: 1) la ineficacia y el rezago de la Corte: se solucionaba con el aumento de los integrantes de la Corte; 2) la designación de los Ministros por un solo órgano, con la designación Ejecutivo-Senado y 3) la impunidad de los Ministros, con la posibilidad de llevar a cabo juicios de responsabilidad. Los dos últimos aspectos, fueron los relevantes de la reforma, en tanto que las Comisiones sostuvieron, respectivamente: primero, que "El procedimiento actual que da competencia exclusiva al Congreso de la Unión, ha sido un doloroso fracaso para la nación por la perniciosa influencia política en la justicia y, peor todavía, por la torpe ansia de lucro de algunos legisladores que preparan deliberadamente tribunales *ad hoc* para sus negocios";[7] segundo, que "La exigencia de que forzosamente parta la moción de destitución del presidente de la República y de que intervengan las dos cámaras separadamente, es una garantía de que se obrará con justificación y de que no se cometerá una injusticia por violencias, pasiones políticas o cualquier otra causa torpe".[8] En lo tocante a la Cámara de Senadores, la propuesta se votó por unanimidad en forma económica,[9] sirviendo como dictamen la transcripción de los preceptos propuestos.

[7] *Ibidem*

[8] Una de las mejores intervenciones en contra de la propuesta fue hecha por Vicente Lombardo Toledano, la cual puede verse en el tomo II de sus *Escritos acerca de las Constituciones de México*, Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo Toledano, México, 1992, pp. 261-271.

[9] Hubo solo un voto en contra, respecto del nombramiento de los Ministros, el cual fue expresado por el senador Salcedo en la sesión del 22 de mayo.

Para poder seguir el orden de ideas propuesto al inicio e identificar la posible teoría constitucional que animó a la reforma de 1928, habrá que decir que en este caso es difícil darle todo su sentido a la expresión "teoría constitucional", puesto que es intrincado suponer que en las condiciones del ejercicio político llevado a cabo por Obregón en lo general, y respecto de la Corte en particular, haya existido un razonamiento que pueda calificarse como tal.[10] Lo que podemos identificar son los supuestos de las reformas. Como se ha visto, tres eran los puntos fundamentales del cambio: enfrentamiento de rezago, nombramiento de Ministros y posibilidad de juicio de responsabilidad. El primero de estos contó con la aceptación general muy probablemente porque, en efecto, la Corte enfrentaba un rezago importante que hacía aconsejable el aumento en el número de Ministros y la división del trabajo por salas.[11] La maniobra de Obregón resultó clara en cuanto a los nombramientos para, por un lado, deshacerse de los Ministros en activo y, por el otro, generar un mecanismo que le permitiera participar en la designación. En términos del artículo 4o transitorio, los Ministros en activo deberían esperar su ratificación por parte del Presidente y del Senado, y los que se produjeran posteriormente, seguir la misma vía. Esta reforma le permitió asimismo completar su maniobra de subordinación del Poder judicial, estableciendo la posibilidad de remoción a partir de un supuesto tan general como "la mala conducta", y mediante la actuación de un órgano legislativo que le dis-

[10] Sobre la posición de Obregón respecto del Congreso de la Unión, órgano fundamental del proceso de reformas constitucionales, *cfr.,* WELDON, Jeffrey A., "El presidente como legislador, 1917-1934", *El Poder Legislativo en las décadas revolucionarias, 1908-1934*, Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, México, 1997, pp. 117-145.

[11] Sobre este particular, *cfr.* RABASA, Emilio, "Organización de la Suprema Corte de Justicia y del juicio de amparo", *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*. INEHRM, México, 1987, pp. 347-359; CABRERA ACEVEDO, L. *La Suprema Corte de Justicia durante el Gobierno del Presidente Plutarco …, op. cit.,* pp. 107-111. En contra de la solución, LASCURÁIN, P. "Reflexiones sobre el informe del Señor Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente a 1929", *El Foro*, X, No. 4, octubre-diciembre 1929, p. 209 y ss., en tanto sostiene que lo adecuado sería volver a las bases del amparo, dejando de lado la protección de los errores judiciales y protegiendo exclusivamente a las auténticas garantías individuales.

pensaba amplia sumisión.[12] Aun cuando Obregón llevó a cabo una reforma trascendental, y para ello sostuvo variados argumentos, dadas las condiciones políticas dominantes en nuestro país y, sobre todo, su posición política de cara a una debatida reelección, la reforma tuvo el propósito de permitirle la consolidación de su poder político. La Corte cumplió para Obregón una función puramente instrumental respecto del Poder Ejecutivo, lo cual es interesante dado que aun cuando éste gozara de una enorme influencia y prestigio, supo la importancia de no apartarse del todo de las formas jurídicas, tanto para llevar a cabo la reforma como para nombrar a nuevos Ministros y lograr así un mayor grado de legitimidad social.

La última cuestión a resolver es precisar qué cambios se produjeron al entendimiento constitucional con motivo de las reformas de Obregón. Sin estar en posibilidad, por cuesión de espacio, de discutir la práctica constitucional, limitémonos a precisar esas razones en el entramado constitucional. La iniciativa de reformas presentada por Carranza, los dictámenes y los debates en el Constituyente, el sistema de designación de los Ministros (principal modificación llevada a cabo por Obregón) se había fundado en una idea de democracia y, más específicamente, en la idea de que mediante la designación por los órganos representativos, la democracia perseguida por la Revolución se introducía en un órgano no representativo. Con la reforma de 1928 se perdió ese matiz democrático (correcta o incorrectamente concebido), al establecer que debía ser el Ejecutivo Federal quien interviniera en la designación de los Ministros. No es que ya existiera, en materia de nombramientos, una situación plenamente democrática, pero sí es posible afirmar que se tenía una concepción de las formas que fue modificada radicalmente. En tanto que, antes, debían ser las legislaturas

[12] Este era un punto de vista sostenido desde aquella época. Al respecto, *cfr.* el artículo periodístico de Luis Cabrera *(El Universal*, 12 de octubre de 1928), reproducido en CABRERA, L. Ult. *op. cit.,* p. 115. En contra de esa opinión, sin embargo, se pronunció Miguel Lanz Duret (*Derecho constitucional mexicano*, CECSA, México, 1980, pp. 267-271), quien sostuvo muchas de las razones hechas valer por Obregón.

de los estados las que propusieran candidatos y, al menos como un asunto de expectativas, lograr una mayor representación regional. Al concentrarse las propuestas de designación en el jefe del Ejecutivo se porpició un mayor grado de centralización. Al tener a su favor la circunstancia de que en la designación y en las destituciones por mala conducta se acercaban más a la Constitución norteamericana, las reformas se alejaron de una fórmula original y tomaron una apariencia democrática. Esta situación de semejanza respecto de un orden legitimado como democrático fue relevante (y de hecho algunas de las argumentaciones en la Cámara de Diputados la siguieron). Sólo que para entender su verdadero significado es necesario comprender el contexto en que fueron hechas, aprobadas y, previsiblemente, serían y fueron aplicadas. Las consecuencias de la reforma para la comprensión constitucional significaron una mayor centralización del poder del Ejecutivo (tanto en la dimensión de la división de poderes como del sistema federal). Aun cuando las reformas no alteraron el sistema competencial de la Corte (lo que hubiera permitido sostener de modo directo que se hubiera afectado la comprensión de la teoría constitucional), desde el momento en que se le dieron más atribuciones al Ejecutivo, dicha teoría constitucional sí resultó afectada.

b. Reforma del 15 de diciembre de 1934

Los artículos afectados por esta reforma fueron el 94 y el 95,[13] y ésta consistió en lo siguiente: el número de integrantes de la Suprema Corte aumentó de 16 a 21 (art. 94); se previó la posibilidad de que la Corte funcionara en cuatro salas (art. 94); se estableció que los Ministros durarían seis años en sus cargos, y que sólo podrían ser privados de ellos por mala conducta y siguiendo los procedimientos previstos en el artículo 111 constitucional (art. 94); se modificaron los requisitos para ser designado como Ministro, tanto al prever que la edad máxima

[13] A pesar de que en la iniciativa también se propuso la reforma a los artículos 73 y 97, la primera de ellas no se comenta por referirse al Distrito Federal y la segunda, por no haber sido aprobada.

de designación sería de 65 años, como al exigir una práctica profesional de abogado de cinco años (art. 96), y se estableció que los Ministros de la Suprema Corte en funciones al momento de entrar en vigor la reforma cesarían el 31 de diciembre del mismo año (art. 2o. transit.).

De igual forma a la iniciativa de Obregón, la de Cárdenas tuvo un planteamiento irregular al ser presentada por el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Nacional Revolucionario (PNR) por encargo del General, en ese momento (12 de septiembre de 1934) Presidente electo de la República. A pesar de que el cardenismo es uno de los periodos más estudiados de nuestra historia, prácticamente no existen explicaciones ni, mucho menos interpretaciones, acerca de los cambios de la Suprema Corte, de ahí que su sentido tenga que inferirse a partir de una serie de elementos más o menos indirectos. Cárdenas sostuvo que al realizar su gira para la Presidencia de la República, encontró que uno de los reclamos más importantes era la impartición de justicia y que la Revolución debería colmar esas ansias de mejoramiento espiritual. Afirmó que el Partido debía ayudarlo a resolver ese problema "…mediante la adopción de medidas que capaciten al nuevo gobierno por su inmediata aplicación para hacer frente a los compromisos que en esta importante materia tiene contraídos con el país…" En una exposición mucho más puntual, dirigida al "Bloque Nacional Revolucionario de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión", planteó las siguientes razones para sostener su reforma: primera, que en la Segunda Convención Ordinaria del PNR (diciembre de 1933), se consideró necesario que hubiera una sala para resolver conflictos de trabajo; segunda, que la introducción de esa sala era acorde con la división de trabajo de la Corte iniciada mediante la reforma de 1928; tercera, que la materia obrera tenía diferencias fundamentales con la civil y la administrativa y, por ende, ameritaba que se trataran los asuntos de manera específica; cuarta, que tales fines podían alcanzarse "…a condición de que los Ministros de la Sala de Derecho Obrero *tengan una firme convicción revolucionaria* que los ponga en

aptitud de interpretar con parejo criterio la Legislación Industrial";[14] quinta, que la importancia de referirse a la Corte radicaba también en su carácter de auténtico órgano constitucional; sexta, que no se trataba de restar atribuciones a la Corte, sino de lograr una correcta integración de los órganos del Estado, puesto que siendo éste uno, debía haber una auténtica colaboración entre poderes; séptima, que a pesar de los esfuerzos hechos por los gobiernos de la Revolución, era necesario aceptar que sobre la administración de justicia seguía habiendo un profundo escepticismo; octava, que la forma correcta de analizar los problemas de la administración de justicia debía ser mediante la consideración de la organización del Poder judicial y, respecto de él, en lo concerniente a los procedimientos de designación de los funcionarios judiciales y al tiempo en que deberían ocupar el cargo; novena, consideraba que si bien la forma de designación introducida por Obregón era correcta, no podía decirse lo mismo de la ocupación vitalicia del cargo;[15] décima, que la pérdida de la investidura vitalicia no significaba la pérdida de la inamovilidad, pues ésta sólo significaba conocer por qué tiempo se designaba a una persona;[16] undécima, que la designación vitalicia vendría a significar una renuncia del pueblo a su ejercicio soberano de remover periódicamente a los funcionarios. Siendo el elemento fundamental de la exposición de Cárdenas el ataque a la ocupación vitalicia del cargo, sus ideas quedan resumidas en la siguiente cita:

> Ninguna actitud más contraria a la que requiere la aplicación e interpretación del Derecho forjado por la Revolución, ya que ésta se caracteriza, justamente, por su afán

[14] Legislatura XXXVI, Año I, *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos,* Periodo Ordinario, Número de Diario 11, 12 de Septiembre de 1934.

[15] En contra de ella sostenía: "la investidura vitalicia es absurda, según se tendrá ocasión de demostrar, en un país joven, de organización democrática, que está propugnando por establecer un nuevo concepto de justicia distributiva, y en el que se está gestando el derecho del porvenir".

[16] Baste recordar que el tema de la inamovilidad judicial ya había sido discutido en el Constituyente de 1916-1917, aun cuando el mismo tiene antecedentes importantes en el pasado. Sobre estos últimos, es siempre útil analizar las consideraciones de Justo Sierra vertidas en el discurso dado en la Cámara de Diputados el día 12 de diciembre de 1893, y recogido a pp. 169-181 del volumen V de sus *Obras Completas* (México, UNAM, 1977).

> incesante, ininterrumpido, de mejoramiento social; por su programa flexible, adaptable a situaciones contingentes e imprevistas; por su falta de rigidez, por su ausencia de estancamiento y su espontaneidad; en términos tales, que, más que un producto estratificado de ideas sobre la forma de organizar política, económica y socialmente a la colectividad mexicana, es una corriente de eterna renovación y vida, y a ello obedece que esté laborando un nuevo ideal de justicia distributiva, pero con conciencia plena de que nunca podrá estimarse definitiva e irrevocablemente construido.[17]

La formulación del dictamen de la Cámara de Diputados correspondió a las Comisiones Unidas Primera y Segunda de Puntos Constitucionales y de Justicia. En él se expresaba que la propuesta del general Cárdenas era relevante por el bienestar que generaría a las familias mexicanas. A su juicio, si la Revolución se había ocupado debidamente de poner fin a la concentración de la tierra, de dotar a los pueblos de tierras y aguas y de proteger a los trabajadores mediante normas tutelares, lo razonable era que ahora se ocupara de una cuestión más profunda de la lucha de clases: de los conflictos morales entre el proletariado y el capitalismo. Las Comisiones consideraron necesario sostener la iniciativa del presidente electo, al estimar "…que su autoridad moral y sus antecedentes personales son garantía de acierto en una nueva vida institucional del país…" Las propias Comisiones, mediante manifestación expresa, claudicaron de sus funciones críticas y, prácticamente legislativas, al decir que la iniciativa era correcta dada la "…austeridad y gran conciencia de responsabilidad del presidente electo..." La única consideración de relevancia fue hecha al estimar que no era necesaria la modificación del artículo 97 propuesta por Cárdenas.

Tres fueron los extremos a los que se constreñía la reforma. A saber, a la creación de una sala en materia de trabajo, a la supresión de la inamovilidad judicial y a forzar el retiro de la totalidad de los integrantes de la Suprema Corte (así como la de los Jueces de Distrito y de los Magistrados de Circuito y del Tribunal Superior

[17] Legislatura XXXVI, *loc. cit.*,

de Justicia del Distrito Federal). El primero de esos extremos se justificó diciendo que, con la promulgación en 1931 de la Ley Federal del Trabajo, se habían producido cambios importantes en los criterios jurisprudenciales y la acumulación de asuntos por vía de amparo directo,[18] y en la necesidad de darle cabida en el derecho a uno de los dos sujetos fundamentales de la Revolución. Para los otros dos extremos se dieron razones semejantes entre sí, considerablemente más complejas de discernir: se apuntó la necesidad de reflejar los cambios generacionales que le dieran sentido democrático y republicano a los órganos de justicia y, con ello, la posibilidad de mantener vivos los ideales revolucionarios. Las propuestas provocaron diversas reacciones,[19] evidencia, entre otras cosas, de la existencia de una importante división ideológica en torno a la justicia; tal vez como parte de las diferencias habidas entre los grupos sociales por la forma de gobierno que, desde sus discursos de campaña, anunciaba el general Cárdenas.[20] De una parte, una serie de notables abogados de la época[21] y la Barra de Abogados como institución se pronunciaron por el mantenimiento de la

[18] No deja de llamar la atención que al rendir su informe como presidente de la Suprema Corte de Justicia correspondiente al año de 1933, don Julio García sostuviera: "Me complace informaros que los asuntos del Tribunal Pleno están enteramente al corriente, esto es, que no existe ningún rezago". Por su parte, en los informes de los presidentes de las salas Primera y Segunda, don Salvador Urbina y don José López Lira, respectivamente, se señala que se estaba al corriente en el trabajo. Sólo respecto de la Tercera, don Joaquín Ortega señalaba que aún cuando los problemas de rezago no eran semejantes en su importancia a los de 1929, la disparidad de legislaciones locales provocaba el conocimiento de una gran cantidad de asuntos y, con ello, del rezago existente. Para los cuatro informes señalados, *cfr. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia por su presidente Francisco H. Ruiz al terminar el año de 1934*, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1934.

[19] Aunque fueron publicadas con posterioridad, resultan interesantes las críticas formuladas en la "Encuesta de la Barra Mexicana de Abogados", en *Jus*, tomo IV, núm. 21, pp. 315 a 318.

[20] Sobre las reacciones a esta propuesta, *cfr.* Cabrera, L. *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*, tomo I, Suprema Corte de Justicia, México, 1998, pp. 168-169.

[21] De entre ellos Luis Cabrera, quien en la carta del 25 de diciembre dirigida al Lic. Ramón Prida, presidente de la Barra de Abogados, sostenía: "La inamovilidad judicial no pugna con el sistema democrático que exige la no reelección en el Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es de elección popular y las razones que existen para que nuestra Revolución primero, y nuestra Constitución después, hayan consagrado el principio de no reelección del Poder Ejecutivo, son enteramente ajenas a las cuestiones de eficiencia del personal". Cabrera, L. *Obras completas*, tomo I, Oasis, México, 1972, pp. 40-41. Igualmente interesantes son las opiniones de Portes Gil, así como las consideraciones que expresó respecto del modo de designación de los integrantes de la Corte. Sobre este último punto, *cfr.* su obra *Quince años de política mexicana*, México, Botas, 1941, pp. 96 y ss.

inamovilidad judicial; por otra, el Sindicato de Abogados del Distrito Federal, fundamentalmente, apoyó la propuesta de Cárdenas.

Una vez consumada la reforma, se llevó a cabo la sustitución de los Ministros de la Suprema Corte.[22] Ahora cabe preguntarnos por la teoría o, sencillamente, por las razones de fondo de la mencionada reforma. Una de las primeras respuestas que se da comunmente tiene que ver con los conflictos que se suscitaron entre Cárdenas y Calles, que terminaron con la remoción del primer gabinete de Cárdenas y con la de los jefes de diversas regiones militares.[23] Esta solución no es correcta, en principio, puesto que esos conflictos se manifestaron hasta 1935 y la iniciativa de Cárdenas fue presentada en 1934. La interpretación que parece tener más fuerza es la de que Cárdenas modificó la inamovilidad y removió a todos los Ministros por considerar que los mismos carecían de un "auténtico espíritu revolucionario". Si se analiza el discurso de Cárdenas en los meses cercanos a la reforma,[24] es posible sostener que tenía como propósito primordial lograr que los Ministros (Jueces y Magistrados) estuvieran en mayor relación con el ideario cardenista. Como lo ha señalado Arnaldo Córdova, "lo que a Cárdenas le interesaba antes que ninguna otra cosa, era fortalecer el Estado de la Revolución, hacer de él una verdadera potencia social, que estuviera en condi-

[22] En términos de la reforma, el 26 de diciembre de 1934 el Senado hace del conocimiento la designación de los nuevos Ministros, resultando que sólo tres de los Ministros designados por Portes Gil en 1928, fueron nombrados nuevamente (Pérez Gasca, Ruiz y Valencia). En el caso de los dieciocho restantes (Aznar Mendoza, Aguirre Garza, Asiain, Bazdresch, Chávez, Eboli Paniagua, Galindo, Garza Cabello, González Blanco, Icaza, Iñarritu, López Sánchez, Olea, Ortiz Tirado, Trigo, Truchuelo y Vázquez), sus orígenes eran variados: quince tenían experiencia forense y once habían sido propuestos por agrupaciones sociales, destacándose que el mencionado Sindicato de Abogados del Distrito Federal, había propuesto a nueve de ellos. Al respecto, *cfr. Historia Gráfica de la Revolución Mexicana 1900-1970*, tomo 6, México, Trillas, p. 2172.

[23] Sobre estos hechos, *cfr.* DULLES, John W., *Ayer en México, Una crónica de la revolución 1919-1936*, traducción de J. Zapata, FCE, México, 1977, pp. 54-55; HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, "La mecánica cardenista", en *Historia de la revolución mexicana 1934-1940*, El Colegio de México, México, 1979, pp. 19-21 y 54-61; BENÍTEZ, Fernando, *Lázaro Cárdenas y la revolución mexicana*, tomo III, México, FCE/SEP/CREA, 1984, p. 17 y ss.

[24] Por ejemplo, *cfr.* CÁRDENAS, Lázaro, *Palabras y documentos públicos de Lázaro Cárdenas, 1928-1970*, Siglo XXI, México, 1978.

ciones de llevar a cabo la transformación que el país necesitaba…".[25] Transformación que no deja de ser paradójica, como se desprende de su discurso de toma de posesión del 30 de noviembre de 1934:

> El pueblo debe sentir la responsabilidad de mi exaltación al puesto más elevado del país, como una demostración irrecusable de que la vida institucional, que constituye uno de los principios vitales de nuestra Revolución, va realizándose. Y esto me obliga a declarar con firmeza, que la Constitución y las leyes de la República serán mi norma infranqueable en el cumplimiento de mi deber. *La Revolución ha ido convirtiendo en normas jurídicas y morales sus postulados y sus tendencias, dignificándose así como gobierno de instituciones. Si en algún instante la ley no responde a las exigencias de nuestro programa en constante renovación, tendremos la fuerza bastante en nuestras organizaciones políticas y el camino constitucional abierto para modificar la ley*; pero no debemos violar los principios legales que dan poderosa vida institucional y garantía de respetabilidad, dentro y fuera de la República, a la marcha de la Revolución.[26]

Sin embargo, de un modo más enfático, en el discurso pronunciado por Cárdenas en Querétaro el 6 de diciembre de 1933 al ser proclamado candidato del PNR a la Presidencia de la República, sostuvo:

> Lo esencial para que puedan realizarse en toda su integridad y con la amplitud que se requiere los postulados sociales de la Constitución General de la República y las fórmulas de coordinación social contenidas en el programa de gobierno del Partido Nacional Revolucionario, que acaba de aprobarse, consiste en que *se verifique una plena interpretación revolucionaria de las leyes, por hombres que sinceramente sientan la Revolución*; que sean plenamente conscientes de su responsabilidad; que tengan verdadero cariño a las masas proletarias y que perciban con amplitud el espíritu y las necesidades históricas que inspiraron las normas y las doctrinas que se ha dado el pueblo en sus

[25] CÓRDOVA, Arnaldo, *La política de masas del cardenismo*, Era, México, 1980, pp. 38-39.

[26] Cursivas nuestras. *Cfr.* Legislatura XXXVI, Año I, Período Ordinario, núm. 30, Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 30 de noviembre de 1934.

> generosas luchas, para que de esta manera las ejecuten con resolución completa y plena honradez, a fin de lograr el progreso colectivo.[27]

Los Ministros de la Corte eran vistos como personas que seguían o mantenían intereses tradicionales, productos de la pequeña burguesía y, por ende, ajenos al sentir popular e incapaces de darle sustancia jurídica a la nueva política de masas y al nuevo entendimiento de los postulados revolucionarios. En este sentido, la primera tarea consistía, justamente, en su remoción completa y, enseguida, en la determinación de periodos expresos que, nos parece, permitieran constituir una institucionalidad sexenal respecto de la Corte como la que, de hecho y en general, fundó Cárdenas. Los supuestos para la reforma judicial parecen ser la preparación de un nuevo grupo de integrantes (con limitaciones sexenales), para llevar a cabo la juridificación de los nuevos contenidos sociales y políticos en los que fuera incursionando el régimen.[28]

La última cuestión es determinar el modo en que las reformas a la Constitución modificaron su entendimiento. La respuesta a esta interrogante requeriría un análisis más profundo, de lo que permite este ensayo, sobre cómo operó la práctica constitucional. Ahora, sin embargo, podemos decir que las reformas introducidas por Cárdenas produjeron el resultado que él esperaba y, por ende, una modificación importante en la práctica constitucional. El sentido de ésta se manifestó en lo que podemos llamar "una interpretación revolucionaria de las leyes". En cuanto a la materia obrera, durante el sexenio de Cárdenas se dio un cambio en los criterios que resultaron muy favorables a los intereses

[27] Cursivas nuestras. *Ibidem*.

[28] En alguna medida, debía tenerse en cuenta la importante adición de la fracción XIV al artículo 27 constitucional, del 10 de enero de 1934, mediante la cual se estableció la improcedencia del juicio de amparo en contra de las demandas promovidas por los propietarios afectados con resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o de aguas. Sobre esta reforma y el contenido del Plan Sexenal del PNR en el cual se enmarca, *cfr.* FABILA, Manuel, *Cinco siglos de legislación agraria, 1493-1940*, 2a. ed., CEHAM/SRA, México, 1990, pp. 465-476. Esta adición tuvo sus primeros antecedentes en las consideraciones vertidas en la resolución dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte al fallar el 30 de enero de 1929, el amparo promovido por doña María Olvera viuda de Figueroa. Las discusiones sobre el proyecto pueden ser vistas en Cabrera, L. Ult. *op. cit.,* pp. 419-439.

obreros.[29] Así, se declaró la ilegalidad de las huelgas sólo en un 10%; se afianzaron los criterios que permitían la sindicalización forzada a través de las cláusulas de admisión y de exclusión, y se avaló jurídicamente la posición del régimen frente a las compañías petroleras. Por lo que se refiere a la materia agraria, se produjeron una serie de nuevos criterios que también recogían el ideario cardenista.[30]

Los cambios constitucionales introducidos junto con otros como los relativos a los artículos 3o, 27 y 123, la integración de la Suprema Corte, la práctica jurídica de ésta y el contexto general del país, significaron una profunda transformación en el entendimiento de ciertas porciones de la Constitución. Ese entendimiento estaba encaminado a lograr, tal vez como único caso durante el siglo XX, que la Suprema Corte fuera un factor en el cambio social que Cárdenas identificaba como mandato de la Revolución. La Corte, en ese tiempo y como consecuencia de esas reformas, no era concebida como un factor de garantía del *statu quo*, sino de juridificación de las conquistas revolucionarias. La Corte, entonces, debía estar del lado de los sujetos de la revolución, juridificar sus posiciones y, en tal virtud, afectar en el ámbito específico de su actuación el entendimiento mismo de la Constitución, asunto en el que Cárdenas tenía plena conciencia.[31]

2. Reflexiones sobre el *periodo liberal*

El periodo liberal de la construcción de la teoría constitucional por la Suprema Corte es fácil identificar en tanto transcurre entre dos momentos históricos

[29] Al respecto, *cfr.* RIVERA MARÍN, Guadalupe, "Los conflictos de trabajo en México 1937-1950", *El Trimestre Económico*, núm. 22, abril-junio 1955, pp. 181-208.

[30] Al respecto, *cfr.* BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, "La Suprema Corte de Justicia y el constitucionalismo social", *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, 1985, pp. 98-102.

[31] Las ideas correspondientes al carácter de órgano de constitucionalidad y los alcances de esa función para la conformación del orden jurídico, fueron planteadas por Cárdenas con gran claridad en la exposición de motivos de la iniciativa que se comenta.

claramente diferenciados: aquel que culmina en 1928 y el que comienza en 1935 con la integración de la "Corte cardenista". Esta delimitación por exclusión nos permite, adicionalmente, analizar si es correcta la fecha de conclusión del primer periodo y, por ende, la de inicio del segundo: ¿en qué consistieron los cambios dados a partir de 1928 respecto de los anteriormente sustentados? En principio, y de forma negativa, dejaron de sustentarse las tesis de supremacía y delimitación (frente a la Constitución de 1857) que se habían sostenido. En segundo lugar, y de forma positiva, aparecieron nuevos criterios que, de forma genérica, le confirieron un amplio desarrollo a las garantías individuales a partir de lo que podemos llamar un enfoque liberal.[32] Es decir, y frente a lo que aconteció en el periodo inicial o aquél que habría de darse posteriormente, la Suprema Corte estuvo dispuesta a dotar a las garantías individuales de un sentido amplio,[33] dirigido a impedir un conjunto variado de actuaciones estatales respecto de los particulares.[34] En este sentido, ambos hechos permiten caracterizar un periodo más, que, por cierto, coincide con la nueva integración de la Suprema Corte llevada a cabo con motivo de la reforma de 1928 promovida por el presidente Obregón.[35]

---

[32] Sin embargo, existen algunos casos de excepción. Los relativos a la libertad religiosa (*cfr.,* SJF, 5, Suplemento 1933, julio 1931, por ejemplo). Los relativos a la aceptación de que el presidente de la República legislara mediante el uso de facultades extraordinarias, con independencia de que, siguiendo sus propios cánones de interpretación, ello no fuera posible (*Apéndice al tomo XXXVI*, tesis 352, p. 663). Finalmente, aquellos que tienen que ver con la posición de los militares, en tanto se estimó que su situación laboral no estaba amparada por las garantías individuales (SJF, 5, XXVIII, p. 1519, marzo 1930; XXIX, p. 1862, agosto 1930), situación que posteriormente habría de cambiar, curiosamente en el momento en que comienza a disminuir la presencia explícita de los militares en el ejercicio del poder (SJF, 5, LXIII, p. 3962, marzo 1940).

[33] Podría agregarse, incluso, que la concepción liberal de los Ministros llegó a tener ciertos matices económicos (y no sólo políticos), como se desprende de la siguiente tesis: "El estado de monopolio supone la concentración, en una persona o en un grupo de personas, de determinadas actividades en perjuicio del público en general, o cuando menos de un grupo social; pero nunca que estas actividades se concentren en determinado grupo de comerciantes o industriales, en perjuicio de otro grupo comercial o industrial, puesto que, en este caso, aparte de que el interés general no es afectado, que en lo que interesa al legislador, *el grupo que se encuentra en condiciones desventajosas, está capacitado, por medio de adaptaciones a las exigencias nuevas, para recuperar los beneficios perdidos, mediante los esfuerzos que toda lucha por la subsistencia supone*". SJF, 5, XL, p. 3477, abril 1934 (cursivas nuestras).

[34] Otra de las excepciones relevantes a la tesis que sostenemos se dio en materia agraria, donde, a partir de la resolución del 25 de enero de 1929 en el amparo promovido por la sucesión de Jesús Olvera, la Segunda Sala sostuvo la improcedencia del amparo respecto de las resoluciones que afectaban tierras destinadas a la dotación de ejidos. Sobre este importante asunto, *cfr.* CABRERA, L. *op. cit.*, tomo I, pp. 399-442.

[35] Como no podía ser de otra forma, las características de la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte se debió a la calidad individual de sus miembros. Como apuntó Emilio Portes Gil en sus memorias,

a) Si recurrimos a la idea de los bloques,[36] debe decirse en primer término que las tesis más importantes aluden a las garantías individuales. En principio, no hay una definición o concepto general de las mismas, sino señalamientos específicos acerca de lo que constituye su contenido y su alcance respecto de las autoridades públicas.[37] Respecto a las libertades publicas, la Corte sostuvo que la libertad de expresión no tiene otras restricciones que los ataques a la moral o la provocación a la comisión de un delito, "por lo que aquellas manifestaciones que tienden a hacer prosélitos para determinada bandería política o ideológica, no pueden constituir, entre tanto no alteren realmente el orden público, delito alguno, y reprimirlo constituye una violación a las garantías individuales".[38] De la libertad de trabajo se dijo que sólo puede limitarse cuando es ilícita o afecta

"Durante todo el mes de diciembre de 1928 me dediqué a hacer una selección de los abogados que, en mi concepto, reunían las mejores cualidades para integrar los Tribunales. Consciente de mi responsabilidad como Jefe del Poder Ejecutivo y además, como abogado conocedor del Foro Mexicano, me sentía doblemente obligado a hacer una designación que se tradujese en prestigio para mi administración y que acabara con la serie de inmoralidades y corruptelas que pesaban sobre los Tribunales desde hacía muchos años y que, a pesar de las severas críticas de la prensa y de las instituciones jurídicas, no habían podido desterrarse… El 20 de diciembre de 1928, remití al Senado de la República, para su aprobación, los nombramientos que hice de los jurisconsultos que constituirían la Suprema Corte de Justicia de la Nación… La honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación quedó integrada en la siguiente forma: Licenciado Julio García, Daniel V. Valencia, Fernando de la Fuente, Francisco Barba, Jesús Guzmán Vaca, Arturo Cisneros Canto, Paulino Machorro Narváez, Enrique Osorno Aguilar, Francisco Días Lombardo, Salvador Urbina, Joaquín Ortega, Carlos Salcedo, Francisco H. Ruiz, Juan José Sánchez, Alberto Vázquez del Mercado y Luis M. Calderón". *Quince años de política mexicana*, Botas, México, 1941, pp. 89-96, citado en Cabrera, L. *La Suprema Corte de Justicia durante los gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*, México, Suprema Corte de Justicia, 1998, pp. 223-24. Para un señalamiento general del papel que debía cumplir la nueva Corte respecto de su antecesora, *cfr.* GARCÍA, T. "La reconsideración administrativa", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 1930, p.p. 112-117. Sobre la modificación de ese criterio, *cfr.* Carrillo Flores, A. "La reconsideración administrativa y el término para interponer el amparo", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, 1934, pp. 90-93.

[36] La idea de los bloques refiere a una identificación de cinco criterios a partir de los cuales la Suprema Corte realizó consideraciones relacionadas con la Constitución. Los bloques son los siguientes: i) aquel en relación con las garantías individuales; ii) el status que la Corte otorgó a los órganos de representación respecto del texto constitucional; iii) se forma con los criterios que definen la posición de la Constitución dentro del sistema de fuentes, de forma adicional al criterio de supremacía; iv) lo que, a juicio de la Corte, es la Constitución; y, v) atañe a la forma en que la Suprema Corte se asignó su papel constitucional.

[37] Dentro de las pocas reglas generales que podrían encontrarse se encuentra la afirmación de que por constituir su disfrute el estado general y natural de todo habitante del territorio nacional, tal estado no debe probarse. SJF, 5, XXXIII, p. 1848, noviembre 1931.

[38] SJF, 5, XXXVIII, p. 220, mayo 1933.

a los intereses sociales, por lo que, tratándose de un conflicto de trabajo, "debe entenderse como elemento primordial, para su resolución, a estos caracteres de ilicitud o de daño social, y si no existen, es indudable que se atenta contra los derechos individuales de aquel a quien se coarta su libertad para ejercitar aquella actividad que se propone desarrollar".[39] De la libertad de prensa llegó a afirmarse que, como las instituciones republicanas sólo pueden fundarse en la libertad de la prensa, el hecho de que la misma siga "caminos extraviados" no puede conllevar a su represión, ya que "mayores males resultarían con el ahogamiento de las ideas, perenne origen de todos los abusos del poder".[40] Igualmente se sostuvo, de forma por demás explícita, que

> Siendo la prensa el más grande pedestal de las ideas, nuestra Constitución la rodea de apoyos y defensas, reconociendo la necesidad de que la razón humana se manifieste libremente. Cuando la emisión de las ideas por medio de la prensa, se dirige a censurar lo malo que la razón encuentra en los actos de la autoridad, cobra mayor importancia la libertad de la prensa, pues suprimirla es hacer desaparecer el equilibrio que debe haber entre el poder y la sociedad. La persecución de las ideas de crítica, aún en el supuesto de que sea equivocada o apasionada, no lograría otro fin que extender y propagar el error o la pasión de los que censuran sin razón, los actos de los funcionarios públicos; en tanto que la libre discusión de esos actos basta para que las censuras injustas se desvanezcan por sí mismas.[41]

En lo tocante a las garantías de seguridad jurídica, en 1930 la Corte sostuvo que el principio de retroactividad "es de observancia inexcusable, cualquiera que sea la ley, causa o motivo de la aplicación legal y el procedimiento en que ésta se haga".[42] Respecto a las garantías del acusado, en 1932 admitió la violación

[39] SJF, 5, XXVII, p. 872, octubre 1929. En sentido contrario, SJF, 5, LIV, p. 1162, octubre 1937.

[40] SJF, 5, XXXVII, p. 570, febrero 1933.

[41] SJF, 5, XL, p. 1275, febrero 1934.

[42] SJF, 5, XXX, p. 1566, noviembre 1930. Esta tesis contrasta con la sostenida en 1936, en la que, si bien respecto de una materia diversa, llegó a afirmarse que la retroactividad sí puede darse, siempre que del "pensamiento del legislador" pueda desprenderse que se está ante intereses sociales y colectivos considerados por en la ley como "muy importantes". *Cfr.,* SJF, 5, L, p. 1002, noviembre 1936.

de garantías en aquellos casos en que el Juez no hubiera puesto a su disposición la lista de defensores, por estimar que el espíritu de la Constitución es "permitir y dar facilidades al procesado, para que pueda destruir los cargos que se le hacen".[43] Se sostuvo también que los requisitos exigidos para la detención realizada con motivo de la comisión de delitos debían satisfacerse con motivo de la detención derivada de la realización de una falta administrativa.[44] Respecto de la acción penal, se declaró la inconstitucionalidad de las normas que le confieren a los Jueces facultades para determinar la responsabilidad penal del inculpado y para instituir procesos, por lo que agregó que "la frecuente violación de un precepto constitucional, lejos de ser por sí mismo, motivo legal para seguir incurriendo en ella, lo es más que suficiente para evitarla".[45]

En otras materias estableció que, en términos del artículo 31, fracción IV, "es preciso no sólo que la ley establezca el impuesto, sino que, también, fije su cuantía o proporcionalidad, la cuota y forma y términos de computarla y pagarla; de otro modo, sería la autoridad fiscal y no la ley, como quiere la Constitución Federal, la que fijaría la proporcionalidad del impuesto, con lo cual la tributación tendría un carácter arbitrario".[46] Finalmente, se dijo que el derecho a desempeñar un empleo público es de carácter político en cuanto función inherente a la ciudadanía, por lo que, al no ser una garantía individual, no es procedente el amparo contra actos de autoridad que priven al quejoso del cargo que ocupaba.[47] De este modo, la improcedencia del amparo no sólo se daba respecto

[43] SJF, 5, XXXV, p. 223, mayo 1932.

[44] *Suplemento 1933*, p. 389, noviembre 1931.

[45] SJF, 5, XXV, p. 470, enero 1929. Durante el periodo en cuestión se publicaron numerosas tesis en las que se definió de un modo acabado el sentido y los alcances de la acción penal. *Cfr.* 5, XXV, p. 1667, marzo 1929; XXVI, p. 106, mayo 1929, p. 1323, julio 1929, p. 2241, agosto 1929; XXX, p. 1990, diciembre 1930; XXXI, p. 139, enero 1931; XXXII, p. 2060, agosto 1931; XXXIII, p. 526, septiembre 1931; XLIII, s/p, enero 1933; XLVII, p. 3949, marzo 1936, por ejemplo.

[46] *Suplemento 1934*, p. 1035, 16 de abril de 1934. Como luego veremos, en la etapa que transcurre entre 1934 y 1940, la Corte llegó a cambiar el criterio de tal manera, que nuevamente negó que en la fracción IV del 31 estuviera recogida una garantía individual. *Cfr.*, SJF, 5, LXI, p. 2724, agosto 1939.

[47] SJF, 5, XXXVIII, p. 167, mayo 1933.

de los cargos públicos derivados de elecciones, sino exclusivamente cuando se ocupara y con independencia del origen de la designación.[48]

b) El segundo bloque se refiere al *status* que la Suprema Corte le asignó a los órganos de representación.[49] Ésta determinó, en algunos casos, que el criterio determinante para la comprensión de los preceptos constitucionales era la voluntad del legislador, como cuando declaró que el sentido del artículo 28 no podía reducirse a contrarrestar el acaparamiento de un artículo de consumo necesario, sino a combatir también las ventajas otorgadas en favor de ciertos productores.[50] Este mismo criterio lo utilizó para determinar que, al establecer la fracción II del artículo 21, el Constituyente quiso evitar que los Jueces hicieran presión sobre los acusados al evitar que declararan en su contra, pero no que hubiera querido evitar el examen de presuntos delincuentes. La importancia de estas tesis radica en cómo, a partir de la precisión de la obligatoriedad de las exposiciones de motivos u otras formas de identificación de la voluntad de los órganos representativos, los tribunales determinan su posición al interior del orden jurídico y terminan por construir sus funciones de control constitucional.[51] En otros casos, sin embargo, la Corte consideró (respecto al fuero de guerra) que no era suficiente la interpretación gramatical ni las discusiones dentro del Congreso Constituyente, en tanto se redujeron a determinar que el mismo debía

[48] En el mismo sentido, se sostuvo que "No quedaron comprendidos en la prerrogativa que consagra la fracción XXII del artículo 123 constitucional, para los trabajadores que empleen los particulares, pues la Constitución tendió a buscar el equilibrio entre el capital y el trabajo, como factores de la producción, circunstancias que no concurren el caso de las relaciones que median entre el poder público y los empleados que de él dependan" SJF, 5, XXV, p. 918, febrero 1929.

[49] Es importante percatarnos del aspecto cuantitativo de la cuestión que tratamos. Así, veremos que, mientras en algunos casos hay un mayor número de tesis relacionadas con la definición de las garantías individuales (tal como acontece con el que estamos exponiendo), en otros (como el cardenista) existe un mayor número de criterios respecto del *status* que la Corte le confería a los órganos de representación.

[50] SJF, 5, XL, p. 3477, abril 1934.

[51] La utilización de la voluntad del constituyente o del legislador para determinar el sentido de las normas constitucionales o legales fue utilizada por la Corte desde la entrada en vigor de la Constitución. Sin embargo, y como luego habremos de destacarlo, su uso se desarrolló de una forma impresionante durante los periodos estatista y, sobre todo, presidencialista, lo cual es determinante para comprender las funciones que en esos momentos se asignó la Corte o le fueron asignadas con motivo de la dinámica política.

subsistir. La forma correcta de entender esas cuestiones, sigue diciéndose, es atendiendo al "espíritu de esas discusiones", lo cual significa que tal fuero debe subsistir estrictamente respecto de los militares y en ningún caso involucrar a los civiles.[52]

c) Otro grupo de tesis se refieren a la forma en que la Suprema Corte definió la defensa de la Constitución. En cuanto al amparo,[53] sostuvo que se trataba de una vía de defensa de las garantías individuales,[54] o que el Estado podía promoverlo en los casos en que sus derechos patrimoniales resultaran afectados.[55] Asimismo, se determinaron dos cuestiones de la mayor importancia respecto de este proceso. Primeramente, que el amparo no sólo tenía como fin proteger las garantías individuales en provecho de los particulares, "sino, principalmente, la de procurar el cumplimiento de la Constitución". Las razones que se dieron son por demás destacadas:

> Las teorías modernas no permiten ya colocar al amparo en la categoría de una institución de fines particulares. No puede ahora establecerse un sistema de individualismo absoluto, en el que se atribuyan fines exclusivamente privados al amparo, sin relación con el interés social de que las autoridades cumplan con sus deberes y que la Constitución sea rectamente aplicada... *Por la sentencia que en el amparo se dicte, se fija el sentido de interpretación de la Constitución General y de las leyes comunes*, lo cual no puede dejarse a la torpeza y negligencia de las partes que intervienen en el juicio de garantías y que presenten pruebas deficientes; el amparo debe atenerse más a la realidad de las cosas que a la simple formalidad de carácter procesal...[56]

[52] *Suplemento 1933*, p. 1195, septiembre 1933.

[53] Las menciones se refieren primordialmente a este juicio, pues, si bien es cierto que el 15 de octubre de 1932 se resolvió la controversia constitucional entre la Federación y el Estado de Oaxaca derivada de la expedición por el segundo el 13 de febrero de ese mismo año de la Ley sobre Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos, los criterios derivados atendieron a cuestiones de competencia y no conllevaron un planteamiento de fondo acerca de los temas que estamos tratando de identificar.

[54] SJF, 5, XXV, p. 303, enero 1929.

[55] SJF, 5, XXV, p. 690, febrero 1929,

[56] SJF, 5, XXXVIII, p. 2467, agosto 1933 (cursivas nuestras). En sentido contrario, SJF, 5, LXV, p. 4413, abril 1940.

El segundo asunto no es menos importante:

> De conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tienen la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en las otras leyes secundarias, y siendo así, resultaría ilógico y antijurídico pretender que cumplieran con esa obligación si no tuvieran a la vez la facultad correlativa de discernir si las leyes que rigen los actos, materia de la contienda, se ajustan o no, al Código Supremo de la República, cuando esa cuestión forma parte del debate, ya que de aceptarse la tesis contraria, sería imponer a los jueces una obligación, sin darles los medios necesarios para que puedan cumplirla.[57]

Como veremos, las dos tesis fueron dejadas de lado por otras cortes, lo que impidió un desarrollo constitucional y judicial más interesante y descentralizado. Sin embargo, el que hayan estado en vigor durante cierta época sustenta bien la caracterización que queremos hacer del periodo que estudiamos.

d) Finalmente, y en relación con el apartado precedente, se formularon algunas tesis en las que la Suprema Corte se autoasignó sus funciones constitucionales. Primeramente, estableció que, aun cuando la Ley de Amparo debía ser acorde con la Constitución en tanto la reglamentaba, los preceptos de aquélla podían contravenir los de ésta y, por ende, podían ser declarados inconstitucionales.[58] Igualmente, definió que las autoridades administrativas carecían de facultades constitucionales para fijar la interpretación de las leyes, "pues esto solamente corresponde a la autoridad judicial federal, al estudiarse en los juicios constitucionales",[59] asunto que es de extraordinaria importancia para la forma

[57] SJF, 5, XLI, p. 644, mayo de 1934.

[58] SJF, 5, XXXI, p. 1919, marzo 1931.

[59] SJF, 5, XLV, p. 2787, agosto 1935. Pocos años después, la nueva Corte, la de Cárdenas, modificó el sentido de este precepto, y otorgó facultades a los órganos administrativos para que llevaran a cabo tales interpretaciones. En este sentido, un asunto de raíz liberal, es decir, la idea de un mundo en el que los derechos correspondían a los individuos, eran realizados a través de los tribunales y la administración actuaba al interior de sí misma pero no respecto de esos individuos, termina para dar paso a una posición por completo distinta.

en que se determinó la posición jurídica de una pluralidad de los órganos del Estado, a los que, básicamente, se reduce a aquello que Montesquieu designada como bocas que pronuncian (no interpretan) las palabras de la ley.

¿Qué resulta de la consideración conjunta de las tesis anteriores? Primero, que la nueva composición de la Suprema Corte produjo nuevos criterios jurisprudenciales. Segundo, que los criterios tuvieran, de modo predominante, un sentido liberal o, lo que es igual, a partir de la inducción de los mismos, que su sentido primordial fuera el fortalecimiento de las garantías individuales, la restricción de las atribuciones de los órganos estatales y la ampliación de las posibilidades de defensa de la Constitución.[60] Tercero, la demostración de que los órganos de justicia pueden tener una lógica propia respecto del poder político[61] y, tal vez más relevante, que el "maximato" no significó ni tuvo alcances absolutos respecto de todas las posibles formas de expresión del orden jurídico.[62] Es decir, que aun cuando los años considerados coincidan con los del dominio de Calles, la Corte estableció criterios amplios y protectores de los individuos, de ahí que, a partir de la existencia de las lógicas política y judicial, la Corte pudo construir y desarrollar su propio modelo judicial (aun en contra de las condiciones generales del régimen), o el propio régimen permitió que la Corte estableciera ciertos límites al modelo de dominación. No es este el momento para responder a esta

[60] Aun cuando el periodo en cuestión lo estemos llamando "liberal" por el sentido que se otorgó a las garantías individuales, ello no quiere decir que nos estemos pronunciando por una reducción o atemperamiento de los tecnicismos del juicio. Sobre este particular, *cfr.* GARCÍA, T. "La comprobación de la personalidad", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 1930, pp. 308-313. En sentido contrario, PENICHE LÓPEZ, V. "¿Es improcedente el amparo que se promueve contra una resolución judicial que deniega el depósito de bienes afectos a un juicio hipotecario, dentro de este procedimiento?, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 1930, pp. 322-332.

[61] Esta afirmación debe ser tomada con cuidado, pues el hecho de hablar de dos lógicas no significa que la Corte haya tenido una plena y total autonomía respecto del Ejecutivo. Por ejemplo, y en relación con la expulsión del territorio nacional de don Luis Cabrera ordenada por el presidente Ortiz Rubio, la Corte mantuvo una actitud de sumisión que claramente fue denunciada por el Ministro Vázquez del Mercado, al extremo que concluyó con su renuncia. Sobre estos acontecimientos, *cfr. El Ministro Alberto Vázquez del Mercado*, serie semblanzas, México, Suprema Corte de Justicia, 1992.

[62] Al respecto, *cfr.* MARTÍNEZ ASSAD, C. *El sentimiento de la región*, Océano, México, 2001, p. 41 y ss.

importante pregunta: basta dejar constancia de que la Corte tuvo,[63] nuevamente en lo general, una idea más o menos clara de lo que significaban las garantías individuales y sus medios de protección, aun cuando no sobre la totalidad de los elementos componentes de la Constitución. Si volvemos sobre las tesis mencionadas, resulta que no existen definiciones o concepciones generales sobre el significado de la Constitución, por lo que éstas únicamente pueden construirse a partir de las ideas individuales. Esta posibilidad termina por ser muy limitada tanto para dotar al sistema constitucional de un sentido propio, como para permitir realizar las diversas funciones constitucionales ya mencionadas.

[63] Para una mención temprana respecto del choque ideológico que se estaba dando entre los abogados de la Barra Mexicana y los del Sindicato de Abogados, *cfr.* MACHORRO, P. "¿Orientación o desviación?", *El Foro*, X, No. 2, abril-junio 1929, pp. 71-82.

LA INTEGRACIÓN DE LA SCJN Y EL PJF EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917. SUS PRIMEROS AÑOS

THE INTEGRATION OF THE SCJN AND THE PJF IN THE CONSTITUTION OF 1917. THE EARLY YEARS

Humberto Morales Moreno*

Resumen

Artículo en el que su autor hace un breve recorrido histórico de los cambios de la estructura y atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Poder Judicial de la Federación desde sus inicios hasta 1928 y que dan cuenta de los contrapesos que tuvo el centralismo de los poderes de la federación.

Palabras clave: Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, Juzgados de Distrito, Derecho Constitucional.

Abstract

The author makes a brief historical tour of the changes in the structure and attributions of the Supreme Court of Justice of the nation and the judiciary of the Federation from

* Doctor en Historia y Relaciones Internacionales. CIHES/FFYL/BUAP. Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho.

its beginnings to 1928 and that realize the counterweights that had the centralism of the powers of the Federation.

Keywords: Supreme Court, Judicial Power, Judges, Constitutional law.

1. Los antecedentes porfiristas

El Poder Judicial de la Federación (PJF) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) comienzan una etapa decisiva de su transformación con los inicios de la codificación procesal civil y penal. Se publicó el nuevo *Código de Procedimientos Federales* el 14 de noviembre de 1895. En dicho ordenamiento se señaló que el Poder Judicial de la Federación se componía de la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito. La Suprema Corte quedaría integrada por 11 Ministros propietarios divididos en tres salas, la primera de cinco y las otras dos de tres Ministros, cuatro supernumerarios, un fiscal y un Procurador General. Esto significaba que la procuración y la administración de Justicia quedaba en manos del Alto Tribunal.

Para el 6 de mayo de 1896 se reformó el *Código de Procedimientos Federales* estableciendo reglas en los recursos de revocación, aclaración, apelación, denegada apelación, casación y denegada casación. El 6 de octubre de 1897 se reformó nuevamente el *Código de Procedimientos Federales*, en el que se contempló por primera vez al *Recurso de Amparo* como un *juicio especial*. El Amparo tenía por objeto resolver toda controversia que se suscitara: a) por leyes o actos de cualquiera autoridad que violaran garantías; b) por leyes o actos de la autoridad federal que vulneraran o restringieran la soberanía de los Estados y c) por leyes o actos de las autoridades que invadieran la esfera de la autoridad federal. Era Juez competente para conocer del Amparo el de Distrito en cuya demarcación se ejecutare o tratare de ejecutar la ley o acto que motivare el juicio, determinándose que la *suspensión del acto reclamado* procedía *vía incidental*. En tal

sentido, se determinaba que las sentencias de los Jueces, los autos de sobreseimiento y las resoluciones que declaraban improcedente el Amparo, no podían ejecutarse ni aun de conformidad de las partes, antes de pasar a revisión de la Suprema Corte de Justicia. Se señalaba que para la revisión se debía remitir el expediente dentro de las 48 horas contadas desde que se notificaba dicha resolución. La revisión se llevaba a cabo en 15 días (esta pretensión fue en la práctica imposible).

El 6 de junio de 1899 se reformaron los artículos 24 y 33 del *Código de Procedimientos Federale*s, en lo concerniente a la distribución de los Juzgados de Distrito. En las *Memorias de Justicia*[1] publicadas ese año, se determinó el establecimiento de otro Tribunal de Circuito, dado que la experiencia demostraba que para la tramitación de los negocios cuyo conocimiento competía a dichos Tribunales era muy crecido el número de estos, reduciéndose a tres de los Circuitos existentes. Se dispusieron algunas directrices para que los Jueces de Distrito dieran aviso a las empresas ferroviarias cuando requiriesen la declaración de sus empleados, proveyendo para que las diligencias se realizaren por conducto de la autoridad local y que procurasen que en lo que concernía a los empleados de Correo, encomendaren la realización de diligencias al Juez de la localidad donde se encontraban, para que la practicara en auxilio de la Justicia Federal.

En el nuevo *Código de Procedimientos Federales* del 3 de octubre de 1900 se reformó el Título Preliminar. Señalaba la estructura del Poder Judicial de la Federación compuesta de la Suprema Corte de Justicia, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. La Suprema Corte de Justicia estaba integrada por 11 Ministros divididos en tres Salas, la 1a. de cinco Ministros, la 2a. y la 3a. con

[1] *Memorias de Justicia.* Publicadas cada año por el Ministerio de Justicia y conservadas en su totalidad en el Archivo General de la Nación. En lo sucesivo la fuente hace referencia al año de su publicación.

tres Ministros; existían un Presidente y un Primero y un Segundo Vicepresidentes; contemplándose todavía al Procurador General de la República dentro de su estructura interna.

El 20 de abril de 1901 se creó el *Reglamento Interior* de la SCJN. Dicho ordenamiento no incrementó las atribuciones y facultades estatuidas en el *Código de Procedimientos Federales* de 1900, sino que delimitó la actuación al interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Entre otras cosas, se establecieron Comisiones: un Ministro de ternas; otro, inspector de Secretarías y archivo; otro, inspector de Biblioteca; otro, Director del Semanario Judicial de la Federación (Arts. 1 y 36).

El 12 de noviembre de 1908 se reformaron los artículos 11 y 72 fracción XXI de la Constitución y se adicionó el artículo 102, que fue muy importante como antecedente del futuro funcionamiento del Poder Judicial Federal posterior a la Revolución:

> Art. 102.- Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare. Cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, solamente podrá ocurrirse a los tribunales de la Federación, después de pronunciada la sentencia que ponga fin al litigio y contra la cual no conceda la ley ningún recurso, cuyo efecto pueda ser la revocación.[2]

[2] *Vid. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* México, 1908.

Finalmente, se decretó la nueva *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* publicada el 16 de diciembre de 1908.[3] En dicha ley se indica que el Poder Judicial de la Federación se depositaba en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estaba compuesta por 15 Ministros integrados en tres salas.

Entre las novedades se agregó el conocimiento desde la 1a. Instancia en la SCJN, de las causas de responsabilidad de los Magistrados de Circuito y del Procurador General de la República, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. También le correspondía a la Suprema Corte dirimir las competencias que se suscitaran entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de los estados, entre los de un estado y los de otro. Aunado a lo anterior, tenía conocimiento de los asuntos federales como *Tribunal de Apelación o como última instancia*, conforme a la gradación que hiciere el *Código* de las atribuciones de los Tribunales de Circuito y de Distrito.

El nuevo *Código Federal de Procedimientos Penales* se publicó el 16 de diciembre de 1908. En éste se estableció que la investigación de los delitos del fuero federal, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices, encubridores, constituye el objeto de la *Policía Judicial de la Federación*; y el ejercicio de ella corresponde a los funcionarios y agentes que designa el propio Código. Indica que ejercen, entre otros, la *Policía Judicial de la Federación*: los representantes del Ministerio Público Federal, los Jueces de Distrito, los Magistrados de Circuito en cuando a ellos correspondiese la instrucción de un proceso.

Se señalaba que la infracción de las leyes penales daba lugar a dos acciones: la penal y la civil. El ejercicio de la acción penal correspondía al Ministerio Público.

[3] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, 1908. En lo sucesivo todas las reformas y leyes son tomadas de la misma fuente en el año que se indica. (Publicadas también por el *Semanario Judicial de la Federación*).

Se determinó que todo funcionario o empleado público que con motivo de sus funciones tuviera noticia de la existencia de un delito que pueda perseguirse de oficio, está obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, excepto en el caso que dicho funcionario sea el mismo Juez que debiera practicar la averiguación, pues entonces sólo dará al Ministerio Público[4] la intervención que la ley le establece (Arts. 1-10).

Continuando con la codificación civil, el *Código Federal de Procedimientos Civiles* fue publicado el 26 de diciembre de 1908. Éste consideraba al Juicio de Amparo como un juicio especial, el cual se iniciaba a petición de parte agraviada, bajo el principio de relatividad, versando sobre controversias que se suscitaran por:

a) Leyes o actos de cualquiera autoridad que violasen las garantías individuales.

b) Leyes o actos de la autoridad federal que vulnerasen o restringiesen la soberanía de los estados.

c) Por leyes o actos de las autoridades que invadan la esfera de la autoridad federal. (Arts. 661-663)

El nuevo *Reglamento Interior* fue publicado el 25 de mayo de 1909. Se estableció que el Tribunal en Pleno tenía las siguientes Comisiones: un Ministro de ternas, un Ministro inspector de Secretarías y Archivo, un Ministro Inspector de Biblioteca, un Ministro inspector de Estadística y un Ministro Director del Semanario Judicial de la Federación. Se reglamentaron las Facultades del Presidente de la

[4] En este ordenamiento, el Ministerio Público y el Procurador General de la República dependían ya del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Justicia. Así la SCJN perdía la facultad de control de la procuración de justicia.

Suprema Corte así como la forma en que despachaban los asuntos las Salas (Arts. 1 y 53).

En las *Memorias de Justicia* publicadas en el año de 1910 se indicaba que el Ejecutivo realizó la codificación de las *Leyes Orgánicas del Poder Judicial de la Federación, del Ministerio Público* y los Códigos de Procedimientos, tanto *Civil como Penal.* En materia de Circulares se emitió una en la que se recomendó a los Jueces resolver de forma expedita los juicios relativos a denuncios de terrenos baldíos. En otra se dictaron reglas para la retención o libertad de los presos, al participar los Jueces de Distrito Foráneos a la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia el cumplimiento de condenas. A su vez, se expidió otra en la que se indicaba a los Jueces Federales que cuando depositaran dinero en las oficinas de Correos dieren aviso de su depósito y devolución a la Dirección General de Correos y a la Secretaría de Comunicaciones.

2. La etapa armada de la Revolución: 1911-1916

Los conflictos de la etapa armada de la Revolución de 1910 crearon un nuevo vacío de poder en la SCJN. El único sustento jurídico de fuerza que permitió un cierto orden en las jurisdicciones federales de los tres circuitos radicados en la Ciudad de México fue la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal ya citada de 1908.[5] La distribución espacial de los Juzgados de Distrito obedeció a la tradición heredada del siglo XIX de controlar las fronteras y las costas donde, en sus orígenes, muchos de estos Juzgados de Distrito funcionaron simultáneamente en suplencia de los Juzgados de Hacienda para el cobro de impuestos federales derivados de las aduanas y control del contrabando. Los años convulsos de la guerra civil de 1911-1917 no dieron mucho margen de maniobra

[5] *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, publicada el 16 de diciembre de 1908, en SCJN, *Sección de Compilación de Leyes*.

a la SCJN y al Poder Judicial Federal en su conjunto. Prueba de ello fue el decreto carrancista del 11 de julio de 1916 que determinó suprimir la Suprema Corte de Justicia, organizando provisionalmente la Administración de Justicia Federal, conforme a las leyes del 16 de diciembre de 1908, estableciendo solamente los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito como el Supremo Poder Judicial. Las resoluciones pronunciadas por los Tribunales de Circuito causarían ejecutoria. Todas las cuestiones de competencia que se suscitaran entre los Juzgados de Distrito serían resueltas por el Tribunal de Circuito, a cuya jurisdicción perteneciera el Juzgado ante quien se inició la competencia. La calificación de los impedimentos y recusaciones de Magistrado de Circuito, la haría el Tribunal de Circuito más inmediato al lugar en que ejerciera sus funciones el Magistrado impedido o recusado. Se determinó que la Primera Jefatura tenía las siguientes atribuciones:

a) Conceder el indulto en el fuero federal.

b) Conceder licencias no superiores a 15 días a los miembros de la Administración de Justicia Federal.

c) Recibir quejas por escrito sobre demoras, faltas o excesos en el despacho de los negocios de que conozcan los Tribunales Federales.

d) Conocer de las causas de responsabilidad de los Magistrados de Circuito.

e) Nombrar y remover a los miembros administración de justicia federal.

Se trataba de un gran poder centralizador de los Tribunales Unitarios ante una Corte Suprema en conflicto permanente durante la Revolución.

El Poder Judicial de la Federación entre 1911-1917[6]

Ley	Año	Circuitos	Tribunales de Circuito	Juzgados de Distrito
11.07.1916 Decreto Constitucional (Supresión de la SCJN)	1916	8	8	32
02.11.1917 Ley Orgánica	1917	9	9	36

Los ocho Circuitos Judiciales en los que descansó la Justicia Federal ante la supresión de la Corte en 1916 fueron: Distrito Federal, Guadalajara, Mazatlán, Lerdo, Saltillo, San Luis Potosí, Orizaba y Mérida. Controlaron 32 Jueces de Distrito que cubrieron el territorio nacional tratando de mantener la jurisdicción existente en el periodo anterior a la Revolución.

Juzgados de Distrito Históricos entre 1916-1917[7]

Estado	Juzgados de Distrito (JD)	Años
Aguascalientes	JD	1895-1917
Baja California	JD (Ensenada)	1895-1917
Baja California Sur	JD (La Paz)	1895 1917
Campeche	JD	1895-1917
Coahuila	JD (Saltillo) JD (Piedras Negras) JD (Monclova)	1895 1895-1910 1916-1917
Colima	JD	1895-1917

[6] Elaboración propia tomada de la base de datos del autor titulada "Distribución de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito durante el siglo XX. (1917-1996) Elaborada durante su colaboración como Subdirector de Archivos Foráneos y Asesor del Centro de Documentación y Análisis, SCJN, 1995-1997. Véase también mi libro: *El Poder Judicial Federal en el siglo XX*, Ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Col. Episodios y personajes del PJF, núm. 9) México, 2007.

[7] *Ibidem*.

Chiapas	JD (Tuxtla) JD (Tapachula)	1895-1917 1895
Chihuahua	JD (Chihuahua) JD (Ciudad Juárez)	1895 1895-1917
Durango	JD	1895-1917
Distrito Federal	1o. 2o. JD	1895-1917
Guanajuato	JD	1895-1917
Guerrero	JD (Acapulco)	1895-1917
Hidalgo	JD	1895-1917
Jalisco	JD	1895-1917
México	JD	1895-1917
Michoacán	JD	1895-1917
Morelos	JD	1895-1917
Nayarit	JD	1895-1917
Nuevo León	JD	1895-1917
Oaxaca	JD (Oaxaca) JD (Tehuantepec) JD (Salina Cruz)	1895-1917 1902-1910 1917
Puebla	JD	1895-1917
Querétaro	JD	1895-1917
Quintana Roo	JD (Payo Obispo)	1917
San Luis Potosí	JD	1895-1917
Sinaloa	JD (Mazatlán) JD (Culiacán)	1895-1910 1917 1916
Sonora	JD (Guaymas) JD (Nogales)	1895 1896-1917
Tabasco	JD (San Juan Bautista) (1916-1917 Villa Hermosa)	1895-1917
Tamaulipas	JD (Tampico) JD (Nuevo Laredo) JD (Matamoros)	1895-1917 1895-1917 1895
Tlaxcala	JD	1895-1917

Veracruz	JD (Jalapa) JD (Veracruz) JD (Tuxpan)	1895 1895-1917 1917
Yucatán	JD	1895-1917
Zacatecas	JD	1895-1917

3. La SCJN y el PJF en la Constitución de 1917.
Algunos ejemplos de la práctica forense entre 1920-1921

Con la pacificación de 1917 se promulgó la nueva Ley Orgánica que restauró a la SCJN. Los antiguos nueve Circuitos Judiciales anteriores a la centralización de 1896 volvieron a restablecerse con las siguientes sedes: Distrito Federal, Querétaro, Durango, San Luis Potosí, Nogales, Guadalajara, Puebla, Oaxaca y Villahermosa. El número de Juzgados de Distrito volvió a incrementarse, dando cobertura por primera vez a todos los territorios federales. El constituyente señaló que el Poder Judicial de la Federación se depositaba en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los Tribunales de Circuito y en los Jueces de Distrito. Ese mismo año, el 2 de noviembre, se expidió la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* en la cual se señalaba que el Poder Judicial de la Federación se depositaba en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los Tribunales de Circuito, en los Juzgados de Distrito, en el Jurado Popular (figura jurídica heredada de la justicia de fuero común en el siglo XIX) y en los Tribunales de los estados y del Distrito Federal.

El 11 de abril de 1919 se expidió el nuevo Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que aparece el Recurso de Súplica (donde se sometía la cuestión debatida en el Juicio al conocimiento de la Suprema Corte con plenitud de Jurisdicción). Se emitieron reformas al Reglamento el 1o.

de mayo de 1923. En sus primeros años de funcionamiento como nuevo Alto Tribunal es interesante notar aquí que las denuncias por violaciones a garantías, derechos, y por elecciones aumentaron notablemente en corto tiempo. Las arbitrariedades de las que en su informe de 1917, el Presidente Carranza hacía alusión para terminar con la incertidumbre jurídica, tardarán mucho tiempo más en comenzar a desvanecerse ante la necesidad del Estado revolucionario de centralizar el mando ejecutivo de la nueva política nacional.[8]

Finalmente, examinando algunos expedientes de la práctica forense entre 1920-1921, la caída de Carranza justificó el sobreseimiento de acciones de rebelión de personas y grupos que quedaron legitimados políticamente por la administración de Obregón. Es el caso del Juez de Distrito en Puebla, Daniel Valencia, que ante la rebelión de Alfonso Aguilar y de José Fernández de Lara, que estaban en prisión, decidió:

> En atención a que el último movimiento revolucionario que derrocó al Gobierno de la Nación, trajo como consecuencia el reconocimiento de los núcleos que se hayan alzados en armas en diversas regiones del País, contra el propio Gobierno de la República, por virtud del Plan de Agua Prieta, debe ser considerado como la Ley que quita el carácter de delito a los hechos por los cuales se ha procesado por rebelión a los individuos que se encontraban en la Penitenciaría a disposición del Juzgado de su merecido cargo, debe en concepto del suscrito sobreseerse (foja 63r).[9]

Algunos Jueces Numerarios de Distrito, en ese mismo año de 1920, alegaban en sus sentencias que con la nueva Ley Orgánica de noviembre de 1917, emanada de la nueva Constitución, habían perdido la facultad de investigación y de

[8] Para todo lo relativo a las propuestas de cambio doctrinal de la Constitución de 1917 y el informe de Carranza véase el estudio de Ignacio Marván: *Los constituyentes abogados en el Congreso de 1916-1917,* en: Cuadernos de Trabajo del CIDE, México, noviembre de 2012. Y su anterior ensayo: ¿Cómo votaron los diputados constituyentes de 1916-1917?, en: *Política y Gobierno, Vol. XIV,* núm. 2, 2007, pp. 309-347.

[9] Archivo Histórico del 1o. JD en Puebla. PJF. Penal. Año 1920.

coadyuvar como policía judicial, directamente en las averiguaciones previas. Así, en la causa penal por robo contra Sebastián Soto, el numerario del 1o. JD de Puebla decidió dejarlo en libertad por:

> En los textos 21 y 102 del Pacto Federal, han quitado a los Jueces en carácter que antes tenían, de Agentes de la Policía Judicial. En consecuencia, ya el Juzgador no puede mandar practicar, de oficio, diligencia alguna sino que debe limitarse a recibir las demostraciones que se le ofrezcan y fallar con las constancias que obran en los autos" (foja 10) Por lo que no hay delito que perseguir.

Lo anterior derivado de la mala integración de la averiguación previa por parte del Ministerio Público de la Federación. Algunos Jueces tomaban decisiones claramente arbitristas o ligadas a presiones políticas evidentes, sobre todo en materia electoral. En la causa penal que se abrió contra la mesa directiva de la Junta Computadora del 2o. Distrito Electoral de Puebla, se les acusó en 1920 de no haber contado los votos de algunos pueblos del Distrito. La decisión del Juez fue: La decisión de no tomar los sufragios de los pueblos fue tomada por la Mesa directiva, quienes votaron por tal medida. Por lo que el delito es de sobreseerse.[10]

En ese mismo año el famoso empresario americano avecindado en Puebla, William Jenkins, fue acusado por declaraciones falsas a la autoridad por un secuestro que sufrió en 1919, que lo mantuvo supuestamente recluido en la Hacienda de Santa Lucía en Atlixco. Nunca se pudo probar que él haya estado ahí después de su secuestro y que haya amenazado a los peones de dicha hacienda, y aunque el Juez anotó que mintió sobre cómo pagó su rescate, el punto central de la acusación no era ese, sino las amenazas y declaraciones que el

[10] Todas las referencias de estas citas están en el Archivo Histórico del 1o. JD. Puebla. PJF. Año 1920. Causa contra Miguel Rosales. Penal.

empresario había hecho en dicha hacienda, y como no pudo probarse que hubiera estado ahí, se dictó sobreseimiento del mismo.[11]

4. La estructura de la SCJN y el PJF entre la Ley Orgánica de 1917 y la Reforma de 1928

La nueva *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, después de la inicial emanada del Constituyente, fue expedida el 11 de diciembre de 1928. Contemplaba como órganos del Poder Judicial de la Federación a la Suprema Corte compuesta por 16 Ministros divididos en tres salas, los cuales conocían de las controversias entre estados, competencia entre Tribunales Federales, práctica de investigaciones, indultos, excusas e impedimentos. Los Tribunales de Circuito conocían de apelaciones de Jueces de Distrito y Denegadas apelaciones. Los Jueces de Distrito conocían de juicios entre un estado y uno o más vecinos de estos; amparos, controversias penales y civiles por aplicación de Tratados Internacionales, controversias del orden Civil y Penal por aplicación de Leyes Federales y Asuntos del Orden Civil. Nuevamente se contemplaba la organización del Jurado Popular para causas penales. Esta ley orgánica no varió mucho las atribuciones del PJF de lo que ya se había establecido en el ordenamiento de 1908, sólo ratificaba el centralismo excesivo de atribuciones judiciales en manos del Poder Ejecutivo. En el ordenamiento de 1917 se estableció que los Magistrados del Tribunal Unitario durarían en su cargo cuatro años y dentro de sus atribuciones se agregaron las de competencia en investigación por violaciones al voto popular. Por primera vez la SCJN designaría a los Magistrados del Tribunal Unitario en forma directa. Pero en contrapartida de esta atribución, la Ley Orgánica de 1928

[11] 1o. JD Distrito Puebla. PJF. Año 1920. Penal. Causa contra Guillermo O. Jenkins.

le otorgó al Presidente de la República el derecho de designar a los Ministros de la Corte con la previa autorización del Senado de la República. La centralización del Poder Judicial Federal bajo control del Ejecutivo tuvo algunos contrapesos importantes. Como consecuencia de los debates que se llevaron a cabo en la década de los años 20 sobre las ventajas y desventajas de la inamovilidad de los funcionarios judiciales, la Ley Orgánica de 1928 contempló finalmente el principio de inamovilidad tanto de Ministros como de los Jueces de distrito (excepto juicios de responsabilidad por mala conducta o remoción a grado superior). Para finales de 1928 la Corte funcionaba con 16 Ministros en pleno o en tres salas. Veamos la evolución estadística del PJF en este periodo.

El Poder Judicial de la Federación entre 1917-1928[12]

Ley	Año	Circuitos	Tribunales de Circuito	Juzgados de Distrito
02.11.1917 Ley Orgánica	1917	9	9	36
12.12.1928 Ley Orgánica	1928	6	6	45

Es interesante observar la reducción de los Circuitos Judiciales a seis en 1928, distribuidos en las siguientes sedes: D.F., Aguascalientes, Monterrey, Guadalajara, Puebla y Mérida. En contrapartida de la inestabilidad territorial de algunos Circuitos en cuanto a su sede permanente, los Juzgados de Distrito afianzaron su presencia territorial con el inicio del crecimiento de los asuntos en ciertas capitales.

[12] Elaboración propia tomada de la base de datos del autor titulada "Distribución de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito durante el siglo XX. (1917-1996) Elaborada durante su colaboración como Subdirector de Archivos Foráneos y Asesor del Centro de Documentación y Análisis, SCJN, 1995-1997.

Juzgados de Distrito Históricos en 1928[13]

Estado	Juzgados de Distrito (JD)	Años
Aguascalientes	JD	1895-1928
Baja California	JD (Ensenada) JD (Tijuana)	1895-1917 1928
Baja California Sur	JD (La Paz)	1895 1917-1928
Campeche	JD	1895-1928
Coahuila	JD (Saltillo) JD (Piedras Negras) JD (Monclova) JD (Torreón)	1895 1895-1910 1928 1916-1917 1928
Colima	JD	1895-1928
Chiapas	JD (Tuxtla) JD (Tapachula)	1895-1917 1895
Chihuahua	JD (Chihuahua) JD (Ciudad Juárez)	1895 1928 1895-1928
Durango	JD	1895-1928
DF	1o. 2o. JD 3o. 4o. 5o. 6o. JD	1895-1928 1928
Guanajuato	JD	1895-1928
Guerrero	JD (Acapulco)	1895-1928
Hidalgo	JD	1895-1928
Jalisco	1o. JD 2o. JD	1895-1928 1928
México	JD	1895-1928
Michoacán	JD	1895-1928
Morelos	JD	1895-1928
Nayarit	JD	1895-1928
Nuevo León	JD	1895-1928

[13] Ídem.

Oaxaca	JD (Oaxaca) JD (Tehuantepec) JD (Salina Cruz)	1895-1928 1902-1910 1917-1928
Puebla	1o. JD 2o. JD	1895-1928 1928
Querétaro	JD	1895-1928
Quintana Roo	JD (Payo Obispo)	1917-1928
San Luis Potosí	JD	1895-1928
Sinaloa	JD (Mazatlán) JD (Culiacán)	1895-1910 1917-1928 1916
Sonora	JD (Guaymas) JD (Nogales)	1895 1896-1928
Tabasco	JD (San Juan Bautista) (1916-1917 VillaHermosa) (Puerto Obregón)	1895-1917 1928
Tamaulipas	JD (Tampico) JD (Nuevo Laredo) JD (Matamoros)	1895-1928 1895-1928 1895
Tlaxcala	JD	1895-1928
Veracruz	JD (Jalapa) 1o. JD (Veracruz) 2o. JD (Veracruz) 3o. JD (Tuxpan)	1895 1895-1928 1928 1917-1928
Yucatán	1o. JD 2o. JD	1895-1928 1928
Zacatecas	JD	1895-1928

De esta lista destaca la supresión momentánea de los JD en Chiapas; los que al parecer quedaron bajo la jurisdicción del JD de Tehuantepec en el puerto de Salina Cruz. Estados como Yucatán, Veracruz, Oaxaca, Puebla, Tamaulipas, Jalisco, Chihuahua, Coahuila y el D.F. aumentaron sus JD a por lo menos dos. En algunas entidades las jurisdicciones de los JD abarcaban municipios de otros estados.

Archivos y Bibliotecas consultados

Archivo histórico del 6o. Circuito Judicial del PJF. 1o. y 2o. JD. Tribunal Unitario: 1896-1920. Civil, Penal y Amparo. Casa de la Cultura Jurídica "Ministro Ernesto Solis". Puebla.

Biblioteca del Archivo General de la Nación:

Memorias de Justicia: 1896-1914.

Diario Oficial de la Federación, México, 1896-1920.

Biblioteca de la Suprema Corte de justicia de la Nación:

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, años 1908, 1917, 1928.

Referencias

CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia, la Revolución y el Constituyente de 1917 (1914-1917),* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1908.

CÓRDOVA, Arnaldo, *La ideología de la Revolución Mexicana,* México, Era, 1973.

CRUZ BARNEY, Oscar, "Presentación" en: Jesús Romero Flores, *Historia del Congreso Constituyente. 1916-1917*, México, SEP/UNAM/IIJ/INEHRM, 2014.

Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario. México, IIJ-UNAM, 1992.

GONZÁLEZ, María del Refugio, *La administración de Justicia antes y después de la Revolución (1910-1920),* México, SCJN, 2015.

LIRA, Andrés, "Revolución, derechos sociales y positivismo jurídico en México, 1870-1920", en *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant,* México, Facultad de Derecho, UNAM, 1988, pp. 259-272.

MARVÁN, Ignacio, *Los constituyentes abogados en el Congreso de 1916-1917,* en: Cuadernos de Trabajo del CIDE, México, noviembre de 2012.

_____, "¿Cómo votaron los diputados constituyentes de 1916-1917?", en: *Política y Gobierno, Vol. XIV,* núm. 2, 2007, pp. 309-347.

MORALES MORENO, Humberto, *Luis Cabrera Lobato 1876-1954*. Ideólogo del Estado y la Revolución en México, México, Las Ánimas, 2012.

_____, "El sexto circuito judicial del estado de Puebla: 1826-1997 (de la inestabilidad político-institucional a la federalización eficaz)" en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho,* Vol. XVIII, 2006, pp. 99-119.

_____, *El Poder Judicial Federal en el siglo XX*, Ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Col. Episodios y personajes del PJF, núm. 9) México, 2007.

_____, *Las tribulaciones de la SCJN entre la legalidad y la legitimidad: 1912-1917*. SCJN, México, Comisión BYC-PJF. (Col. La Justicia durante el Porfiriato y la Revolución, 1898-1914. No. 6), 2010.

SCHMILL, Ulises, *La Suprema Corte de Justicia, la Revolución y el Constituyente de 1917 (1914-1917), en: La Constitución Mexicana de 1917*: Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes. México, UNAM/IIJ, 1990.

SERRANO ÁLVAREZ, Pablo (coord.), *Cronología de la Revolución (1906-1917)*, México, INEHRM, 2010.

SMITH, Peter H., "La política dentro de la revolución: el congreso constituyente de 1916-1917", *Historia mexicana,* vol. XXII, núm. 3, México, El Colegio de México, 1973.

Doctrina Constitucional

PONDERACIÓN Y SENTIDO COMÚN JURÍDICO*

DELIBERATION AND LEGAL COMMON SENSE

Manuel Atienza**

Resumen: En este artículo el autor sintetiza algunas de sus posturas teóricas de trabajos anteriores y escudriña la categoría conceptualmente poco clara del "neoconstitucionalismo", ya que considera que bajo esa denominación suele incluirse a autores y concepciones del Derecho distintas entre sí e incluso incompatibles. En segundo lugar, aborda algunos de los problemas y críticas que plantea el uso de la ponderación partiendo de lo que define como sentido común jurídico existente, es decir, la respuesta a preguntas básicas para establecer un piso para la discusión ulterior. Concluye que la teoría del Derecho moderna ha derivado en el análisis de problemas muy específicos y lo que falta es explicar, desde el ámbito práctico, cómo funciona el razonamiento ponderativo a propósito de problemas jurídicos particularmente significativos.

Palabras clave: Ponderación, argumentación, interpretación, racionalidad, teoría del Derecho.

Abstract: In this article, the author synthesizes some of his theoretical positions of previous works and scrutinizes the conceptually unclear category of "Neo

* Una version de este artículo fue publicado previamente por la Universidad de Alicante. Se reproduce con permiso del autor.

** Doctor en Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

constitutionalism", since he considers that under that denomination it is usually included authors and conceptions of the right different from each other and even incompatible. Secondly, it addresses some of the problems and criticisms posed by the use of weighting based on what it defines as an existing legal common sense, i.e. the answer to basic questions to establish a floor for further discussion. He concludes that the theory of modern law has resulted in the analysis of very specific problems and what is missing is to explain from the practical field how the ponderous reasoning works with regard to particularly significant legal problems.

Keywords: Deliberation, Legal Argumentation, Rationale, Contemporary, Theory of Law.

1.

En muchas ocasiones, la teoría del Derecho, o cierta teoría del Derecho, se ocupa de cuestiones que no parecen interesar mucho ni a quienes cultivan otras disciplinas jurídicas ni a los juristas prácticos. Pongo tres ejemplos que me vienen ahora a la cabeza: la distinción entre permisos en sentido fuerte y en sentido débil, sobre la que tanto se ha escrito en la iusfilosofía del mundo latino en los últimos años; la enésima interpretación de algún aspecto de la teoría del Derecho de Kelsen (la norma fundamental, pongamos por caso); o la socorrida distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo, que al común de los juristas suele dejarle bastante indiferente. No pretendo decir que esos problemas no sean importantes. Hasta cierto punto lo son, y creo que un conocimiento básico de los mismos y de las soluciones que se han propuesto para ellos resulta (o debería resultar) de interés general para los juristas. Pero me parece también que la sofisticación a la que se ha llegado en el análisis de esas cuestiones recuerda demasiado a las burlas que von Ihering dirigía a los juristas (formalistas) entretenidos, en su cielo de los conceptos jurídicos, en sutilezas carentes de cualquier interés práctico: recuérdese lo de la máquina que permitía partir un cabello en 999.999 partes iguales, y otras lindezas por el estilo. De manera que, sin justificar –por supuesto– el desdén que por el trabajo iusfilosófico

muestra muchas veces el resto de los juristas, no puede descartarse tampoco que los filósofos del Derecho tengamos alguna responsabilidad a la hora de explicarse esa falta de interés.

De hecho, hay algunas cuestiones últimamente muy tratadas en la teoría del Derecho que sí parecen haber tenido una considerable repercusión en otras disciplinas jurídicas y, muy en especial, en la práctica del Derecho. Pondré también tres ejemplos de ello: el concepto de principio jurídico (y la distinción entre los principios y las reglas); el (neo)constitucionalismo, que algunos tribunales (como el Tribunal Constitucional del Ecuador) parecen considerar como la teoría del Derecho propia de su sistema jurídico y, por extensión, de los sistemas del Estado constitucional avanzado; y la ponderación, en cuanto método peculiar de razonamiento jurídico.

En no pocas ocasiones, esas tres nociones aparecen estrechamente conectadas. Así, Ferrajoli ha contrapuesto recientemente su concepción positivista (garantista) del Derecho a lo que llama "constitucionalismo principialista o argumentativo",[1] y caracteriza esta última postura por el papel sobresaliente que otorga a los principios y a su método peculiar de aplicación, la ponderación, y por la tendencia a identificar o a no distinguir con la suficiente claridad entre el Derecho y la moral; todo lo cual le lleva a proponer para esta última concepción el rótulo de "neoconstitucionalismo" que, sin embargo, no le parece en absoluto apropiado para el "constitucionalismo" (sin el "neo") garantista o normativista que él propugna. Y esquemas parecidos pueden encontrarse en muchos otros autores. Por ejemplo, García Amado califica a las concepciones "neoconstitucionalistas" de "iusmoralistas" y las critica precisamente por dejar de lado al Derecho positivo (lo establecido por el legislador) y pretender sustituir a esa

[1] Véase, FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012; el libro reproduce el contenido del núm. 34 de la revista *Doxa.*

autoridad democrática (si se trata del sistema jurídico de un Estado de Derecho) por las preferencias morales del teórico de turno que se justificarían (falazmente) mediante el recurso a los principios y a la ponderación.[2]

Yo también creo que los tres conceptos a los que me estoy refiriendo están estrechamente relacionados entre sí. Pero ocurre que se trata de conceptos extraordinariamente confusos quizás debido, sobre todo, a que con mucha frecuencia se usan en el contexto de polémicas en las que no se trata tanto de entender al otro, cuanto de derrotarle en el transcurso de una discusión. En mi opinión, esa falta de claridad conceptual se detecta tanto entre los teóricos que hacen uso de, o que han elaborado, esas categorías, como entre los prácticos que parecen haber decidido utilizarlas en su trabajo de aplicación e interpretación del Derecho. Pongo un ejemplo de cada una de esas dos situaciones.

En el trabajo de Ferrajoli al que me acabo de referir, a mí me incluía dentro de lo que él denominaba "neoconstitucionalismo" "tendencialmente iusnaturalista", "constitucionalismo principialista o argumentativo", etc. Sin embargo, y con independencia del carácter más o menos adecuado de esos rótulos, la diferencia entre lo que él pensaba que yo pienso (sobre cómo entender los principios, la ponderación o la separación/distinción entre Derecho y moral) y lo que realmente pienso al respecto es considerable (lo que no quiere decir que entre nosotros no haya ninguna diferencia: las hay, sobre todo, en un par de extremos que me parecen significativos: yo no soy iuspositivista y defiendo el objetivismo moral). Y algo parecido puede decirse, me parece, de las críticas que Ferrajoli dirige a los autores que engloba dentro del "neoconstitucionalismo": Alexy, Dworkin o Nino sostienen, en mi opinión, tesis que no son exactamente las que Ferrajoli les atribuye. El otro ejemplo que aquí quiero poner –digamos, para "compensar"– se refiere al uso que muchos tribunales latinoamericanos hacen precisamente de la teoría del propio Ferrajoli: con muchísima frecuencia se apoyan en él

[2] Véase, GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en MANTILLA, F., *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

para defender el tipo de planteamiento que suele calificarse de "activista" (también este, por lo demás, un término necesitado de clarificación) sin advertir, al parecer, que Ferrajoli es un crítico severo de esas posiciones y un ferviente defensor del deductivismo jurídico en relación con la jurisdicción. Los jueces, en su opinión, no son (no deben ser) órganos creadores de Derecho (usando procedimientos como la ponderación), sino que tienen que aplicar el Derecho en forma silogística (deductiva) para no invadir competencias (legislativas) que no les corresponden. Ferrajoli no se ha cansando de repetir que la jurisdicción (de acuerdo con su concepción garantista del Derecho) sólo puede (para ser legítima) cumplir una función *cognoscitiva*: y sólo se puede conocer, naturalmente, algo previamente existente.

Bueno, yo no me voy a ocupar aquí más que del tercero de estos tres conceptos: el de ponderación. Pero dada la estrecha conexión existente con los otros y la confusión a la que acabo de referirme, he de empezar por aclarar algunas cosas en relación con esas dos nociones.

A propósito de los principios, me parece que una de las mayores fuentes de confusión viene de la manera como se contraponen los principios a las reglas. Y lo que en mi opinión habría que aclarar al respecto es que, los principios y las reglas son dos tipos característicos de enunciados jurídicos, aunque no sean los únicos; hay muchas otras "piezas" que componen un sistema jurídico: definiciones, enunciados de valor, normas constitutivas, etc. Hace años traté de construir, con Juan Ruiz Manero,[3] una teoría de los enunciados jurídicos en la que tanto los principios como las reglas las veíamos (desde el punto de vista estructural) como enunciados condicionales. Pero la diferencia estribaba en que el antecedente (el supuesto de hecho) en el caso de los principios tenía un carácter "abierto" (en las reglas sería "cerrado") que podía expresarse también

[3] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

–siguiendo la terminología de von Wright– diciendo que los principios son "normas categóricas": sus condiciones de aplicación (supuesto de hecho) no contienen otras propiedades que las derivadas del propio contenido de la norma. Digamos: "prohibido discriminar por razón de sexo" –siempre que exista una oportunidad de efectuar un acto de ese tipo–, naturalmente, la distinción entre principios y reglas tiene un carácter gradual, puesto que las condiciones de aplicación pueden ser más o menos abiertas o cerradas, de manera que pueden presentarse perfectamente casos de vaguedad: normas respecto de las cuales puede ser dudoso si debemos calificarlas como reglas o como principios. Pero, además, dado que todas, o casi todas las reglas de un sistema jurídico (como ocurre en general con los enunciados condicionales) tienen carácter derrotable, es decir pueden tener excepciones; eso ha llevado a muchos críticos a negar que tenga sentido distinguir entre reglas y principios o, cuando menos, a negar que pueda hablarse de una distinción de carácter "cualitativo". Ahora bien, si lo que se pretende con ello es negar la relevancia de la distinción, entonces me parece que se está olvidando una cuestión muy importante, a saber: que los principios se presentan directamente como enunciados derrotables, esto es, son razones no perentorias, mientras que la vocación de las reglas es la de no resultar derrotables (son razones perentorias) por más que, en circunstancias excepcionales, puedan serlo. En resumen, la distinción entre reglas y principios, sí que es una distinción relevante (imagino que es eso lo que quiere decirse con "distinción cualitativa") pero no deberíamos verla en términos "esencialistas", sino como una distinción funcional y dinámica (lo que no excluye que pueda presentarse también en términos estructurales). Eso tiene como consecuencia, por ejemplo, que carezca de sentido discutir acerca de si los derechos fundamentales son o se expresan en reglas o en principios. El análisis normativo de un derecho (y los derechos no pueden entenderse únicamente en ese plano, esto es que tienen también una dimensión de valor inesquivable) exige tomar en consideración tanto principios como reglas. Y lo mismo puede decirse, en general, a propósito de cualquier problema jurídico de alguna importancia: su análisis (y su resolución) supone el uso tanto de principios como de reglas.

Y por lo que hace a lo del "neoconstitucionalismo", quisiera dejar claro que, a mi juicio, a pesar de su gran difusión, se trata de una expresión equivoca o, cuando menos, muy poco afortunada desde el punto de vista de la claridad conceptual, ya que bajo esa denominación suelen incluirse concepciones del Derecho que realmente son muy distintas entre sí, por no decir que incompatibles. Por eso, mi propuesta es que reservemos ese término, "neoconstitucionalismo", para englobar únicamente a las concepciones que efectivamente aceptan ese rótulo, lo que significa dejar fuera de su ámbito de aplicación tanto al constitucionalismo positivista de Ferrajoli, como al constitucionalismo no positivista (o postpositivista) en el que cabrían autores como Dworkin, Alexy, Nino o el último MacCormick. Los neoconstitucionalistas, de acuerdo con mi propuesta, serían precisamente los que tienden a ver el Derecho como un conjunto de principios (reducen las reglas a principios), de manera que incurrirían en un tipo de reduccionismo opuesto al de los positivistas (ciertos positivistas) que no ven en el Derecho más que reglas. Unos y otros vendrían a coincidir, por ello, en sostener una visión empobrecida del Derecho debido, en buena medida, a no comprender el carácter complejo de la distinción entre reglas y principios y la importancia que la misma tiene en la conceptualización del Derecho. Incurren, dicho de otra manera, en una de las modalidades de la falacia de la "falsa oposición": en el Derecho no se trata de optar entre reglas y principios, sino de conjugar esas dos necesarias dimensiones de nuestros sistemas jurídicos.

2.

Volvamos entonces a la ponderación. Antes decía que es uno de los problemas abordados por los teóricos del Derecho que sí importan a los prácticos, y ahora añado que con toda razón. En realidad, no hay caso, de esos que solemos llamar difíciles, para cuya solución los juzgadores no tengan que usar, de una u otra forma, el razonamiento ponderativo. En los primeros días de agosto de 2014, el Tribunal Supremo español (la sala primera de lo civil) dictó una sentencia de 3 de junio de 2014, que fue recogida por todos los medios de comunicación del

país. Lo esencial del fallo consistió en desheredar a unos hijos por haber incurrido en maltrato psicológico de su padre. El Código civil español establece como causa de desheredación el "maltrato de obra", y lo que ahora hace el Tribunal Supremo es interpretar esa noción de manera que en la misma se incluya también el maltrato psicológico. La defensa de los hijos aducía, en su recurso contra una decisión de una Audiencia en el mismo sentido que ahora ha ratificado el Supremo, que con ello se abandonaba el campo del Derecho para ingresar en el de la moral, y el Tribunal Supremo se vale, entre otros argumentos, del principio de la dignidad de la persona y de la ley orgánica contra la violencia de género que, específicamente, incluye el maltrato psicológico como un tipo de violencia. Bueno, sin entrar en muchos detalles, cabría decir que el tipo de argumento utilizado por el tribunal español en este caso es básicamente la analogía: el maltrato psicológico se equipara al maltrato de obra. Pero no puede olvidarse que el razonamiento analógico[4] contiene, en sus premisas, una necesaria apelación a principios jurídicos que resultan, de alguna forma, ponderados: en este caso, el principio de justicia sustantiva (no favorecer a un maltratador) habría prevalecido sobre el de seguridad jurídica (el esgrimido por los hijos). Si las cosas se vieran de otra forma (si se pensara que la seguridad jurídica juega en esa contraposición un papel prevalente), entonces parece obvio que no se hubiese procedido a la analogía. Por lo demás, el parecido de este caso con el que Dworkin hizo famoso para ilustrar su tesis de que el Derecho no consta únicamente de reglas, sino también de principios (el *Riggs v. Palmer)*, podría llevar a plantearnos esta cuestión: ¿qué hubiese ocurrido, que habría hecho el Tribunal Superior español, si en el Código civil no se incluyera ni siquiera esa referencia al "maltrato de obra"?; o, dicho de otra manera, ¿cómo hubiese discurrido entonces su ponderación?

En mi opinión, desde el punto de vista teórico, disponemos de todo un arsenal conceptual no muy difícil de exponer y que podría facilitar mucho el trabajo de

[4] Véase, ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico,* Civitas, Madrid, 1986.

los prácticos, de los aplicadores del Derecho, cuando tienen que recurrir a la ponderación; aunque no exista –no podría existir– algo así como una receta mágica cuya aplicación permita sin más resolver esos problemas. ¿Cómo se explica entonces que ese tema de la ponderación se haya vuelto tan polémico y que esté dando lugar, yo creo, a tantos malentendidos? En mi opinión, parte de la explicación (la parte "legítima") tiene que ver con una diferencia de fondo que atañe a la manera de concebir el Derecho y que, a su vez, tiene su razón de ser en una inevitable ambivalencia que presentan nuestros Derechos (probablemente todos los Derechos) y que puede reconducirse a la clásica contraposición entre seguridad (la certeza que proveen las reglas) y justicia (que en muchos casos sería imposible lograr sin cierta flexibilidad que sólo puede alcanzarse "ponderando" los diversos principios o valores que subyacen a las reglas). O sea, hay aquí un difícil ejercicio de equilibrio y es comprensible que diversos autores, diversos juristas, tiendan a enfatizar más uno u otro de esos dos valores enfrentados. La parte "ilegítima" de la explicación se relaciona, por el contrario, con las dificultades que encuentra la discusión racional para abrirse camino en ciertos campos muy proclives a la influencia de la ideología y, por consiguiente, a la comisión de todo tipo de falacias. No me refiero por lo tanto aquí a las (anteriores) dificultades objetivas y que podemos considerar como inevitables, sino a las que tienen que ver con ciertas actitudes subjetivas que muchas veces bloquean el discurso racional: un afán desmedido por ser original, crítico o polémico; la pereza intelectual (o algo peor) que suele llevar a no hacer un esfuerzo por entender bien lo que el adversario teórico está diciendo; rencillas de escuela o simplemente personales; o el clásico "sostenella y no enmendalla". Naturalmente, nadie está a salvo de incurrir en esos vicios epistémicos y, por eso, además de estar abiertos a la discusión con otros, conviene que seamos conscientes de la importancia que tiene mantener una actitud de autocrítica, de vigilancia sobre nosotros mismos. No es sólo cuestión de honradez personal, sino una condición necesaria para hacer progresar la teoría del Derecho y la cultura jurídica.

¿Qué es lo que puede decirse entonces sobre el tema de la ponderación y que, yo creo, deberíamos considerar algo así como el sentido común jurídico en la materia, a partir del cual (pero no antes) habría que plantear las cuestiones verdaderamente controvertibles? Bueno, me he ocupado varias veces de ese tema y en un trabajo de hace algunos años, titulado "A vueltas con la ponderación"[5] he tratado de fijar cuales serían, a mi juicio, esos puntos de partida que tendrían que ser aceptados por todos, presentándolos como un conjunto de respuestas en relación con las tres grandes cuestiones (o grupos de cuestiones) que la ponderación parece suscitar: 1) ¿en qué consiste?, ¿cuáles son sus características en cuanto tipo de razonamiento específico? y ¿de qué manera se diferencia de la subsunción?; 2) ¿cuándo hay que ponderar?, ¿está justificado hacerlo?, ¿puede evitarse?; 3) ¿es la ponderación un procedimiento racional?, ¿en qué consiste esa racionalidad?

Pues bien, la contestación a esas preguntas podría sintetizarse, me parece, como sigue:

Ad 1) La ponderación es un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la "justificación interna" de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles: por ejemplo, el principio de libertad de expresión, a considerar permitida tal tipo de conducta; y el principio de respeto a la intimidad,

[5] ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012.

a considerarla prohibida. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios (por ejemplo, el de libertad de expresión) derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida.

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa "fórmula del peso" ideada por Robert Alexy[6] que vendría a ser, por lo tanto, la "justificación externa" de esa segunda premisa. Como todo el mundo sabe a estas alturas, lo que viene a decir Alexy es que, cuando se producen choques entre principios (lo que para él equivale a decir, entre derechos) esos conflictos deben resolverse aplicando el principio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Este último, a su vez, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se concreta, a través de tres variables, en la fórmula del peso, siendo esas variables el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Si existe un empate (el peso de los principios es idéntico), entonces es cuando entran en juego las reglas sobre la carga de la argumentación, por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor del criterio del legislador (la deferencia al legislador).

Bien, esa doctrina alexyana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz

[6] ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho constitucional*, año 22, vol. 66, septiembre-diciembre 2002.

Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión.[7] Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de esas tres variables y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexyana se entiende sensatamente, nos damos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tópica que nos ayuda a argumentar, a construir la justificación externa de esa segunda premisa: lo que viene a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, los "lugares" a los que tenemos que acudir (que podrían traducirse también en "preguntas críticas" a hacerse) son: "la medida M es idónea para alcanzar X"; "no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y"; "en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más –es más importante– que Y"; etcétera.

Yo diría que esto es puro sentido común, pero que puede ser bastante útil para llevar adelante una discusión ordenada al respecto, por ejemplo en el seno de un tribunal. Y, en realidad, esa parece haber sido también la intención de Alexy cuando afirma que su fórmula del peso, en relación con la ponderación, es el equivalente al *modus ponens* a propósito de la subsunción: un esquema simplemente formal. Su error, en mi opinión, ha sido más bien retórico, de presentación, quizás motivado por la manía germánica por el orden y los números, por establecer reglas exactas y de aplicación automática para la resolución de todos los problemas. Los europeos del sur sabemos últimamente mucho de ello, a propósito de la obsesión de los alemanes por evitar la inflación, y por hacernos seguir reglas de austeridad que tanto están contribuyendo a deteriorar gravemente la

[7] VAZ FERREIRA, Carlos, Lógica viva, Losada, Buenos Aires, 1962.

situación económica (y no sólo) de Europa: un deterioro del que probablemente tampoco se librará la propia Alemania. Pero, en fin, ni Alexy ni su doctrina de la ponderación tienen la culpa de eso; al contrario, introducir algo de ponderación, de flexibilidad, en la aplicación de esas políticas económicas podría equivaler a introducir también algo de sensatez: el razonamiento económico guarda sin duda cierto parecido con el jurídico.

Ad 2) La contestación a la pregunta de cuándo hay que ponderar es también bastante evidente: cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna.

Pues bien, si se entiende que el Derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo, en el nivel de las reglas, esto es, que puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el Juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el Juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del Derecho.

La pregunta de cuándo está justificado acudir a la ponderación y cuándo no, en relación con los supuestos de lagunas axiológicas: que es cuando la pregunta se plantea, no puede contestarse en abstracto, pero me parece que puede ser útil distinguir tres situaciones que, recurriendo a la conocida terminología de

Schauer,[8] podrían expresarse en términos de tres tipos distintos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar; por acudir a un ejemplo socorrido: aunque la regla diga que está prohibido entrar a un restaurante con un perro, la prohibición debemos extenderla también a los osos, pero no al perro lazarillo de un cliente ciego. Que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar al juego del Derecho. Y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla.

Ad 3) Finalmente, la pregunta de si la ponderación es un procedimiento racional debe contestarse, en mi opinión, en el sentido de que puede serlo, aunque no siempre lo sea: obviamente, es posible ponderar mal o ponderar cuando (o por quien) no debe hacerlo. Por lo demás, la noción de racionalidad que aquí se está manejando no puede ser otra que la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática. Justificar, motivar, una decisión judicial quiere decir poner las buenas razones relevantes para el caso en una forma adecuada para lograr la persuasión. Algo relativamente simple de alcanzar, o de cumplir, en los casos fáciles (cuando hay una regla que controla el caso y que no resulta discutible) y mucho más arduo en los casos difíciles, en los que

[8] SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

tenemos que manejar principios y recurrir (con un alcance mayor o menor) a la ponderación.

En un trabajo que tiene ya algunos años[9] traté de explicar en qué consistía esa racionalidad práctica o ponderativa, a partir del análisis de una serie de casos resueltos por el Tribunal Constitucional español a propósito de los conflictos que se producían entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Señalaba que el Tribunal había ido construyendo en su jurisprudencia una serie de reglas mediante un método que se basaba en la conformación (más o menos explícita) de una taxonomía que permitía fijar categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, conflictos entre libertad de información y derecho al honor, entre libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y derecho al honor, etc.) y estableciendo, en relación con cada una de esas categorías, lo que llamaba "reglas de prioridad" (por ejemplo: "cuando se trata de un conflicto entre la libertad de información que afecta a una persona con relevancia pública y el derecho al honor, entonces tiene prioridad la libertad de información, a no ser que…"). Y lo que me parecía (y me parece) importante destacar es que, cuando la ponderación se hace de manera adecuada, la construcción de esa taxonomía y de esas reglas de prioridad no sigue un procedimiento arbitrario, aleatorio, sino que el tribunal se guía precisamente por lo que solemos llamar criterios de racionalidad práctica: se esfuerza por preservar el principio de universalidad, de coherencia, etc. Lo que le mueve no es simplemente la solución de un caso, sino la pretensión de que esa solución puede servir de pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aun no tenidas en cuenta y que le obligarán a introducir cambios en la taxonomía y en las reglas. Lo que pide la racionalidad en estas situaciones (en situaciones en las que es preciso llevar a

[9] ATIENZA, Manuel, "Juridificar la bioética", en *Claves de razón práctica*, vol. 61, 1996.

cabo una deliberación: una deliberación práctica) no es simplemente seguir reglas preestablecidas, sino reformularlas, precisamente para cumplir con el sentido, con la razón de ser, de esas reglas.

3.

Como antes decía, toda esta doctrina me parece que tendría que considerarse como sentido común jurídico; si se quiere, tópicos, puntos de partida, comúnmente aceptados. Pero lo que ofrece la teoría del Derecho contemporánea, por lo menos a primera vista, es un panorama muy distinto, pues prácticamente todas y cada una de las anteriores afirmaciones parecen haber sido cuestionadas. Examinemos entonces (algunas de) esas críticas, siguiendo el mismo esquema que hasta aquí traíamos.

3.1. A propósito de la estructura de la ponderación, es frecuente contraponer sin más la subsunción a la ponderación, el uso de esquemas de aplicación de carácter lógico-deductivo a la arbitrariedad subjetiva del juzgador (en esto se traduciría la apelación a la ponderación). Pero, como hemos visto, es perfectamente posible reconstruir el argumento ponderativo con una fórmula lógica, análoga (aunque algo más compleja: recuérdese que contiene dos tramos, el segundo de los cuales es una subsunción) al *modus ponens*. En uno y otro caso (o sea, según se parta de principios o bien de una regla como premisa mayor) se puede hablar de justificación interna (paso de las premisas a la conclusión) y de justificación externa (establecimiento de las premisas) y la dificultad argumentativa, naturalmente, está en esto último, en el establecimiento de las premisas que, tampoco en relación con la subsunción, se puede llevar a cabo mediante procedimientos puramente deductivos: de ahí la importancia de los cánones de interpretación, en relación con la premisa normativa, y de los criterios (probabilísticos, inductivos) de apreciación de la prueba, en relación con la premisa

fáctica. De manera que ni la llamada subsunción se puede reducir a un procedimiento puramente deductivo, ni deja de haber tampoco en la ponderación un armazón lógico, deductivo.

Otra crítica usual consiste en oponerse a la ponderación (o a cierta manera de entenderla) por su carácter casuístico, particularista. En eso se basa, por ejemplo, la crítica que Moreso le ha dirigido a Alexy. En opinión de Moreso, Alexy habría propuesto un modelo de ponderación *ad hoc*, puesto que "una sola propiedad diferente puede comportar una solución diferente para el caso".[10] Pero me parece que esta última afirmación se sustenta claramente en un error de interpretación respecto a lo que Alexy (y, creo, cualquier defensor sensato de la ponderación) realmente dice. Una sola característica diferencial puede, efectivamente, justificar que se haga una excepción, que se modifique la regla de prioridad de que antes habíamos hablado, pero recuérdese que la conclusión del primer tramo del esquema ponderativo es una regla. De manera que introducir en ella una nueva característica (una excepción) no quiere decir que se abandone el principio de universalidad, ni que se incurra en ningún tipo de casuismo o de particularismo. Lo que Moreso presenta como una alternativa (lo que llama "estrategia especificacionista") no es, por ello, nada distinto a lo planteado por Alexy. Repitámoslo una vez más: lo que importa (para cumplir con la exigencia de universalidad) no es si una o varias características distintivas permiten elaborar una nueva categoría, sino que esa taxonomía se construya de manera consistente y coherente: que siempre que aparezca(n) esa(s) propiedad(es) diferente(s) se esté dispuesto a aplicar la misma solución (que los casos iguales se traten igual); y que las distinciones consideradas relevantes estén justificadas de acuerdo con los principios y valores del ordenamiento (que se haya operado de manera coherente).

[10] MORESO, José Juan: "Alexy y la aritmética de la ponderación", en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 24.

3.2. Quienes niegan que está justificado utilizar en el Derecho (en la aplicación del Derecho; el recurso a la ponderación por parte del legislador lo hemos dejado fuera de nuestro tema) procedimientos ponderativos sustentan también la tesis de que el Derecho puede verse exclusiva o muy preponderantemente como un sistema de reglas. Es la postura que puede encontrarse en positivistas como Ferrajoli[11] o como García Amado[12] y que, como antes decía, viene a ser la contrafigura del neoconstitucionalismo, que no ve en el Derecho más que principios (puesto que estos autores reducen las reglas a principios). Ambas concepciones me parecen equivocadas y llevan, argumentativamente, a exagerar, respectivamente, el papel de la subsunción o el de la ponderación. En concreto, la pretensión de los primeros de esos autores (los positivistas) de prescindir de la ponderación me parece insostenible, por lo siguiente.

En primer lugar, porque aunque se tenga la idea de que el Derecho consiste exclusiva o fundamentalmente en un sistema de reglas, a mi juicio no se puede negar la posible existencia de lagunas normativas: casos no resueltos, o no resueltos con claridad, por el sistema de las reglas. Se podría decir (algunos dicen) que, en esos casos, el jurista no necesita recurrir a la ponderación, sino que le basta con la subsunción y con el manejo de los clásicos argumentos interpretativos. Pero estos últimos argumentos (recuérdese el ejemplo de la analogía) no son en realidad ajenos a los principios y, por lo tanto, a la ponderación. Me parece que aquí puede haber un cierto uso persuasivo del lenguaje, amparado en el hecho de que la expresión "interpretación" parece resultar más fácilmente aceptable para muchos que la de "ponderación". Pero, como digo, creo que es una mera cuestión de palabras y, por lo demás, considero que, en un sentido suficientemente amplio de la expresión, la ponderación sigue siendo un procedimiento interpretativo.

[11] FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista…", *op. cit.*

[12] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", *art. cit*.

Y, en segundo lugar, en relación con las lagunas axiológicas, es cierto que aquí podría evitarse recurrir a la ponderación (o sea, no reconocer nunca una laguna axiológica). Pero el riesgo que se asume entonces –como ya antes había dicho– es que se incurriría en una concepción férreamente formalista del Derecho que, me parece, muy pocos estarían dispuestos a defender. Para pensar así habría, por ejemplo, que sostener (como creo, lo hace García Amado) que nunca está justificado reconocer una excepción implícita en una norma jurídica. Pero esa (extremista) posición resulta claramente negada por muchos otros autores positivistas, como Hart,[13] Alchourrón[14] o Schauer.[15] O sea, no es una tesis compatible, en mi opinión, con el positivismo no formalista.

3.3 Finalmente, la crítica de la ponderación por tratarse de un procedimiento carente de control racional va, en general, unida al no cognoscitivismo valorativo. Como –se dice– los valores no son otra cosa que preferencias subjetivas (de carácter individual o no) y la ponderación supone el uso de valoraciones, el resultado de la misma, se concluye, no puede ser otro que un ejercicio de subjetividad. Se ironiza, por ello, a propósito de la falta de un "ponderómetro" o con la tendencia de quienes defienden y efectúan ponderaciones a hacer pasar sus preferencias subjetivas como si fuesen juicios objetivos (racionalmente fundados), cuando realmente el recurso a la ponderación no es más que una estrategia (que pretende revestirse de racionalidad argumentativa) para esquivar el carácter autoritativo del Derecho (los mandatos del legislador) y convertirse, por lo tanto, en un instrumento al servicio de los intereses políticos del juzgador. Vendría a ser, revestida ahora de moralismo, la misma estrategia puesta en circulación en los años setenta por los "alternativistas" (los promotores en Italia, –luego se trasladó a otros países–, del "uso alternativo del Derecho") que, sin embargo, aducían más bien razones de tipo político. Y, por cierto, quizás la aversión que

[13] Véase, HART, Herbert, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.
[14] ALCHOURRÓN, Carlos: "Sobre Derecho y lógica", *Isonomía,* vol.13, 2000.
[15] SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

autores como Ferrajoli o Guastini sienten ahora por la ponderación pudiera tener que ver con su pasado "alternativista" y con su posterior alejamiento de ese movimiento.

Esa crítica a la ponderación, por cierto, puede estar justificada en algunos casos, pero no puede servir como una descalificación *in toto.* O sea, es verdad que el discurso valorativo se usa muchas veces con intereses espurios y que es necesario ser cautos al respecto. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, negar que pueda argumentarse racionalmente en relación con valores, pensar que en este campo no hay espacio para hablar de buenas y malas razones, o de razones mejores o peores. Hay, como he tratado de mostrar, una racionalidad en la ponderación, pero ésta no consiste simplemente en seguir las reglas de la lógica (aunque, por cierto, tampoco en infringirlas). Consiste en guiarse por criterios de racionalidad práctica como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, el atender a la moralidad positiva y a la moralidad crítica y, en último término, a la razonabilidad. Lo que presupone también aceptar que el campo de la racionalidad no se limita al de los enunciados analíticos y los enunciados empíricos. Si así fuera, ciertamente el discurso jurídico quedaría seriamente cercenado, puesto que una buena parte del mismo (del que construyen tanto los juristas teóricos como los prácticos) caería claramente fuera de esos límites, de los límites de la racionalidad. Es, por cierto, posible encontrarse con concepciones del Derecho coherentes con esa noción estrecha de la racionalidad pero, inevitablemente, esa coherencia tiene que pagar un alto precio: el de la irrelevancia teórica. Si renuncia al discurso normativo y valorativo, la dogmática jurídica y la teoría del Derecho no podrán servir de mucha ayuda al jurista práctico.

Un caso un tanto singular es el de Jürgen Habermas quien, a pesar de haber construido una teoría moral que es uno de los modelos de objetivismo moral, ha criticado sin embargo con gran dureza precisamente la teoría de la pondera-

ción de Alexy. Según Habermas,[16] la ponderación escapa a todo rigor conceptual y lógico, y al interpretar Alexy los principios en términos teleológicos (valorativos) y no normativos (por "normativo" parece entender Habermas lo que se refiere a las normas de acción) hace que los derechos no puedan verse ya como normas "que obligan a sus destinatarios sin excepciones", sino como valores que Habermas entiende como "preferencias intersubjetivamente compartidas" y que pueden competir entre sí. Habermas tiene aquí un punto de razón al mostrar la existencia de cierta confusión en el planteamiento de Alexy, en cuanto este último considera todos los principios como mandatos de optimización, de manera que parecería que está introduciendo una argumentación de tipo economicista, un análisis costo-beneficio, según el cual los derechos no serían ya límites al poder político ("triunfos") puestos en manos de los individuos, sino algo que se puede poseer en mayor o menor grado, dependiendo de las circunstancias. Pero (sin poder entrar aquí en todos los detalles que serían necesarios para aclarar completamente este punto), me parece que el planteamiento de Habermas tiene el grave defecto de que ve las cosas de demasiado lejos, esto es, la suya es una filosofía del Derecho de los filósofos, bastante ajena a la experiencia jurídica. Y de ahí la ingenuidad del procedimiento que Habermas propone en lugar del recurso a la ponderación: hallar de entre las normas aplicables *prima facie* aquella que mejor se acomode a la situación descrita en la forma más exhaustiva posible. Pues, dado que para ello, como el mismo Habermas reconoce, lo fundamental sería una argumentación de tipo coherentista, ¿puede pensarse que hay alguna teoría de la coherencia que sí consigue (a diferencia de la ponderación) eliminar por completo los riesgos de arbitrariedad? ¿Cuál sería? ¿Y acaso no supone el planteamiento de Alexy una amplia utilización de la coherencia? ¿No ocurrirá que, a fin de cuentas y sin ser consciente de ello, lo que realmente está planteando Habermas no es otra cosa que el recurso a la ponderación, presentada de una manera algo distinta (yo diría que más abstracta) de lo que lo hace Alexy?

[16] HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

4.

Plantearé ahora, y a modo de conclusión de todo lo anterior, cuáles son, en mi opinión, los problemas reales (y bien importantes) que merecería la pena discutir a propósito de la ponderación.

1) Si tengo razón en lo anteriormente expuesto, entonces lo que tiene sentido plantearse no es si uno está a favor o en contra de la ponderación, sino cuándo está justificado recurrir a la ponderación, con qué límites, qué diferencias hay (debe haber) entre la ponderación que lleva a cabo el legislador, el Juez o un órgano administrativo, etc. Cuestiones, en definitiva, más específicas de las que suelen plantearse los teóricos del Derecho y que presuponen la aceptación de ciertos puntos de partida: lo que vengo llamando "sentido jurídico común".

2) Eso lleva a pensar también que lo que probablemente más necesitamos para entender a fondo el problema de la ponderación no son ya teorías muy abstractas, ni tampoco análisis de casos aislados. El mayor interés, en mi opinión, radica en investigaciones de un grado medio de abstracción, dedicadas a mostrar cómo funciona el razonamiento ponderativo a propósito de problemas jurídicos particularmente significativos. Lo que quiere decir que hay aquí un trabajo muy importante por hacer y que debería correr a cargo de dogmáticos del Derecho y/o de juristas prácticos que estén al tanto de los desarrollos teóricos a que vengo refiriéndome: que compartan ese sentido jurídico común.

3) También deberíamos tomarnos muy en serio la necesidad de incorporar y desarrollar investigaciones de carácter empírico. Por ejemplo, es muy frecuente acusar de "activistas" a los jueces que recurren explícitamente a la ponderación en sus decisiones. Pero faltan realmente investigaciones empíricas que muestren en qué se traduce en la práctica ese comportamiento "activista", cuándo (frente a qué tipos de casos) tiene lugar, quiénes son los Jueces activistas, qué consecuencias tienen ese tipo de decisiones, etc. ¿Sabemos con alguna precisión

(para poner un ejemplo relevante) cuál ha sido la eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional colombiano en materia de derechos sociales (un campo en el que la ponderación –y el presunto activismo– de los Jueces parece haber jugado un papel significativo)?

4) Este planteamiento realista de los estudios sobre la ponderación ("realista" porque trata de insertarlos en la vida del Derecho y, en particular, en la experiencia judicial, ampliamente entendidas) puede proporcionar también una excelente piedra de toque para evaluar las teorías del Derecho. Quizás nos permitiera, entre otras cosas, comprobar la falta de realismo de muchos enfoques sobre el Derecho que se califican a sí mismos de realistas: estoy pensando en concepciones (muy críticas con la ponderación) como el que promueve el realismo jurídico genovés o el realismo de autores como Enrique Haba (véase Haba 2014).

5) Las investigaciones de alcance medio como las que antes señalaba facilitarían también, en mi opinión, un análisis "operativo" de la argumentación con valores. Lo que quiero decir con esto es que, conceptos como "libertad", "igualdad" o "seguridad" pueden resultar intratables cuando se manejan como nociones puramente abstractas. Pero resultan mucho más accesibles al análisis si de lo que se trata es, por ejemplo, de precisar la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, de mostrar bajo qué circunstancias parece tener sentido decir que prevalecen o no prevalecen frente al valor de la intimidad (que, a su vez, podría especificarse de diversos modos), etc. Eso no suple, por cierto, la necesidad de contar con una teoría general de los valores, paralela a la teoría general de la norma (y de la norma jurídica), que, me parece, constituye una de las mayores lagunas en la teoría del Derecho contemporánea. Podría incluso servir como acicate para los teóricos del Derecho.

6) Todo lo anterior no supone, por supuesto, que los teóricos del Derecho no tengan ya nada más que decir en el terreno de la ponderación. Hay todavía muchas cuestiones de interés insuficientemente analizadas. Creo que una de

ellas es la de aclarar la noción de ponderación en relación con la de interpretación o la de discrecionalidad. Y otra, desarrollar una teoría adecuada del razonamiento derrotable (en el Derecho) y de las excepciones a las reglas.

7) Finalmente, la ponderación, como todos los problemas importantes en el Derecho, lleva a plantear una contraposición, que a mí me parece crucial, entre dos grandes formas de entender el Derecho. Una parte de que el Derecho es un tipo de realidad que, para entendernos, podríamos equipararla a un libro de normas (los enunciados de las normas y sus significados; las normas válidas y las normas eficaces). La otra, sin negar la existencia de ese tipo de realidad (el sistema jurídico) ve el Derecho esencialmente como una actividad, una empresa consistente en lograr ciertos fines y valores utilizando los materiales del sistema. Eso lleva, a su vez, a entender de manera distinta los límites del Derecho y el lugar de la ponderación en el mismo. Tengo la convicción de que la cultura jurídica de nuestros países dará un gran salto adelante en el momento en que esta segunda concepción se convierta en sentido común jurídico. Y el presentimiento de que ese momento tardará en llegar.

Bibliografía

ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho constitucional*, año 22, vol. 66, septiembre-diciembre 2002.

ALCHOURRÓN, Carlos, "Sobre Derecho y lógica", *Isonomía,* vol.13, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico,* Civitas, Madrid, 1986.

_____, "Juridificar la bioética", *Claves de razón práctica*, vol. 61, 1996.

ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en F. Mantilla, *Controversias constitucionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

HABA, Enrique P., *Un debate sobre la teoría de la argumentación jurídica*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2014.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

HART, Herbert, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.

MORESO, José Juan: "Alexy y la aritmética de la ponderación", en ALEXY, Robert *Derechos sociales y ponderación,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica viva,* Losada, Buenos Aires, 1962.

TRADUCCIONES INEVITABLES*

INEVITABLE TRANSLATIONS

Esteban Restrepo Saldarriaga**

Resumen

El presente artículo sugiere la sustitución de las categorías de "préstamos" o "transplantes" por la de "traducción" para caracterizar los diálogos constitucionales transnacionales contemporáneos. A la luz de esta categoría, el uso de materiales jurídicos foráneos por los jueces constitucionales domésticos no solo se concibe como una práctica jurídica, sino como una actividad cultural y política compleja que se inserta en los procesos de construcción de la identidad nacional. Con base en estas ideas, el artículo muestra cómo la jurisprudencia racial de la Corte Constitucional de Colombia ha traducido las categorías de los "criterios sospechosos" y el "test estricto de igualdad" propias del derecho constitucional de los Estados Unidos para confrontar los mitos de armonía racial y mestizaje en los que se han fundado las relaciones raciales en Colombia desde los albores de la República. En este proceso, la Corte ha recuperado la raza como

* Traducción de Jorge González Jácome.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Agradezco a Lina Fernanda Buchely Ibarra, Yecid Echeverry Enciso, Jorge González Jácome, Emilio Lehoucq Mazuera, Natalia Rodríguez Uribe y Andrés Valero López por sus valiosos comentarios y a Andrés Caro Borrero, por su extraordinario trabajo como asistente de investigación.

un criterio de organización política que permite hacer visibles las desigualdades raciales y, de este modo, ha intervenido decisivamente en la construcción de la identidad nacional colombiana.

Palabras clave: Préstamos, transplantes, traducción, identidad nacional, criterios sospechosos, test estricto de igualdad, armonía racial, mestizaje, Corte Constitucional de Colombia, jurisprudencia racial.

Abstract

This article suggests the substitution of the categories of "loans" or "transplants" by the "translation" to characterize contemporary constitutional dialogues. In light of this category, the use of foreign legal materials by local constitutional judges is not only conceived as a legal practice, but as a complex cultural and political activity that is embedded in the processes of building national identity. Based on these ideas, the article shows how the racial jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia has translated the categories of the "suspicious criteria" and the "strict test of equality" proper to the law constitutional of the United States to confront the myths of racial and miscegenation harmony in which racial relations have been founded in Colombia since the dawn of the Republic. In this process, the Court has recovered the race as a criterion of political organization that allows visible the racial inequalities and, in this way, has intervened decisively in the construction of the Colombian national identity.

Keywords: Loans, transplants, translation, national identity, suspicious criteria, strict equality test, racial harmony, miscegenation, Constitutional Court of Colombia, racial jurisprudence.

Hace algunos años, Steven Calabresi, profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Northwestern, escribió que la Constitución de los Estados Unidos era "la mejor Constitución que los seres humanos habían diseñado", y que "se había comprobado su gran éxito a tal punto que los estados nación unitarios y las democracias parlamentarias alrededor del mundo harían bien en copiarla". Según Calabresi, se debía dar crédito a la Constitución por ser una de las causas para que "nuestra sociedad sea la más próspera, la más avanzada tecnológicamente y la más justa de la historia de la humanidad, sin

mencionar el hecho de habernos convertido fácilmente en un poder militar superior que ha defendido con éxito a gran parte del mundo de despiadados déspotas totalitarios sin habernos corrompido en el proceso".[1] En contraste con las eufóricas observaciones de Calabresi, la Juez de la Corte Suprema de Justicia, Ruth Bader Ginsburg, causó un revuelo a principios de febrero de 2012 en una entrevista televisada en Egipto, cuando instó a los egipcios a que no buscaran inspiración en la Constitución de los Estados Unidos cuando redactaran su nueva Constitución. A su modo de ver, la Constitución del país norteamericano no era un modelo a seguir, no solamente porque era "un documento básicamente congelado en el tiempo desde su ratificación", sino también porque las mujeres, los indios americanos y los afroamericanos fueron excluidos de su redacción. Luego, Ginsburg preguntó: "¿por qué no aprovechar otros ejemplos que existen alrededor del mundo"? Adicionalmente señaló que "creía sinceramente en la importancia de escuchar y aprender de otros". Su recomendación era mirar la Constitución de Suráfrica, la Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Convención Europea de Derechos Humanos, en razón a que estos documentos brindaban protecciones más generosas a las libertades y a los derechos humanos, y además ofrecían mejores garantías a la independencia judicial.[2]

Las perspectivas opuestas y provocadoras de Steven Calabresi y de la Juez Ginsburg abren un diálogo importante no solamente sobre el estatus actual del constitucionalismo estadounidense en el derecho constitucional comparado moderno, sino también, y de modo más general, sobre la forma como se producen

[1] CALABRESI, Steven G., "An Agenda for Constitutional Reform", en Eskridge Jr., William N. y Levinson, Sanford (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, Nueva York, 1998, p. 22.

[2] Véase, por ejemplo, Fox News, "Ginsburg to Egyptians: I Wouldn't Use U.S. Constitution as a Model", 6 de febrero de 2012, http://www.foxnews.com/politics/2012/02/06/ginsburg-to-egyptians-wouldnt-use-us-constitution-as-model/ [último acceso 15 de mayo de 2017]; Huffington Post, "Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg Talks Constitution, Women and Liberty on Egyptian TV", 1o. de febrero de 2012, http://www.huffingtonpost.com/2012/02/01/justice-ruth-bader-ginsburgegypt_n_1248527.html [último acceso 15 de mayo de 2017].

en la actualidad los diálogos constitucionales transnacionales. Mientras que Calabresi, basándose en la importancia del estatus geopolítico de los Estados Unidos, prescribe un modelo en el que las demás naciones deberían copiar o tomar prestadas las instituciones constitucionales estadounidenses, la Juez Ginsburg es menos entusiasta frente a esta visión y está dispuesta a proponer un diálogo constitucional más horizontal en donde el modelo de los Estados Unidos podría desempeñar un papel importante, pero debe complementarse, o incluso desplazarse, por otros documentos constitucionales y de derechos humanos provenientes de variados lugares geográficos. Sin asumir la visión pomposa y triunfalista de Calabresi, es innegable que históricamente la Constitución de los Estados Unidos ha jugado un rol importante como modelo orientador para la redacción de constituciones y el control judicial de las leyes en las democracias más jóvenes alrededor del mundo. Ciertamente, incluso algunos han sostenido que los Estados Unidos tienen una verdadera "descendencia constitucional".[3] Desde los inicios de su vida republicana a principios del siglo XIX, muchos países de América Latina han buscado inspiración en el constitucionalismo de Estados Unidos. Al discutir la invocación de instituciones estadounidenses y su legitimidad y autoridad, los académicos de la región generalmente han usado las nociones de "préstamos" y "trasplantes".[4]

Tal como otros lo han afirmado anteriormente, considero que, en lugar de "préstamos" y "trasplantes", un concepto más productivo para discutir los diálogos constitucionales transnacionales es el de "traducción". Sin embargo, tomo distan-

[3] Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito, U.S. v. Then, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995) (voto concurrente del Juez Guido Calabresi).

[4] Véanse, por ejemplo, BÖHMER, Martin, "Préstamos y adquisiciones: La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, San Juan, Editorial Tal Cual, 2007, pp. 143-60; GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos Legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005; GARGARELLA, Roberto, "Injertos y rechazos: Radicalismo político y transplantes constitucionales en América", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, Editorial Tal Cual, San Juan, 2007, pp. 267-89; ROSENKRANTZ, Carlos, "Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 2, abril 2003, pp. 269-295.

cia de estas propuestas anteriores al asumir una noción de traducción que tiene un doble significado. A mi modo de ver, la traducción de materiales jurídicos extranjeros es una poderosa actividad para construir la cultura y la nación, lo cual a su vez tiene el efecto de contribuir a la construcción de una identidad constitucional nacional mediante la apertura de un espacio para el reconocimiento de la otredad y la diferencia. Adicionalmente, cuando hay préstamos o trasplantes por parte de quienes hacen las constituciones nacionales, o de los Jueces que las aplican y las interpretan, esas instituciones son, *inevitablemente,* traducidas. Incluso si los redactores y Jueces quisieran voluntariamente hacer una *copia literal* del derecho constitucional de otras naciones, esta intencionalidad explícita sería traicionada por la inevitabilidad de la traducción. Esta última es inevitable en razón a su íntima relación con el acto de leer las instituciones de otros países. En dicho acto, los Jueces inmediatamente las traducen. Si la práctica de los redactores y Jueces de acudir al derecho constitucional de otros países es descrita como una forma de traducción, entonces será posible verla no solamente como una práctica *jurídica*, sino como una actividad *cultural y política* compleja de construcción de la nación, mediante la cual esta última emerge como sujeto político con una identidad diferenciada. La caracterización de los préstamos y trasplantes como traducciones de materiales jurídicos foráneos ofrece una perspectiva más dialógica que tiende a disipar muchos de los problemas de legitimidad y autoridad identificados por algunos autores. Este escrito se concentrará exclusivamente en las traducciones constitucionales hechas por Jueces que tienen el papel institucional de resolver controversias con base en normas constitucionales. Dejaré para otra ocasión la reflexión sobre las particularidades de la traducción al momento de redactar las constituciones.

Para desarrollar este argumento, el ensayo se dividirá en dos secciones. Sobre la base de teorías que caracterizan la traducción como una práctica cultural y política, la primera sección sostendrá que las categorías tradicionales (principalmente préstamos y trasplantes) usadas para describir el uso del derecho constitucional de otros países por parte de los Jueces constitucionales nacionales

se vuelven más productivas si se ven desde la perspectiva de la traducción. Los préstamos y trasplantes se convierten entonces en formas de construcción de nación y producen identidades constitucionales domésticas idiosincráticas. Además, la traducción es una categoría que también tiene una dimensión ética importante, en la medida en que abre el terreno donde la comunidad política reconoce y asume la responsabilidad por sus otros. La segunda sección del artículo utilizará la doctrina sobre raza de la Corte Constitucional de Colombia para ilustrar la dinámica de las traducciones constitucionales. En una aproximación paradójica, la Corte colombiana ha desarrollado los casos de discriminación racial y acción afirmativa utilizando y rechazando simultáneamente la versión estadounidense del test estricto de igualdad como andamiaje analítico. Mientras que en los casos "clásicos" de discriminación, la raza es un "criterio de diferenciación sospechoso" que activa el "test estricto", en las controversias sobre acción afirmativa ha sido aceptada como un criterio para buscar la igualdad sustancial. Esta sección afirma que la Corte Constitucional no ha copiado la doctrina estadounidense sobre el test estricto, sino que la ha traducido creando así nuevos caminos en el proceso colombiano de construcción de nación. Al acudir a una de las áreas en donde el derecho constitucional estadounidense ha contribuido de modo más decidido a dar forma a la identidad constitucional estadounidense, la Corte Constitucional de Colombia ha entrado en un diálogo transnacional que ha tenido un profundo impacto en la afirmación de la identidad constitucional colombiana contribuyendo a abordar el problema de la invisibilidad histórica de los afrocolombianos.

1. Traducciones y autoridad constitucional

El uso de la categoría de "traducción" para evaluar la invocación del derecho constitucional extranjero en la construcción de instituciones y doctrinas constitucionales puede defenderse recordando algunos de los argumentos que se han esgrimido *contra* los préstamos de instituciones jurídicas foráneas. Para

efectos de la tesis sostenida en esta sección, utilizaré como punto de partida las importantes y provocadoras ideas de Carlos Rosenkrantz.[5] Haré una crítica a las ideas de este autor porque, a mi modo de ver, este autor ha articulado algunos de los argumentos normativos más claros y consistentes en contra de lo que él llama los usos "con autoridad" y "sin autoridad" del derecho extranjero. Además, las ideas altamente provocadoras de Rosenkrantz brindan un terreno productivo para ensayar las posibilidades que tiene la noción de traducción como forma de construcción de identidad nacional. Por lo tanto, es conveniente dedicar unas líneas a resumir brevemente sus argumentos.

Para Rosenkrantz, el uso más problemático del derecho extranjero es lo que llama "préstamos". Esta noción es usada de modo estricto para referirse a los casos en que se le da fuerza vinculante en el derecho doméstico al derecho foráneo en razón a "la autoridad que el derecho extranjero tiene en su lugar de origen".[6] El argumento más fuerte que Rosenkrantz dirige contra esta forma de préstamo es lo que llama "el argumento de validación". Desde su perspectiva, en tanto el derecho constitucional "toca nuestras vidas de modo más profundo y con mayor coerción que todas las demás ramas del derecho", al punto en que "los ciudadanos de un Estado democrático siempre sentirán la presión coercitiva del derecho constitucional en su vida diaria",[7] cualquier persona cuya vida será afectada por el derecho constitucional debe tener la oportunidad de participar equitativamente en el proceso de su creación. A la luz de esta perspectiva de la legitimidad jurídica, Rosenkrantz rechaza los usos con autoridad del derecho constitucional foráneo en la medida en que implicarían "ceder ante las decisiones colectivas tomadas por otros".[8] Si la coerción "solamente puede justificarse cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva",[9] entonces los

[5] Véase ROSENKRANTZ, C., *op. cit*.
[6] *Ibidem*, p. 270.
[7] *Ibid*., p. 284.
[8] *Ibid*., p. 285.
[9] *Ibid*.

préstamos se vuelven inaceptables porque la comunidad que toma en préstamo la institución nunca participó en la construcción del derecho constitucional foráneo y, por lo tanto, nunca dio su consentimiento para que se le aplicara este poder coercitivo. Si, a la luz del argumento de la validación, los préstamos son altamente problemáticos cuando se trata de la redacción de constituciones, su ilegitimidad se vuelve más seria cuando se usan por los Jueces constitucionales. Para Rosenkrantz, si en líneas generales es difícil para la gente identificarse con los tribunales en razón a su falta de responsabilidad política democrática, "entonces es también complejo validar la coerción implícita en la implementación de una norma jurídica que un tribunal toma prestada".[10]

A juicio de Rosenkrantz, el derecho constitucional foráneo también podría usarse al nivel doméstico "sin autoridad". En este punto el autor menciona el uso del derecho extranjero como una evidencia fáctica, como "una fuente de innovación y conocimiento jurídico", para "enfatizar que los aspectos fácticos distintivos de un caso ameritan una solución propia", para mostrar el carácter idiosincrático de una decisión judicial doméstica y para hacer evidente que existe un consenso sobre ciertos asuntos debido a que otras jurisdicciones deciden casos de modo similar.[11] Para Rosenkrantz, todos estos usos del derecho constitucional foráneo, incluso si son parte de un "diálogo en curso respecto a las instituciones judiciales de la comunidad mundial",[12] son problemáticos y deben rechazarse por dos razones. En primer lugar, de acuerdo con lo que podría llamarse "el argumento de la complejidad", la invocación del derecho constitucional foráneo le añade una "complejidad innecesaria" a las decisiones judiciales.[13] En su perspectiva, la autoridad de las decisiones de los tribunales depende de su claridad y honestidad. En la medida en que una decisión judicial debe hablarles clara-

[10] *Ibid*., p. 286.
[11] Véase *ibid*., pp. 286-91.
[12] *Ibid*., p. 292.
[13] *Ibid*.

mente a los legos, el uso del derecho constitucional foráneo se interpone en el camino de esta pretensión de claridad y, de este modo, amenaza su propia autoridad.[14] En segundo lugar, a la luz de un "argumento de originalidad", los préstamos "sin autoridad" de derecho constitucional extranjero dificultan la construcción de una cultura constitucional original y nacional. Desde el punto de vista de Rosenkrantz, "la cultura constitucional es completamente dependiente de que el derecho constitucional sea concebido y experimentado como un árbitro único y definitivo en todos los conflictos".[15]

En nuestros tiempos, los tribunales alrededor del mundo –tal como el propio Rosenkrantz lo reconoce– están experimentando un "diálogo transnacional continuo" donde la invocación del derecho constitucional foráneo en la construcción de las instituciones y doctrinas constitucionales domésticas es un fenómeno cotidiano, no tanto mediante préstamos "con autoridad" sino del modo "sin autoridad" señalado por Rosenkrantz. Teniendo en cuenta sus severas críticas contra el uso del derecho constitucional en las decisiones judiciales, ¿existe una manera de contrarrestar los argumentos de validación, complejidad y originalidad? En este artículo considero que si los préstamos (incluso en el sentido débil y fuerte de los préstamos con autoridad) son descritos como una forma de traducción, la crítica de Rosenkrantz podría ser resistida, o al menos gran parte de su fortaleza podría ser debilitada. De modo más explícito, sostengo que, en el proceso de tomar prestadas instituciones y doctrinas del derecho constitucional extranjero, los Jueces domésticos de hecho *las traducen.*[16] Tal como intentaré mostrar en lo que sigue, una traducción nunca es una imitación del texto original. Por el contrario, la traducción constitucional es una práctica en donde la identidad y la autoridad nacional se construyen mediante el diálogo especial que el traductor establece con el texto que será traducido. Más aún, considero que incluso

[14] Véase *ibid*., p. 293.
[15] *Ibid*., pp. 293-94.
[16] Para un argumento similar véase BÖHMER, M., *op. cit*., *passim.*

si los Jueces quisieran explícita y voluntariamente imitar o copiar literalmente las doctrinas o instituciones constitucionales foráneas, esta intencionalidad explícita sería traicionada por la inevitabilidad de la traducción. Los préstamos, en consecuencia, nunca son copias o imitaciones sino traducciones originales: formas nuevas e idiosincráticas de autoridad constitucional que aparecerán como resultado de los préstamos.

El argumento a favor de sustituir las nociones de préstamos y trasplantes por el concepto de traducción no es nuevo. En un artículo sobre la globalización del *plea bargaining,* Máximo Langer reconoció claramente que discutir la circulación global de instituciones jurídicas mediante la idea de trasplantes es demasiado simple, en la medida en que "pareciera afirmar que las ideas e instituciones jurídicas pueden simplemente ser 'copiadas y pegadas' entre sistemas jurídicos",[17] y, por ende, debe ser remplazada por "la metáfora de la 'traducción jurídica' como una herramienta heurística más matizada y productiva para pensar sobre estos asuntos".[18] Al rechazar el concepto de trasplantes, Langer resalta dos puntos clave. Uno es la idea de que la *imitación* entre instituciones jurídicas es imposible porque todas las instituciones trasplantadas siempre serán convertidas en algo completamente nuevo en virtud de las "estructuras de significados" de la comunidad jurídica receptora.[19] El segundo tiene que ver con la percepción novedosa que indica que la transferencia de instituciones o prácticas jurídicas entre sistemas jurídicos no solamente producirá una "profunda transformación" de la institución o práctica jurídica transferida, sino también "en el sistema jurídico receptor como un todo".[20] Langer relaciona estos dos puntos básicos con una teoría más amplia de la traducción basada en cuatro principios:

[17] LANGER, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, enero 2004, p. 5.

[18] *Ibid*., p. 6.

[19] Véase *ibid*., p. 31.

[20] *Ibid*., p. 32.

(1) las transformaciones de las instituciones y prácticas jurídicas que se producen en virtud de las traducciones se relacionan con "las habilidades y decisiones de los traductores";[21] (2) estas transformaciones también deben ser medidas de cara a las diferencias entre "estructuras de interpretación y significado" del lenguaje original y del usado por el receptor;[22] (3) la idea de traducción tiene mayor capacidad para dar cuenta de "las transformaciones que una idea o práctica jurídica puede experimentar en sus intercambios con el sistema jurídico al que llega luego de su traducción inicial";[23] y (4) la noción de traducción también permite describir las transformaciones en las prácticas sociales y jurídicas del sistema de recepción que son producidas por la institución traducida.[24]

La noción de traducción que propongo en este ensayo toma como punto de partida muchas de las ideas de Langer, pero las reformula para construir una teoría que resalta la traducción como una práctica cultural y ética inevitable mediante la cual las comunidades políticas, encontrándose con la diferencia y la otredad, buscan la construcción de su identidad nacional. La inevitabilidad de la traducción, y su dimensión cultural y ética, es una consecuencia de su naturaleza paradójica y la "doble resistencia" a la cual es sometida.[25] Los autores de la tradición hermenéutica consideran la traducción como una práctica que requiere, al mismo tiempo, fidelidad y traición. Tal como lo anotó Friedrich Schleiermacher, los traductores solamente pueden llevar a cabo su trabajo tomando uno de dos caminos posibles: "O bien el traductor deja al escritor lo más

[21] *Ibid*., p. 33.

[22] Véase *ibid*., p. 34.

[23] *Ibid*., p 34.

[24] Véase *ibid*., pp. 34-35.

[25] En este punto sigo de cerca lo señalado en RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, "Culturas jurídicas híbridas: Préstamos e imposiciones", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, San Juan, Editorial Tal Cual, 2007, pp. 177-86; RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, "El matrimonio gay en América Latina: Entre la conformidad y la subversión", en MADRAZO, Alejandro y VELA, Estefanía (eds.), *Discusiones actuales sobre género, sexualidad y derecho*, CIDE, Ciudad de México, 2017 (en prensa). En este artículo y en aquellos he usado argumentos, ideas y citas similares.

tranquilo posible y hace que el lector vaya a su encuentro, o bien deja lo más tranquilo posible al lector y hace que vaya a su encuentro el escritor".[26] Un traductor siempre está sometido a la simultánea exigencia de fidelidad impuesta por el texto original y su contexto, y el llamado a la traición proveniente de la comunidad receptora que busca apropiarse del texto traducido en los términos impuestos por su idioma materno. La traducción debe entonces concebirse no solo como una actividad que media entre estas dos exigencias, sino también como una práctica que busca dominar una "doble resistencia". De un lado, tal como lo ha señalado Paul Ricoeur, los textos son, de cierto modo, "intraducibles", en el sentido en que nunca habrá una identidad lingüística perfecta entre el original y su traducción ("el reconocimiento banal de que el original no será duplicado por otro original")[27]. De otro lado, el idioma de la traducción –la comunidad receptora– hasta cierto punto rechazará las experiencias foráneas en nombre de su propia identidad ("[del] rechazo solapado de la experiencia de lo extranjero por parte de la lengua receptora")[28].[29]

A pesar de que la naturaleza paradójica de la traducción y de la doble resistencia a la que es sometida podrían confirmar, en apariencia, las objeciones de Rosenkrantz contra el préstamo del derecho constitucional foráneo, estos dos rasgos justamente explican la fascinación que las instituciones jurídicas foráneas (y, de modo más general, los textos foráneos) producen en los lectores domésticos (incluyendo en quienes redactan las constituciones y en los Jueces). En su calidad de textos, las instituciones y prácticas jurídicas extranjeras están inevitablemente llamadas a ser leídas, pues la lectura es una condición de posibilidad de que un

[26] SCHLEIERMACHER, Friedrich, *Sobre los diferentes métodos de traducir*, Gredos, Madrid, 2000, p. 47.

[27] RICOEUR, Paul, *Sobre la traducción*, Paidós, Buenos Aires, 2005, p. 20.

[28] *Ibid*.

[29] Gayatri Spivak también ha afirmado esta paradójica doble resistencia. A su juicio, "el texto verbal es receloso de su firma lingüística pero impaciente respecto a la identidad nacional. La traducción se nutre en virtud de esta paradoja". SPIVAK, Gayatri Chakravorty, "Translation as Culture", en SPIVAK, Gayatri Chakravorty, *An Aesthetic Education in the Era of Globalization*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2012, p. 251.

texto sea considerado como tal. La lectura, a su vez, implica la inevitable traducción porque, tal como lo señaló Gayatri Spivak, "la traducción [es] el acto de lectura más íntimo" y en consecuencia "la traducción es no solamente necesaria sino inevitable".[30] Así, la íntima relación entre textualidad, lectura y traducción explica la inevitabilidad de esta última. Sin embargo, la traducción se vuelve una noción mucho más compleja cuando se mira desde más cerca la doble resistencia y el hecho de que es una tarea "imposible". En este punto, imposibilidad debe entenderse como la coincidencia imposible entre el idioma original y el idioma de recepción. Tal como lo señala Spivak, el lenguaje original "protege" unos "secretos" intraducibles.[31] Por ello, las traducciones *nunca* pueden ser copias o imitaciones de los originales. En el campo del derecho constitucional comparado (en especial cuando se refiere a la recepción de instituciones y doctrinas provenientes del "Norte" por los sistemas jurídicos del "Sur") este es un debate relevante pues permite dejar de lado la idea de que el préstamo de materiales jurídicos foráneos puede ser una forma de imposición política y cultural que erosiona la autoridad de la comunidad receptora. La imposibilidad de la traducción es productiva, en el sentido en que las traducciones siempre crearán algo nuevo que toma distancia del original. Creará, así, nuevos paradigmas, nuevos cánones y nuevas formas de conocer el mundo.[32] Puede decirse, entonces, en este sentido, que la traducción tiene una dimensión epistémica importante.

---

[30] *Ibid*.

[31] Véase SPIVAK, G., *op. cit.*, p. 252.

[32] Para Dipesh Chakrabarty, los conceptos, teorías e ideas universales de Occidente se "provincializan" cuando son usadas por el "Sur". Las historias y problemas particulares del Sur "contaminan" los marcos occidentales de conocimiento para producir formas epistémicas nuevas y originales. Véase CHAKRABARTY, Dipesh, *Al margen de Europa: Pensamiento poscolonial y diferencia histórica*, trad. Alberto E. Álvarez y Araceli Maira, Tusquets, Barcelona, 2008, pp. 18-21. Homi Bhabha también ha resaltado cómo el discurso dominante de colonialismo (que incluye instituciones jurídicas como los derechos humanos) es alterado cuando es "imitado" en el contexto subordinado de la colonia. Mediante la mimesis (una idea similar a la traducción o "provincialización"), el lenguaje colonial original pierde algo de su poder de dominación para transformarse en algo nuevo que puede incluso ser usado para propósitos emancipatorios. Véase BHABHA, Homi, "El mimetismo y el hombre: La ambivalencia del discurso colonial", en BHABHA, Homi, *El lugar de la cultura*, trad. César Aira, Manantial, Buenos Aires, 2007, pp. 111-119.

Pero la "imposibilidad" de la traducción también abre una dimensión ética que apunta a señalar cómo la subjetividad responsable, hospitalaria a la alteridad y la diferencia, es un resultado de las dinámicas de la traducción. Gayatri Spivak –inspirada en el trabajo de Melanie Klein– ha explicado cómo el sujeto que "repara y se hace responsable" es el producto de un proceso de traducción constante del mundo exterior.[33] Al traducir lo que está afuera del propio ser, nos volvemos "responsables y rendimos cuentas frente a la escritura/traducción que se presupone original".[34] De modo aún más importante, Spivak sostiene que la traducción no es una práctica que dominamos a voluntad. Por el contrario, se refiere a algo que "ocurre": la traducción *es* el sujeto que asume responsabilidad por lo que ocurre en el mundo exterior; o, en otras palabras, la traducción *ocurre* como el propio "sujeto ético".[35] Entendida de este modo, la traducción conduce *inevitablemente* a asumir responsabilidad frente a aquello que es distinto a uno mismo: nos convertimos en lo que somos atendiendo el llamado de la alteridad. Aunque la teoría de la traducción de Spivak como una tarea ética se refiere a dinámicas individuales, a mi modo de ver podría utilizarse fructíferamente en el entendimiento de otras prácticas políticas y culturales y, especialmente, en la forma como la traducción de los materiales jurídicos foráneos puede ser entendida como una manera de construcción de la identidad nacional. La crítica reciente de Judith Butler al sionismo brinda un conjunto interesante de ideas que permite superar la brecha que existe entre las dinámicas síquicas individuales y los procesos políticos y culturales de la traducción. Butler afirma que traducir diversas

[33] Para Spivak, "el trabajo de traducción es el incesante ir y venir que es la vida […]. Así, la 'naturaleza' se transmite y vuelve a transmitirse en la 'cultura', en un trabajo o espacio de tránsito violento […]: la producción violenta del sujeto precario de reparación y responsabilidad". SPIVAK, G., *op. cit.*, pp. 241-42.

[34] *Ibid*., p. 242.

[35] Spivak señala que "en el sentido en el que estoy derivándola de Klein, 'la traducción' pierde su anclaje en el significado literal. La traducción, en este sentido general, no está bajo el control del sujeto que está traduciendo. De hecho, *el sujeto humano es algo que hubiera ocurrido como esta traducción en constante tránsito*, operando como un eco que va de adentro hacia fuera, de la violencia a la conciencia: *la producción del sujeto ético* […]. [La traducción] es un asunto finiquitado, un futuro anterior incesante, algo que hubiera ocurrido sin nuestro conocimiento, en especial sin nuestro control, el sujeto que llega a ser" (cursiva fuera de texto). *Op. cit.,* pp. 242-43.

tradiciones culturales e intelectuales es un modo poderoso de establecer una "relación de alteridad que es irreversible y definitoria, y sin la cual no podemos entender términos tan fundamentales como *igualdad* o *justicia*".[36] En otras palabras, una comunidad política nacional no puede enfrentar adecuadamente sus propias injusticias sin establecer un diálogo con aquello que es extraño a sí misma. Las comunidades políticas desarrollan un mutuo sentido de responsabilidad y obligación cuando enfrentan la alteridad.[37] En razón a que se trata de un encuentro entre idiomas disímiles, la traducción producirá "una cierta desorientación del discurso que me resulta más familiar".[38] Para Butler, esta incomodidad es la propia condición de posibilidad de una ética entendida como la obligación de escuchar el llamado de la alteridad.

Vistos tanto desde la dimensión epistémica como ética de la traducción, los préstamos de materiales extranjeros pueden caracterizarse como una práctica de construcción de nación en la que una identidad nacional diferenciada y una nueva forma de autoridad constitucional son producidas como resultado de un diálogo con la diferencia y la alteridad. En su calidad de textos, los materiales jurídicos foráneos están destinados a ser leídos, lo cual –dada la intimidad entre la lectura y la traducción– inevitablemente los llevará a ser traducidos por traductores/lectores de otros países que los toman prestados. Desde la perspectiva epistémica, la traducción de una institución jurídica extranjera producirá un marco o canon jurídico *doméstico* nuevo y refrescante que nunca parecerá una copia o imitación del original. Adicionalmente, mediante la creación de un nuevo marco de referencia para enfrentar los problemas y controversias jurídicas al nivel doméstico, el proceso de traducción también es una manera de dotar de autoridad nacional a las instituciones jurídicas traducidas. Desde la dimensión

[36] BUTLER, Judith, *Parting Ways: Jewishness and the Critique of Zionism*, Columbia University Press, Nueva York, 2012, p. 5.

[37] Véase *ibid*., p. 12.

[38] Véase *ibid*.

ética, la traducción de los materiales jurídicos foráneos apunta a una dinámica en la que, en una comunidad de naciones globalizada, un sistema jurídico nacional evoluciona y se transforma a través del diálogo y el contacto con el otro: nos convertimos jurídicamente en lo que somos permitiendo que las instituciones y prácticas jurídicas foráneas nos toquen y nos transformen. Como se intenta mostrar en la siguiente sección, este diálogo con el otro pone en movimiento una dinámica doméstica de construcción de la nación que lleva a formas particulares de identidad nacional. Estas formas, a su turno, dotarán de una autoridad específica a las instituciones jurídicas apenas traducidas.

Recuérdese que Carlos Rosenkrantz se opone al préstamo del derecho constitucional foráneo basado en los argumentos de validación, complejidad y originalidad. Puede responderse a estas críticas si se considera a los préstamos como prácticas de traducción con dimensiones epistémicas y éticas. Si se ven a la luz de la forma de autoridad constitucional que resulta de traducir materiales constitucionales foráneos, la preocupación de Rosenkrantz respecto a la ausencia de autoridad democrática del derecho foráneo que se toma prestado y su coetánea imposibilidad de exigir coerción puede perder algo de fuerza. Al producir identidad constitucional y contribuir a la dinámica doméstica de construcción de nación, la traducción lleva a la construcción de autoridad constitucional.[39] Aunque esta forma de autoridad es diferente a la validación democrática directa que, de acuerdo con Rosenkrantz, fundamenta el poder coercitivo del derecho, puede decirse en todo caso que sí produce una forma de identificación con el derecho que justifica la coerción de un modo diferente. Si desarrollamos la idea de Gayatri Spivak de que es mediante la traducción que emerge la subjetividad responsable, es posible sostener que traducir el derecho constitucional foráneo contribuye a producir la nación como un sujeto político dotado de una identidad constitucional propia. La práctica de tomar prestados materiales jurí-

[39] Esta idea se la debo al argumento de Martin Böhmer de que la validación del derecho no solo ocurre al momento de crear el derecho, sino también cuando es leído y aplicado. Véase BÖHMER, M., *op. cit*., pp. 149- 58.

dicos constitucionales foráneos por parte de quienes redactan las constituciones o de los tribunales es parte del proceso de producción del derecho nacional, el cual a su turno está atado a las dinámicas históricas de construcción de la nación. El Derecho (tanto si es producido sin influencia extranjera o si es el resultado del préstamo de derecho foráneo) expresa entonces la identidad en evolución de una nación. Si los redactores de las constituciones domésticas y los Jueces contribuyen a los procesos de construcción nacional y afirmación de la identidad constitucional a través del préstamo/traducción del derecho constitucional foráneo, este aporte puede ser visto como una forma de alimentar la nación como un espacio donde las interacciones políticas más básicas ocurren y donde se da el contacto cotidiano entre ciudadanos y el derecho constitucional (la esfera donde las vidas son moldeadas "coercitivamente" por el derecho constitucional, en términos de Rosenkrantz). Aquí, la validación del Derecho no ocurre mediante las formas de participación democrática a las que se refiere Rosenkrantz, sino a través de los procesos de *identificación* con el derecho constitucional que ocurren en los encuentros entre éste y los procesos de construcción nacional. La traducción del material jurídico-constitucional foráneo inaugura así una nueva forma de autoridad constitucional doméstica. Adicionalmente, el argumento de validación de Rosenkrantz puede estar expresando una forma de incomodidad o "desorientación" frente aquello que no es familiar para una comunidad nacional. En este punto, la idea de Judith Butler –al señalar que estar desorientado por un "idioma no-familiar" es la puerta de entrada para desarrollar una ética basada en hacerse responsable de la alteridad y verse obligado por ella– puede intervenir de modo fundamental para disipar los miedos de Rosenkrantz. La traducción es una forma de diálogo (no precisamente bajo la modalidad deliberativa que desearía Rosenkrantz) que crea una forma de autoridad nacional basada en el compromiso de la comunidad política con la justicia (entendido como un compromiso a escuchar el llamado de la alteridad).

Una vez el argumento de la validación es superado, los argumentos de complejidad y originalidad pueden ser fácilmente enfrentados. El cuestionamiento frente

al argumento de la originalidad está basado en el carácter original del resultado de cualquier traducción. En la medida en que los préstamos de derecho constitucional foráneo no son nunca una práctica que copia o imita el original, sino que siempre crea nuevas instituciones jurídicas con una identidad propia, tiende a desaparecer el temor de Rosenkrantz en el sentido de que los préstamos sin autoridad puedan amenazar la posibilidad de que el derecho constitucional "sea experimentado como un árbitro único y final en todos los conflictos".[40] El argumento de la complejidad puede abordarse desde dos frentes. Desde una perspectiva más teórica, es posible sostener que la complejidad que se añade a las decisiones judiciales mediante el préstamo de derecho constitucional extranjero resulta compensada por la forma especial de identificación con el derecho que resulta de las prácticas de traducción. Desde una perspectiva más práctica, los Jueces acuden al derecho constitucional foráneo (en particular cuando toman prestadas metodologías interpretativas o test doctrinales) porque simplifica su tarea de interpretar la Constitución y, más aún, los ayuda a hacer sus procesos argumentativos más transparentes y fáciles de comprender.

En la siguiente sección usaré mi teoría de la traducción en el análisis de la doctrina sobre raza de la Corte Constitucional de Colombia. Tal como ya se anotó, intentaré mostrar cómo la Corte ha desarrollado una doctrina racial propia a partir de una "apropiación indebida" de la metodología de la igualdad de protección (*equal protection)* de los Estados Unidos. Esta apropiación adopta y rechaza, simultáneamente, el estándar del test estricto de igualdad de ese país. El resultado de esta opción doctrinaria no ha sido una copia o una imitación de las doctrinas estadounidenses, sino una traducción original que ha tenido consecuencias importantes respecto al lugar que la raza ha venido a ocupar en los procesos históricos colombianos de la construcción de la nación.

[40] ROSENKRANTZ, C., *op. cit*., p. 294.

2. La doctrina de raza de la Corte Constitucional de Colombia: traduciendo las categorías doctrinales estadounidenses en el contexto del mito de armonía racial

Desde que inició sus actividades en abril de 1992, la Corte Constitucional colombiana ha tomado prestadas las instituciones y doctrinas constitucionales de los países más diversos. Las decisiones sobre igualdad de la Corte son una de las áreas de doctrina constitucional donde el préstamo de materiales jurídicos foráneos e internacionales ha sido particularmente notorio.[41] La igualdad racial no ha sido una excepción. Desde la primera decisión sobre raza en 1996, la Corte Constitucional ha establecido un diálogo fructífero con las categorías usadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos para enfrentar los casos de discriminación racial y las controversias sobre acción afirmativa. Tal como ocurre con cualquier préstamo, el derecho constitucional estadounidense sobre raza ha sido traducido en un proceso cuyo resultado es una doctrina colombiana nueva y original en temas de igualdad racial. Esta doctrina es un ejemplo particularmente importante sobre la naturaleza paradójica de la traducción: mientras que hay una fidelidad al estándar del test estricto de igualdad estadounidense en casos de discriminación racial, hay una traición a la doctrina federal sobre raza cuando se abordan controversias sobre acción afirmativa. El resultado de esta paradoja está atado al lugar que la raza ha ocupado en la historia de la construcción de la nación en Colombia, pero toma distancia de esta historia y abre

[41] La metodología básica de igualdad de la Corte Constitucional de Colombia ha sido construida íntegramente tomando en préstamo categorías doctrinales del derecho constitucional europeo, alemán y estadounidense. Sin embargo, estas categorías no han sido simplemente copiadas o imitadas. Por el contrario, su uso ha sido justificado sobre las posibilidades que ofrecen para llevar a cabo argumentaciones judiciales más transparentes. Sin embargo, esta claridad solamente puede ganarse mediante un proceso de incorporación idiosincrática que toma distancia de los modelos originales extranjeros y crea una nueva metodología. Así, en el año 2001, la Corte Constitucional integró elementos de las metodologías alemana, europea y estadounidense sobre igualdad para lo que, idiosincráticamente, denominó "juicio integrado de igualdad". Véase Corte Constitucional, Sentencia C-093/2001 (23 de febrero 23 de 2001).

nuevas posibilidades para iniciar conversaciones sobre el lugar de la raza en la identidad constitucional colombiana.[42]

A mi juicio, la Corte Constitucional de Colombia se ha *apropiado indebidamente* de las categorías de raza de la Corte Suprema de los Estados Unidos en un contexto histórico, político y social en donde el mito de "armonía racial" ha funcionado como una de las narrativas maestras de la identidad nacional. En efecto, la fundación de la república colombiana apeló a la "armonía racial" o a la "democracia racial" como unos mitos que suprimieron la raza del léxico político y constitucional mediante la idea de que Colombia era una nación mestiza. Corrientes historiográficas recientes han mostrado cómo el ideal republicano criollo de construir una nación unificada dependía de dejar de lado cualquier posibilidad de conflicto racial. En su versión más extrema, este argumento asegura que el mito de la armonía racial funcionó para legitimar la discriminación racial. Al expulsar la raza de los indicadores propios de la ciudadanía, ese mito determinó que fuera imposible hablar sobre cualquier forma de conflicto racial, incluida la discriminación. En este contexto, la Corte Constitucional colombiana ha enfrentado el mito de la armonía racial traduciendo el estándar del test estricto estadounidense. Como cualquier traducción, la doctrina de raza de la Corte no es una copia o imitación de la doctrina estadounidense, sino una creación original que, mientras considera que la raza es un "criterio sospechoso" que activa "el

[42] Esto no es peculiar al caso colombiano en la medida en que la raza históricamente ha ocupado un lugar central en los procesos de construcción de nación en América Latina. Sin embargo, el significado de "raza" en estos procesos ha sido complejo y variable. Tal como lo señala Thomas Holt, "la raza también es transformada frecuentemente de acuerdo con las exigencias de construcción de nación [...]. Debemos reconocer que tanto la raza como la nación no son conceptos fijos en el espacio conceptual: están en movimiento, sus significados son construidos, sus naturales procesadas, sus significados en un momento determinado son moldeados por el contexto histórico" HOLT, Thomas C., "Foreword: The First New Nations", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003, p. x. Si las nociones de raza y nación en América Latina pueden ser conceptualizadas en estos términos, la traducción parece ser la categoría más apropiada para captar las transformaciones en las instituciones jurídicas que definen las relaciones raciales en la construcción nacional.

test estricto", acepta el uso de raza en las políticas de acción afirmativa. A mi modo de ver, la consecuencia política de esta doctrina ha consistido en *producir* la raza como categoría de organización política que desafía la invisibilidad histórica de los afrocolombianos resultante de los mitos de armonía racial y mestizaje.[43] Al traducir la doctrina constitucional que los Jueces federales estadounidenses usaron para erradicar un régimen social injusto de segregación racial construido sobre la posibilidad de establecer claramente, tanto social como jurídicamente, quién era negro o blanco,[44] la Corte Constitucional de Colombia ha rasgado el velo ideológico de la ceguera al color impuesto por el mito de la armonía racial.[45]

[43] Mi argumento difiere radicalmente de la idea de Jorge González Jácome de que, al introducir la idea de raza como "criterio sospechoso" que activa el "test estricto", la Corte Constitucional "ha vuelto invisible el impacto que la raza tiene y debe tener en la distribución de recursos" y, por ende ha implantado una suerte de régimen de "ceguera al color" en el derecho constitucional colombiano. Véase GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, "Hablemos de 'raza': Hacia un antídoto contra la ceguera al color en el constitucionalismo colombiano", en MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia, LAÓ-MONTES, Agustín y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (eds.), *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*, Universidad del Valle/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010, p. 709. No solamente me distancio de esta perspectiva, sino que sostengo que ignora que las categorías doctrinales foráneas (como los "criterios sospechosos" o el "test estricto") son inevitablemente traducidas mediante su incorporación en un contexto histórico completamente diferente. Al olvidar cómo ha funcionado la raza históricamente en la historia colombiana, González simplemente hace una crítica del uso de los "criterios sospechosos" y el "test estricto" que imita la forma como los críticos de la doctrina racial estadounidense han atacado el régimen de "ceguera al color" producido por la doctrina de la raza de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En cierto modo, González pierde de vista el punto más relevante cuando afirma, primero, que la importación de categorías que se utilizan en la doctrina constitucional sobre raza en Estados Unidos ha creado el *mismo* régimen racial que existe en ese país y, segundo, que este régimen debe criticarse por las *mismas* razones políticas esgrimidas en Estados Unidos. Aquí, mi argumento es completamente opuesto: al tomar prestadas las categorías doctrinales de raza, la Corte Constitucional de Colombia ha hecho una traducción que se opone a la invisibilidad histórica de la raza y, con ello, ha hecho posible que la raza se transforme en una categoría que posibilita la organización política. Adicionalmente, las ideas de González están basadas exclusivamente en el análisis de las decisiones sobre discriminación racial, sin tener en cuenta los casos de acción afirmativa. Cuando se lee este último grupo de decisiones se descubre que, al aceptar la validez constitucional de las políticas de acción afirmativa, la Corte rechazó el constitucionalismo ciego al color. Debe recordarse que este tipo de constitucionalismo aparece cuando las medidas de acción afirmativa son sometidas al test estricto y la acción estatal que tiene un impacto dispar sobre minorías raciales, pese a ser racialmente neutra, no se están sujeta a ese test.

[44] Véase, por ejemplo, OMI, Michael y Howard Winant, *Racial Formation in the United States: From the 1960s to the 1990s*, Routledge, Nueva York, 1994, pp. 95-112; HANEY LÓPEZ, Ian F., *White by Law: The Legal Construction of Race*, New York University Press, Nueva York, 1996.

[45] Las ideas de armonía racial y mestizaje como pilar conceptual para entender las relaciones de raza y construcción nacional son particulares a América Latina y se oponen a la experiencia de los Estados Unidos,

La traducción por parte de la Corte Constitucional de los "criterios sospechosos" y el "test estricto" de los Estados Unidos ha producido una dinámica racial colombiana que funciona en sentido completamente opuesto a la dinámica de la (des)igualdad racial estadounidense.[46] Mientras que en los Estados Unidos estas categorías doctrinales –que son el fundamento del régimen racial conocido como "ciego al color" (*colorblind*)– han funcionado para inmunizar formas de discriminación racial que no son explícitas,[47] en Colombia estas mismas categorías han sido el instrumento para desmontar el régimen de ceguera al color implícito en el mito de armonía racial. En suma, el estado de "armonía racial" que los Jueces federales estadounidense han buscado implantar mediante los "criterios sospechosos" y el "test estricto",[48] es la situación que la Corte Constitucional colombiana

---

donde la preservación de una distinción clara entre las razas fue jurídicamente vigilada. Thomas Holt, por ejemplo, ha afirmado que "la diferencia más notable en el caso latinoamericano fue el fenómeno del mestizaje, la valoración positiva dada a las mezclas interraciales que formaron las estrategias de imaginación nacional en varios países a inicios del siglo XX. Aunque se manifestó de diferentes maneras –desde acoger las mezclas indio/blanco o blanco/negro para glorificar la pureza indígena– el mestizaje y el indigenismo desafiaron la asociación exclusiva de la modernidad con ser blanco. Aunque puede formar parte de una agenda racialmente conservadora [...] necesariamente separó la mezcla racial de la idea de degeneración racial, que fue tan prevalente en el pensamiento de América del Norte y de Europa. Sin embargo, esta postura siempre se inició como una iniciativa de las élites intelectuales blancas y, frecuentemente, operó para mantener el *status quo* social". HOLT, T., *op. cit*., p. xi.

[46] Para los orígenes históricos del estándar del "test estricto" en el derecho constitucional de los Estados Unidos y su aplicación a los temas de discriminación racial véanse SIEGEL, Stephen A., "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *American Journal of Legal History*, vol. 48, núm. 4, octubre 2006, pp. 355-407; FALLON, Richard H., "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, vol. 54, núm. 5, junio 2007, pp. 1267-1337. Para la evolución de test estricto en temas raciales luego de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), y su paradójico estatus actual, véanse SIEGEL, Reva B., "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over *Brown*", *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, marzo 2004, pp. 1470-1547; SIEGEL, Reva B., "The Supreme Court 2012 Term, Foreword: Equality Divided", *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 1, noviembre 2013, pp. 1-94.

[47] Véanse, por ejemplo, FREEMAN, Alan D., "Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine", *Minnesota Law Review*, vol. 62, núm. 6, julio 1978, pp. 1049-1119; GOTANDA, Neil, "A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind'", *Stanford Law Review*, vol. 44, núm. 1, noviembre 1991, pp. 1-68; SIEGEL, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How 'Color Blindness' Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", *California Law Review*, vol. 88, núm. 1, enero 2000, pp. 77-118.

[48] Reva Siegel ha explicado cómo el marco doctrinal que actualmente usa la Corte Suprema de los Estados Unidos para enfrentar los casos de acción afirmativa, los de impacto racial diferenciado y los de perfilamiento racial, se ha justificado sobre la idea de que evitar la "balcanización" social es un fin constitucional deseable. Para la Corte Suprema, la permisión de ciertas formas de protección constitucional de las minorías raciales podría llevar a esta clase de "balcanización". Véase SIEGEL, Reva B., "From Colorblindness to Antibalkanization:

consideró constitucionalmente indeseable y a la que ha intentado ponerle término tomando prestadas categorías doctrinales de los Estados Unidos. No obstante, para producir este resultado, la traducción del debate de la doctrina norteamericana hecha por la Corte Constitucional ha requerido su aplicación desobediente. Mientras que en casos de discriminación racial "los criterios sospechosos" y el "test estricto" han sido desplegados de modo similar a la doctrina estadounidense,[49] esta aplicación no ha migrado al campo de la acción afirmativa donde la doctrina de los "criterios sospechosos" y el "test estricto" no ha sido utilizada para desmantelar los usos "benignos" de raza en las políticas estatales.[50] Para entender este argumento es necesario hacer un recorrido histórico por los mitos de armonía racial y mestizaje en Colombia.

a. Armonía racial y mestizaje en la historia colombiana

Desde finales de la década de los noventa del siglo pasado, un grupo de historiadores empezó a contradecir las formas en que los historiadores tradicionales habían narrado el periodo de la independencia colombiana. Una de las áreas más importantes de producción académica en esta nueva tendencia consistió, de un lado, en resaltar el papel clave que jugaron los negros y los pardos (nombre dado a los mulatos) en las luchas de independencia contra España, en contraposición a los recuentos tradicionales en donde los criollos (los nacidos en Colombia de padres españoles) eran los principales actores en estas luchas, y, de otro lado, en narrar cómo la armonía racial se había convertido en el mito fundacional de la nación. Estas ideas fueron inicialmente planteadas en 1998 por el trabajo pionero de Alfonso Múnera, cuyo argumento principal consistió

An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases", *Yale Law Journal*, vol. 120, núm. 6, abril 2011, pp. 1278-1366.

[49] Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-1090/05 (26 de octubre 26 de 2005); T-131/06 (23 de febrero de 2006). Cf. Corte Constitucional, Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009).

[50] Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-422/96 (13 de septiembre 13 de 1996); C-169/01 (28 de febrero 28 de 2001); T-375/06 (18 de mayo 18 de 2006); T-586/07 (31 de julio 31 de 2007).

en afirmar que las élites criollas fallaron en el proyecto de construir una nación colombiana unificada. Para contrarrestar esta carencia de unidad, las élites crearon una serie de mitos fundacionales. A su modo de ver, esta falla fue el resultado de tres factores combinados. Primero, "la Nueva Granada como unidad política nunca existió"; segundo, cuando se declaró la independencia "no hubo una élite criolla con un proyecto nacional, sino varias élites regionales con proyectos diferentes"; y tercero, "las clases subordinadas tuvieron una participación decisiva, con sus propios proyectos e intereses, desde los orígenes de la revolución de independencia".[51] En suma, el propósito principal de Múnera era mostrar que "los mitos fundacionales no fueron más que eso: mitos colocados en la conciencia de los colombianos".[52]

En su trabajo más reciente, Múnera refinó sus principales hipótesis planteando que los historiadores colombianos tradicionales "no estaban dispuestos a aceptar (…) el papel de las tensiones raciales en el movimiento de Independencia de ciudades de la importancia de Cartagena, y su impacto en la formación de la nación".[53] En desarrollo de esta perspectiva, Múnera plantea varias claves para entender los discursos raciales en la historia de Colombia. La principal de estas claves es la idea de que la raza era un discurso que las élites controlaban y movilizaban, con "una gran dosis de fantasía e invención",[54] para seguir sus propios propósitos políticos. La idea de mestizaje (generalmente entendida como la mezcla entre los criollos blancos, los negros y los indígenas) empezó a aparecer como el discurso racial más productivo y claramente dirigido a lograr la unidad nacional y el mejoramiento racial.[55] Para Múnera, el mito del mestizaje fue entonces "uno

[51] MÚNERA, Alfonso, *El fracaso de la nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*, segunda edición, Planeta, Bogotá, 2008, p. 38.

[52] *Ibid*., p. 41.

[53] MÚNERA, Alfonso *Fronteras imaginadas: La construcción de las razas y la geografía en el siglo XIX colombiano*, Planeta, Bogotá, 2005, p. 16.

[54] *Ibidem*, p. 33.

[55] Véase *ibid*., p. 39.

de los proyectos ideológicos centrales de los intelectuales criollos del siglo XIX", y una construcción puramente discursiva dirigida a instaurar la idea de que "Colombia ha sido siempre, desde finales del siglo XVIII, un país de mestizos cuya historia está exenta de conflictos y tensiones raciales y en la que ha imperado una democracia racial".[56] En suma, detrás de ese mito descansa el "descomunal esfuerzo por someter y suprimir las razas negra e indígena del territorio patrio".[57]

Siguiendo los pasos de Múnera, Marixa Lasso ha narrado cómo el mito de armonía racial surgió entre 1810 y 1812 como una creación discursiva puramente estratégica de los patriotas americanos para garantizar su participación en las Cortes de Cádiz.[58] El mito emergió en el contexto de la discusión sobre cuáles ciudadanos americanos debían representar las colonias en esa instancia constituyente. Para los patriotas americanos, era estratégico que los españoles aceptaran que los pardos e indios eran ciudadanos porque si se les concedía la ciudadanía, los diputados americanos podían fácilmente superar en número a su contraparte española. Al paso que los españoles aceptaron fácilmente que los indígenas eran ciudadanos, la discusión sobre la ciudadanía de los pardos tomó una dirección particularmente amarga. Dos visiones distintas sobre la situación racial en la

[56] *Ibid.*

[57] *Ibid.,* p. 40. Tanto Peter Wade como Aline Helg han afirmado tesis similares. Para Wade, "la democracia racial fue un mito que escondió las duras realidades del racismo y la desigualdad racial". WADE, Peter, "Afterword: Race and Nation in Latin America (An Anthropological View)", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003, p. 264. Recientemente, Aline Helg afirmó que "sin duda alguna, la tradición de dos siglos en los que se ha presentado a Colombia como una nación mestiza ha contribuido en gran medida a la invisibilidad de los negros colombianos. El discurso andino dominante sobre el mestizaje, que en el fondo tiene como meta el blanqueamiento de la población y la desaparición de los negros 'puros' y de los indios, ha restringido severamente las maneras mediante las cuales los afrocolombianos pueden expresar su singularidad sin excluirse a sí mismos de la nación. Ese discurso los ha llevado a minimizar su identidad racial y el papel de la exclusión racial en la formación de la nación". HELG, Aline, *Libertad e igualdad en el Caribe colombiano 1770-1835*, Universidad EAFIT, Medellín, 2011, p. 28.

[58] Véase LASSO, Marixa, *Mitos de armonía racial: Raza y republicanismo durante la era de la revolución, Colombia 1795-1831*, trad. Camilo Quintana, Ediciones Uniandes/Banco de la República, Bogotá, 2007.

América española fueron discutidas con el telón de fondo que afirmaba que la ciudadanía suponía una nación unificada y armónica.[59] Mientras que los diputados españoles que querían negar la ciudadanía a los pardos afirmaron que la confrontación y la lucha racial prevalecían en América y trataron de "probar que las gentes de ascendencia africana eran hostiles y diferentes", los diputados americanos tuvieron que "presentar la imagen de una América racialmente armónica".[60] Tal como afirma Lasso, "[p]ara defender la ciudadanía parda, los diputados americanos tuvieron que hacer algo innovador: construir una imagen de diversidad racial que no se opusiese al ideal contemporáneo de nación, en el que todos los ciudadanos compartían intereses y valores comunes. Tuvieron, entonces, que demostrar que la armonía, en vez de conflicto, era lo que caracterizaba las relaciones raciales en Hispanoamérica y, por lo tanto, que otorgarles los derechos de la ciudadanía a los pardos no dividiría la nación".[61] El mestizaje fue presentado, así, como prueba de la idea de armonía racial, pues "los diputados argumentaban que la recurrente mezcla racial había desarrollado fuertes vínculos entre las familias criollas y negras, que no debían ser disueltos por leyes excluyentes".[62] Adicionalmente, los diputados americanos contrarrestaron la idea del conflicto racial y la prevalencia de prejuicios frente a los pardos sostenida por algunos diputados españoles señalando que si cualquier conflicto y prejuicio existía, era el resultado de la tiranía española.[63] Así, en el propio momento fundacional de la república, la armonía racial vino a ser instaurada como una narrativa maestra de identidad nacional. Como tal, vino a funcionar como un discurso claramente dirigido a volver invisibles los problemas raciales, esconder la discriminación y exonerar a las élites locales de cualquier responsabilidad posible en el conflicto racial.[64]

[59] Véase *ibid*., pp. 37-41
[60] *Ibid*., p. 43.
[61] *Ibid*., p. 44-45.
[62] *Ibid*., p. 45.
[63] Véase *ibid*., pp. 58-59.
[64] Véase *ibid*., p. 59.

Aunque sería imposible dar cuenta de toda la literatura historiográfica que ha narrado la manera como los mitos de armonía racial y mestizaje evolucionaron durante el siglo XIX y luego en el XX hasta la promulgación de la Constitución de 1991, debe anotarse que estos mitos no han funcionado monolíticamente y se han movilizado de modos distintos en diferentes coyunturas de la historia colombiana. Una lección importante que nos enseña esta literatura es que el mito de la armonía racial debe entenderse generalmente como una narrativa *nacional.* Esto quiere decir que en muchas regiones de Colombia se ha construido la identidad regional a lo largo de las líneas raciales (algunas de modo racista). Como lo anota Nancy Appelbaum, durante el siglo XIX y la primera parte del siglo XX muchas regiones y pueblos colombianos definieron su identidad en un proceso en el que la geografía y la jerarquía racial se entrecruzaron.[65] En su perspectiva, estas regiones y pueblos "elaboraron un discurso racializado de la diferenciación regional que le asignó mayor moralidad y progreso a ciertas regiones… que fueron marcadas como 'blancas'", mientras que "aquellos pueblos definidos como 'negros' o 'indios' fueron asociados con el desorden, el atraso y el peligro".[66] Sin embargo, esta literatura resalta dos puntos que están relacionados entre sí. Primero, incluso si la jerarquía racial fue asociada a ciertas regiones y localidades, y la división racial fue un asunto de la vida diaria, quienes narraron la historia de estas regiones paradójicamente se aferraron a los discursos maestros de armonía racial y mestizaje, los cuales, adicionalmente, eran conceptos que tenían significados políticos divergentes de acuerdo con los actores que los usaran.[67]

[65] Véase APPELBAUM, Nancy P., *Dos plazas y una nación: Raza y colonización en Riosucio, Caldas, 1846-1948*, ICANH/Ediciones Uniandes/Universidad del Rosario, Bogotá, 2007. En uno de los libros más importantes y originales sobre la dinámica de la violencia en Colombia a mediados del siglo XX, Mary Roldán ha explicado cómo la violencia, durante este periodo, no fue una confrontación nacional generalizada entre los partidos Liberal y Conservador, tal como se explica generalmente caracterizada. En su libro, Roldán mostró como la confrontación partidista, como una explicación amplia para la violencia, solamente funcionó en algunas regiones. En otras regiones sirvió como como un catalizador para otros conflictos históricos, incluyendo confrontaciones raciales. Véase ROLDÁN, Mary, *A sangre y fuego: La Violencia en Antioquia, Colombia 1946-1953*, trad. Claudia Montilla, ICANH, Bogotá, 2003, pp. 57-64.

[66] APPELBAUM, N. *op. cit*., pp. 4-5. Véase, igualmente, *ibid.*, pp. 7, 11, 16, 19-20, 23.

[67] Por ejemplo, Nancy Appelbaum, Anne Macpherson y Karin Rosemblatt han anotado cómo "muchos intelectuales […] conceptualizaron sus naciones como racialmente heterogéneas, sin abandonar el ideal

Segundo, la noción de "raza" que ha dado fundamento a la relación histórica entre la construcción de nación, la identidad nacional y la jerarquía racial ha sido compleja y polisémica.[68] Así, la "raza" ha designado alternativamente el color de la piel y otros atributos físicos, morales, valía intelectual y síquica, región, pueblo y familia, entre otros significados.[69]

En este sentido, la segunda década del siglo XX es un vivo ejemplo de que la preservación política del mito del mestizaje ha requerido un uso polisémico de

civilizatorio de blanqueamiento de la nación articulado primero por los líderes liberales de la era de la independencia. […] Pero aunque las élites defendieron un proceso de homogenización cultural que, dadas las definiciones culturales de raza prevalentes, implicaron el blanqueamiento racial, mantuvieron las distinciones raciales que arraigaron los esfuerzos por estratificar y controlar el trabajo y que justificaron las jerarquías regionales en sus respectivas naciones". APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra, "Introduction: Racial Nations", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003, p. 6. A pesar de jugar un papel tan importante en la construcción de la nación y en la identidad nacional, los mitos de armonía racial, democracia racial y mestizaje han tenido diferentes significados par diferentes actores sociales en distintas coyunturas históricas. Desde la visión de Appelbaum, MacPherson y Rosemblatt, "decir que las formulaciones de la élite, como la doctrina de la democracia racial, no fueron simplemente mitos perversos no significa afirmar que fueron igualitarios, o que significaron lo mismo para todas las clases sociales y grupos raciales, o incluso que fueron similarmente interpretados por la misma persona en diferentes contextos". *Ibid*., p. 21. En un estudio de caso importante, Elisabeth Cunin ha sostenido que el mestizaje puede transformarse en una categoría positiva que permite el empoderamiento político y no necesariamente un mito que hace invisible la presencia de los afrocolombianos en la historia de Colombia. Cunin muestra cómo en la ciudad de Cartagena, el mestizaje ha funcionado como una "práctica subversiva" que cuestiona "cualquier intento de clasificación social y científica" y contradice "la propia lógica de la identidad". CUNIN, Elisabeth, "Asimilación, multiculturalismo y mestizaje: Formas y transformaciones de la relación con el otro en Cartagena", en MOSQUERA, Claudia, PARDO, Mauricio y HOFFMAN, Odile (eds.), *Afrodescendientes en las Américas: Trayectorias sociales e identitarias*, Universidad Nacional/ICANH/IRD/ILSA, Bogotá, 2002, p. 286. Cunin señala que el mestizaje "lejos de obedecer una lógica de armonía racial o de desaparición de las categorías raciales, alimenta y acentúa el recurso a la ideología racial y al prejuicio de color". Id., p. 289. Más importante aún, Cunin habla sobre una "competencia mestiza" que permite "jugar con el color de la piel y sus significaciones, contextualizar las apariencias raciales para adaptarse a las situaciones, pasar de una norma social a otra". *Ibid*., p. 291. Véase, igualmente, CUNIN, Elisabeth, *Identidades a flor de piel: Lo 'negro' entre apariencias y pertenencias: Categorías raciales y mestizaje en Cartagena*, Ediciones Uniandes/ICANH/IFEA/OCC, 2003.

[68] Para Appelbaum, Macpherson y Rosemblatt, "la raza ha sido más persistente, resistente y maleable que lo reconocido por académicos anteriores […]. Los latinoamericanos no importaron sin más las teorías raciales de los europeos sino que en cambio interpretaron esas teorías mediante ideologías raciales locales". *Op. cit.*, p. 13.

[69] Véase APPELBAUM, N., *op. cit.*, p. 10.

la noción de raza. Durante este periodo, varios políticos y científicos debatieron sobre "los problemas de la raza en Colombia" con el fin de adoptar unas medidas gubernamentales apropiadas para reversar lo que se percibía como la "degeneración de la población".[70] Eduardo Restrepo ha mostrado que, en estos debates, la discusión se desplazó del uso de una noción científica o médica de la raza a una de tipo político que dio fundamento a la adopción de medidas que buscaron echar para atrás el supuesto proceso de "degeneración" de la población.[71] Una característica clave de estos debates es que, en una importante medida, giraron en torno al mito del mestizaje. Aunque los científicos y políticos que participaron en el debate sobre la "degeneración" de la población en la década de los 1920 compartían la visión de que el mestizaje entre negros y "europeos" era una forma de mejorar la población, tenían posiciones divergentes (basadas en sus visiones políticas liberales o conservadoras) sobre el papel del mestizo. Mientras que para algunos era "la condición de posibilidad de la democracia", para otros "éste explicaba la inestabilidad política de los países donde predominaba, especialmente si el 'componente africano' era el más marcado".[72]

De un modo que replica esta tendencia, Claudia Leal ha periodizado los usos de "raza" en Colombia. Durante la fundación de la República, en la primera mitad del siglo XIX, la raza remplazó la idea de "casta" (que hasta ese momento designó las mezclas entre blancos, negros e indios y la posición que cada uno de estos grupos ocupaba en la jerarquía social colonial, que se consideraba "natural" y "moral"). En la temprana república, se creó una comunidad política supuestamente igualitaria, basada en una "ciudadanía racial incluyente". Los liberales republicanos, sin embargo, encontraron formas para excluir a los no-blancos de

[70] Estos fascinantes debates fueron compilados en el libro JIMÉNEZ LÓPEZ, Miguel, et al., *Los problemas de la raza en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011 (edición original de 1920).

[71] RESTREPO, Eduardo, "Imágenes del 'negro' y nociones de raza en Colombia a principios del siglo XX", en LEAL, Claudia y LANGEBAEK, Carl (eds.), *Historias de raza y nación en América Latina*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010, p. 278.

[72] *Ibid*., p. 305.

los beneficios de la ciudadanía (especialmente el derecho al voto) mediante limitaciones de propiedad y alfabetismo. Así, la ciudadanía se ligó a la blancura. Los excluidos eran, no obstante, ciudadanos en potencia que podían volverse participantes de la comunidad política mediante la educación. En esta época, el mestizaje se transformó de ser una "anomalía indeseada" a una "de las principales características que definían a la población nacional".[73] Durante la segunda mitad del siglo XIX, los políticos e intelectuales conservadores discutieron lo que consideraban como "el atraso" colombiano y lo relacionaron con la noción de mestizaje (basados en la idea de "blanqueamiento") que fue exaltado como la clave de la democracia y un "futuro dichoso". En este periodo, el significado de la "raza" fue ligado a "la dicotomía entre civilización y barbarie" y a la idea de que las razas tenían una "geografía inevitable y fatal".[74] Leal ubica un tercer periodo, luego de la *Shoah*, cuando la noción de "raza" fue desacreditada y remplazada por nociones tales como "grupo étnico" y "etnicidad". El punto interesante es que aunque la "raza" fue rechazada por académicos e intelectuales, su uso diario permaneció intocado, al punto que "la población continuó siendo clasificada y jerarquizada en términos raciales, con lo cual el racismo persiste".[75] Más recientemente, la producción académica de la historia, sociología, antropología y otras ciencias sociales muestra un "reposicionamiento del 'negro' como categoría racial". Esta transformación fue posible cuando los antropólogos desligaron el uso diario de la "raza" de ciertos contenidos morales. La noción de "raza" ha sido entonces recuperada por los académicos que desean estudiar a la población negra y quieren romper la invisibilidad a la que el mito del mestizaje ha sometido a los afrocolombianos en Colombia.[76]

[73] Véase LEAL LEÓN, Claudia, "Usos del concepto 'raza' en Colombia", en MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia, LAÓ-MONTES, Agustín y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (eds.), *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*, Universidad del Valle/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 390-99.

[74] Véase *ibid*., pp. 402-408.

[75] *Ibid*., pp. 417-419.

[76] Véase *ibid*., pp. 420-29.

b. La producción de la raza en un contexto de armonía racial y mestizaje

Este complejo trasfondo antropológico, social, cultural y político funciona como trasfondo de la doctrina de raza de la Corte Constitucional de Colombia. Desde 1996, la Corte ha decidido dos tipos de casos. Un primer grupo de decisiones se refiere a la validez constitucional de las políticas de acción afirmativa personas afrodescendientes. En términos generales, la Corte Constitucional no solamente ha validado estas políticas, sino que ha sostenido que el principio de igualdad constitucional obliga a las autoridades estatales a crearlas e implementarlas. En el segundo grupo de casos, la Corte ha protegido a personas afrocolombianas que han sido discriminadas por actores privados. Como se anotó anteriormente, mientras que en estos últimos casos la Corte Constitucional ha aplicado "obedientemente" los "criterios sospechosos" y el estándar del "test estricto" de los Estados Unidos, en los casos de acción afirmativa el uso de la raza ha sido validado constitucionalmente a través de la inaplicación de ese estándar. El resultado general de los dos grupos de casos ha sido la recuperación de la raza como una categoría para la organización política. Al establecer un diálogo con los mitos de armonía racial y mestizaje, la doctrina de raza de la Corte ha intervenido en las dinámicas de construcción e identidad nacional en Colombia. En este sentido, en la mayoría de sus casos de raza, la Corte Constitucional se ha esforzado por encontrar una noción de "raza" que pueda fundamentar su decisión. Independientemente de la noción escogida y de su "corrección" en términos antropológicos y sociológicos, el punto realmente interesante es la forma como la Corte se mueve entre distintos conceptos de raza. A mi modo de ver, esta dinámica muestra cómo la traducción del modelo de igualdad constitucional racial propio de los Estados Unidos ha funcionado para iniciar una conversación idiosincrática de gran importancia sobre el lugar de la raza en la identidad nacional colombiana.

La Corte Constitucional de Colombia ha decidido cuatro casos relevantes en materia de acción afirmativa. La primera de estas decisiones (y la primera sobre

el estatus constitucional de la raza) presenta una interpretación destacada de la única disposición de la Constitución de 1991 que se refiere a la población afrocolombiana (aparte de la prohibición de discriminar por razones de raza contemplada en el artículo 13 de la Constitución) y un argumento fuerte contra el mito de la armonía racial.[77] En este caso, el peticionario, presidente de una organización nacional de afrocolombianos, solicitó al alcalde de la ciudad de Santa Marta que se le diera representación en la Junta Distrital de Educación a un representante de las comunidades negras de la ciudad. La petición fue negada bajo el argumento de que "no existen grupos raciales de características negras en Santa Marta".[78] El Juez de primera instancia rechazó las pretensiones del solicitante señalando que "no se desconoce la presencia de elementos humanos con caracteres étnicos negroides, pero no se encuentran exclusivamente ubicados en determinados sectores, organizados bajo forma legal alguna, sino por el contrario, participan activamente en la vida comunitaria, desde la educación impartida, como la organización económica en las actividades a que se dedican, compartiendo todos y cada uno de los aspectos de la vida en sociedad, con las restantes personas que poseen rasgos propios del mestizaje".[79] La Corte

[77] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96 (13 de septiembre de 1996). El artículo 55 transitorio de la Constitución brinda protección especial a las comunidades negras de la costa del Pacífico colombiana. El artículo ordena al Congreso expedir una ley (Ley 70 de 1993) que reconoce a estas comunidades la "propiedad colectiva" sobre sus tierras "de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción". Algunos autores han criticado esta disposición constitucional porque solamente reconoce una forma y experiencia específica de lo negro, dejando sin reconocimiento y protección a los negros urbanos y a los que habitan en el Caribe, el sur y el centro de Colombia. Véase HELG, *op. cit.*, pp. 25-27. Otros académicos han resaltado cómo el artículo 55 transitorio de la Constitución colombiana podría considerarse como una expresión renovada del mito de armonía racial al caracterizar a los afrocolombianos como "ecólogos por naturaleza". Cf. RESTREPO, E., *op. cit.*, p. 307. Esta forma de reconocimiento constitucional de lo negro encaja en lo que Eduardo Restrepo ha llamado la "etnización de las imágenes de las comunidades negras" que tiende a relacionar estas comunidades con la "naturaleza". Mientras que en otros periodos históricos la proximidad a la naturaleza era asociada con la "barbarie", la nueva dinámica vuelve a articular este significado para caracterizar a las comunidades negras como guardianes del medio ambiente. Para Restrepo, "las imágenes abundan en referencia a la relación armónica de las 'comunidades negras' con la naturaleza, en las 'prácticas tradicionales de producción' que son ecológicamente sustentables y se constituyen en la expresión de una sabiduría ambiental". *Ibid*. Véase, igualmente, WADE, Peter, *Gente negra, nación mestiza: Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*, Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre/Universidad de Antioquia/ICANH, Bogotá, 1997, pp. 405-16.

[78] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96 (13 de septiembre de 1996), párr. 1.

[79] *Ibid.*

Constitucional revocó esta decisión y ordenó a la Junta Distrital de Educación asignar un lugar a un representante de las comunidades negras de Santa Marta. El razonamiento de la Corte establece relaciones importantes entre comunidad, raza, historia y acción afirmativa en un argumento que se opuso a la invisibilidad histórica de los afrocolombianos producida por el mito del mestizaje.

Para empezar, la Corte Constitucional rechazó el argumento de que una "comunidad negra" solamente puede basarse en un "requisito racial", debe tener una "ubicación espacial específica" y debe conformar una "unidad socioeconómica física", que fueron los criterios usados por el Juez de primera instancia para negar la existencia de una comunidad negra en Santa Marta. Para la Corte, "*un grupo étnico*" no puede caracterizarse exclusivamente de acuerdo con un "requisito racial" (la comunidad debe tener una "raza pura"), no solo porque este criterio "no puede ser sostenible históricamente", sino porque la "configuración de un *grupo étnico* como colectividad" también tiene que fundarse sobre unos "valores culturales fundamentales y otros rasgos sociales".[80] Para rechazar el "requisito de ubicación de sus miembros en un sitio específico", la Corte Constitucional usó un argumento histórico que parece contrarrestar directamente el mito de la armonía racial puesto que afirma que la historia colombiana se ha caracterizado por el conflicto racial y no por la democracia racial. Para la Corte, "la historia colombiana se ha fraguado tristemente a partir de la violenta sustracción de tierras a los indígenas y de la expatriación obligada de los negros del África que fueron arrancados de su suelo para laborar en tierras ajenas".[81] Desde su perspectiva, circunscribir la existencia de una comunidad negra a una ubicación específica ignoraría la existencia de los negros que viven en las ciudades y otros lugares geográficos. Finalmente, el rechazo de la "unidad física socioeconómica" se dirigió a disipar la idea de que las comunidades negras colombianas se dedican principalmente a la agricultura. Según la Corte Constitucional, lo negro

[80] *Ibid*., párr. 3 (cursiva fuera de texto).
[81] *Ibid*.

podría cohesionarse en torno a una serie de factores que pueden evolucionar con el tiempo.

Con independencia de la corrección antropológica, sociológica, histórica o cultural de estos argumentos, lo que a mi modo de ver es verdaderamente importante es cómo, a través de ellos, la Corte se esfuerza por encontrar un lugar constitucional para la raza estableciendo un diálogo con la alteridad negra. En primer lugar, la Corte Constitucional intenta encontrar una noción de "raza" lejos de la idea de "pureza", en una aproximación que termina confundiendo raza y etnicidad. Si la armonía racial y el mestizaje como mitos fundacionales de la nacionalidad han prevalecido, parcialmente, en virtud de la polisemia de la noción de raza, intentar articular un significado de raza para efectos de los juicios constitucionales es, sin duda, una tarea difícil y de gran envergadura, cuyos resultados pueden dar lugar a muchas dudas. Aunque la Corte Constitucional no enfrenta explícitamente el artículo transitorio 55 de la Constitución colombiana, el rechazo de los requisitos de la "ubicación espacial específica" y la "unidad física socioeconómica" es, a mi modo de ver, un diálogo implícito con las ideas que señalan que "lo negro" está ubicado en unos lugares geográficos específicos (especialmente la Costa Pacífica de Colombia) y que los afrocolombianos, mediante sus "prácticas de producción tradicionales", son "guardianes de la naturaleza".

A continuación, la Corte validó la constitucionalidad de las políticas de acción afirmativa para las personas negras. A su juicio, la Constitución de Colombia obliga a que existan dos tipos de acción afirmativa. Una primera serie de medidas están relacionadas con el desarrollo legislativo del artículo 55 transitorio de la Constitución y, por tanto, se orienta a garantizar la "propiedad colectiva" de las tierras ocupadas por las comunidades negras de la Costa Pacífica "de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción".[82] La Corte, sin embargo, sostuvo

[82] Véase *ibid*.

que el principio de igualdad constitucional (artículo 13 de la Constitución) obliga a las autoridades gubernamentales a implementar políticas de acción afirmativa para *todos* los colombianos negros.[83] En su opinión, estas políticas buscan reconocer "la situación de marginación social que *ha victimizado* a la población negra y que *ha repercutido negativamente* en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural".[84] Nótese cómo esta justificación general de la acción afirmativa para promover la igualdad racial descansa sobre un lenguaje histórico que ignora los mitos de armonía racial y *mestizaje:* en Colombia, los afrodescendientes han sido históricamente victimizados y marginalizados en razón de su raza y la discriminación racial es una realidad. Así, para la Corte, la simple *observación* permite "constatar la existencia de una apreciable comunidad negra en la ciudad". La negación de un espacio a un representante de la comunidad negra de Santa Marta en la Junta de Educación del Distrito es una forma de discriminación que se expresa "en la invisibilidad que los miembros de éste adquieren para el grupo dominante y que explica que se puedan negar hechos que son públicos y notorios, como son la presencia negra en la costa atlántica del país y su significativo aporte a la cultura colombiana".[85] Para la Corte no parece existir algo así como la armonía racial o una democracia racial.

Aún más interesante es el razonamiento doctrinal que fundamenta la validez constitucional de las medidas de acción afirmativa. En este punto es donde la Corte Constitucional traduce la doctrina estadounidense sobre el test estricto de igualdad *apropiándosela indebidamente*. Esta apropiación ocurre en dos momentos. En un primer momento, la Corte reconoce que, *en principio,* la raza es un criterio prohibido para la acción estatal. A su modo de ver, "el factor racial, pues, *como se sabe*, no puede *generalmente* dar pie a un tratamiento distinto en

[83] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96 (13 de septiembre de 1996), párr. 4.
[84] *Ibid*. (cursiva fuera de texto).
[85] *Ibid*., párr. 6.

la ley".[86] El uso de las expresiones "como se sabe" y "generalmente" revelan que la Corte Constitucional es consciente de la existencia de una prohibición generalizada de recurrir a la raza como criterio para fundar la acción estatal que parece existir en el constitucionalismo global. A pesar de que no hay referencia alguna al derecho constitucional comparado (la Corte no cita ni se refiera a material jurídico extranjero alguno), el uso de "tal como se conoce" solo puede referirse razonablemente al constitucionalismo transnacional. De hecho, teniendo en cuenta que esta fue la primera decisión en que la Corte Constitucional enfrentó una controversia racial –y, por ello, no podía apoyarse en precedentes propios– la única autoridad posible para sustentar esa prohibición solamente podía encontrarse fuera del constitucionalismo colombiano. Sin embargo, el reconocimiento de esta prohibición es seguido, inmediatamente, por el rechazo del tipo de constitucionalismo ciego al color que ella suele implicar en su fuente originaria estadounidense. Como si siguiera la tradición crítica racial de los Estados Unidos, la Corte sustituye el lenguaje de la igualdad formal (que hubiera forzado a la Corte a someter al test estricto las políticas de acción afirmativa) por el discurso de la igualdad material que permite usar la raza en las políticas de acción afirmativa dirigidas a compensar injusticias raciales históricas. Para la Corte Constitucional, lo que justifica un "*tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida*" es que estos "grupos sociales *han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual*".[87]

Bajo esta justificación general de la acción afirmativa, la Corte validó la presencia de un representante de las comunidades negras en las secretarías locales de educación como una forma de dar poder "*a una población, tradicionalmente marginada del poder decisorio real*", de lograr "una cabal integración de esta población a la sociedad" y de asegurar que "en el futuro la educación no sea un

[86] *Ibid*., párr. 4 (cursiva fuera de texto).
[87] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96 (13 de septiembre de 1996), párr. 4.

campo de discriminación".[88] En suma, para la Corte, lejos de ser "racistas" estas medidas "promueven integración social y pluralismo cultural".[89] Este esquema doctrinal es, en consecuencia, una creación idiosincrática de la Corte Constitucional colombiana que se produce a partir de una conversación compleja con el constitucionalismo transnacional. Al mismo tiempo, acepta y rechaza el estándar del test estricto a la luz de la realidad racial colombiana.

En las otras tres decisiones sobre acción afirmativa, la Corte también se esforzó en encontrar la noción de "raza" que subyace al constitucionalismo colombiano. Mientras dos de estos casos se refieren a las políticas de acción afirmativa establecidas por universidades regionales para estudiantes pertenecientes a poblaciones minoritarias o negras,[90] el tercer caso valida la constitucionalidad de la ley que creó dos curules especiales para las comunidades negras en la Cámara de Representantes del Congreso de Colombia.[91] En el primero de los casos sobre acción afirmativa en educación universitaria, la Corte protegió a una demandante que no fue admitida al programa de acción afirmativa de la Facultad de Medicina de la Universidad del Magdalena porque su "fisonomía no corresponde a la de las negritudes". La entidad demandada invocó el mestizaje y el mito de armonía racial para justificar su decisión. Para la universidad demandada, "debido al mestizaje, la gran mayoría de 'costeños' son en alguna medida afrodescendientes. No obstante, es claro que existen personas que no han tenido mayor mestizaje que sufren tratos inequitativos y pobreza. Este grupo de personas ha conservado sus tradiciones e identidad y merece especial trato".[92] La Corte Constitucional rechazó este argumento y ordenó a la Universidad del Magdalena matricular a la peticionaria como estudiante de la Facultad de Medicina. Según

[88] *Ibid*., párr. 5.
[89] *Ibid*., párr. 6.
[90] Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-375/06 (18 de mayo 18 de 2006); T-586/07 (31 de julio de 2007).
[91] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28 de 2001).
[92] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-375/06 (18 de mayo de 2006), párr. I.

la Corte, "en Colombia prima un claro concepto de identidad cultural como factor para determinar la pertenencia a la comunidad negra",[93] lo que significa que una persona pertenece a una comunidad negra si se identifica como parte de ella. Para llegar a esta conclusión la Corte se basó, por una parte, en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y, de otro lado, en el artículo 55 transitorio de la Constitución y la ley que lo desarrolló (Ley 70 de 1993). El punto interesante es que, en términos generales, estas disposiciones normativas caracterizan a las comunidades negras como grupos étnicos y, en esta medida, tienden a establecer un sinónimo entre raza y etnicidad. Aunque esta confusión puede concebirse teóricamente como una expresión del mito de armonía racial y, conforme a ello, como una forma contemporánea de remover la raza de los espacios políticos colombianos, la Corte, de hecho, recuperó paradójicamente la raza poniendo el mito de armonía racial contra sí mismo. En efecto, el argumento sobre mestizaje planteado por la universidad en apoyo de la invisibilidad racial en este caso fue contrarrestado mediante la *extracción* de la raza de una serie de disposiciones internacionales y legales que, en principio, *también* hubieran podido ser usadas para sustentar las pretensiones de la entidad demandada. En otras palabras, la Corte forzó el marco normativo de la armonía racial para *producir* una noción útil de raza que apoyara a la solicitante que afirmaba ser de raza negra. Adicionalmente, al controvertir una noción simplista de raza exclusivamente basada en el color de la piel mediante un criterio más complejo de auto-identificación cultural (derivada, a su turno, del propio marco normativo que pudo haber sido usado para apoyar el argumento del mestizaje planteado por la universidad demandada), la Corte Constitucional intervino en un largo debate histórico sobre el significado de la raza en la identidad nacional colombiana.

A continuación, la Corte derivó la obligación constitucional de las autoridades públicas de implementar políticas de acción afirmativa para personas

[93] *Ibid*., párr. II.2.2.3.

afrocolombianas a partir de la cláusula de igualdad de la Constitución. En este punto, tal como en la primera decisión sobre acción afirmativa, rechazó (en términos aún más explícitos) la aplicación del test estricto.[94] A su modo de ver, "aunque [el trato preferencial para poblaciones negras] se basa en las *categorías* sospechosas, tal apelación es *válida* por su *finalidad compensadora*".[95] Conforme a lo anterior, la Corte ordenó a la Universidad del Magdalena matricular a la peticionaria en el programa de acción afirmativa para comunidades negras de la Facultad de Medicina y abstenerse de usar "criterios fisionómicos" al momento de establecer la pertenencia de un candidato a una comunidad negra en futuros procesos de admisión.[96]

La segunda decisión de la Corte Constitucional sobre acción afirmativa en educación universitaria sigue muy de cerca la jurisprudencia anterior.[97] En este caso, basada en el argumento de que "en la ciudad de Ibagué no hay comunidades afrocolombianas",[98] la Universidad del Tolima (en la ciudad de Ibagué) negó la admisión a su programa de acción afirmativa para "minorías étnicas" a una peticionaria que se identificaba como afrodescendiente. Como en la sentencia T-422/96, la universidad fundamentó su decisión en los criterios contenidos en el artículo 55 transitorio de la Constitución y la Ley 70 de 1993 para establecer la existencia de una comunidad negra. La Corte, por su parte, rechazó de manera específica la idea de que, para fines de protección constitucional, las comunidades negras deben ocupar ciertos territorios concretos. En su opinión, los criterios clave para identificar la existencia de una comunidad negra son "la

[94] De modo interesante, la Corte también fundamenta la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa para personas afrodescendientes en varias disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 70 de 1993. Nuevamente, la raza es *extraída* de un conjunto de normas que tiende a confundir raza con etnicidad y, por tanto, se inscribe en el mito de armonía racial.

[95] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-375/06 (18 de mayo 18 de 2006), párr. II.3 (cursiva fuera de texto).

[96] Véase *ibid*., párr. V.

[97] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-586/07 (31 de julio 31 de 2007).

[98] Véase *ibid*., párr. I.A.

confluencia de factores culturales y tradiciones arraigadas" y la auto-identificación de sus miembros.[99] Para la Corte Constitucional, la obligación estatal de implementar políticas de acción afirmativa para personas afrocolombianas no debería derivarse únicamente de estas normas, sino especialmente del principio constitucional de igualdad. Del mismo modo, es interesante que la Corte Constitucional también fundamente esta obligación en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, un instrumento internacional que se refiere explícitamente a la "raza" y no a la "etnicidad" (como sí lo hace el Convenio 169 de la OIT). Aquí, tal como en la sentencia T-422/96, la Corte prefirió evadir el marco internacional y constitucional que tiende a confundir raza y etnicidad y, de este modo, evitó la estrategia interpretativa más compleja (como la que adoptó en la sentencia T-375/06) al tratar de extraer la "raza" de normas que tienden a hacer invisible la raza.

Como en decisiones anteriores, la Corte Constitucional rechazó la aplicación del test estricto. A su juicio, "las acciones afirmativas están expresamente autorizadas por la Constitución, por lo cual las autoridades pueden apelar a la raza para enervar el efecto nocivo de prácticas sociales que colocan a esas personas o grupos en una situación desventajosa […]. La utilización de la raza como criterio para realizar una diferenciación positiva en materia de acceso a la educación, *lejos de trasgredir la Carta se ajusta a ella en la medida en que busca mejorar la situación de un grupo étnico* como las comunidades afrocolombianas, que históricamente han sido tratadas como grupos marginales, excluidos de los beneficios y derechos de los demás miembros de la organización social".[100] A pesar de haber establecido que los "factores culturales", las "tradiciones arraigadas" y la auto-identificación eran los criterios para establecer la pertenencia de un individuo a una comunidad negra, la Corte –en una maniobra que contradice de algún modo la sentencia T-375/06 en donde señala que el "criterio fenotípico" no

[99] Véase *ibid*., párr. II.5.
[100] *Ibid*., párr. II.4 (cursiva fuera de texto).

puede usarse en procesos de admisión– pareció añadir la apariencia física (color de piel) a estos criterios. Señaló, además, que la Universidad del Tolima negó la admisión a la peticionaria a pesar del hecho de que "era palmario, por su apariencia física, que forma parte de la comunidad afrocolombiana".[101] Para la Corte, ignorar la "apariencia física" era una forma de discriminación racial porque "ignora que la condición natural étnico-genética de pertenencia a la raza negra, esto es, el factor racial, como fisionómicamente puede constatarse, es también un elemento relevante junto a los valores culturales fundamentales y a otros rasgos sociales, que permiten distinguir e individualizar a ese grupo étnico denominado *'comunidad afrodescendiente'*, sin que pueda afirmarse que este concepto esté ligado al elemento espacial".[102] En este punto, de nuevo, la Corte Constitucional participa en el debate sobre el significado de la raza en la identidad nacional colombiana ofreciendo una noción de raza para fines del juicio constitucional. Lo que es verdaderamente valioso en este punto es la forma como la Corte se esfuerza (en diálogo con el mito de armonía racial) por encontrar un concepto funcional de raza para resolver las controversias judiciales. A mi modo de ver, dada la polisemia de la raza en la historia colombiana, es irrelevante si la Corte Constitucional construye el concepto "correcto" desde una perspectiva antropológica, histórica o sociológica.

Tal como se anotó anteriormente, en el año 2001 la Corte Constitucional validó la constitucionalidad de la ley que creó dos curules especiales para las comunidades negras en la Cámara de Representantes como una forma de acción afirmativa dirigida a promover la participación de estas comunidades en la política colombiana.[103] La Corte validó estas medidas con base en dos fundamentos. Primero, estimó que las curules eran una forma de fortalecer la democracia participativa al promover la diversidad en el Congreso colombiano, compensar

[101] *Ibid*., párr. II.5.
[102] *Ibid*.
[103] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28 de 2001).

la carencia histórica de poder político de los afrocolombianos y fortalecer las formas de "ciudadanía diferenciada" basada en la "identidad étnica".[104] En segundo lugar, la Corte Constitucional consideró que las curules especiales para los representantes de las comunidades negras eran también una implementación válida de la obligación estatal de hacer realidad la igualdad material. En su opinión, las comunidades negras han sufrido una historia de exclusión y discriminación que las ubica en la "periferia geográfica y económica del país".[105] Esta realidad impone a las autoridades públicas la obligación de adoptar medidas de "discriminación positiva" orientadas a "contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan".[106] Al igual que en otras decisiones, la Corte rechazó la aplicación del test estricto al utilizar un marco analítico fundado en la igualdad material para examinar la validez constitucional de las medidas de acción afirmativa.

Sin embargo, el aspecto más interesante de esta decisión es el modo en que la Corte Constitucional interviene en el debate sobre el significado de "raza" en Colombia al transformar activa y explícitamente a las comunidades negras en "grupos étnicos".[107] Aunque a primera vista esta transformación parece responder a la necesidad puramente pragmática de incluir a las comunidades negras en el ámbito de protección de disposiciones que solo se refieren a "comunidades étnicas", el hecho es que esta estrategia interpretativa termina por borrar la "raza" del constitucionalismo colombiano. Así, para la Corte Constitucional, las comunidades negras son grupos étnicos porque las normas internacionales, constitucionales y legales que fundamentan la creación de curules especiales para

[104] Véase *ibid*., párr. V.3.1.

[105] *Ibid*.

[106] *Ibid*.

[107] Véase *ibid*., párr. V.3.2.2. Sin embargo, en el Auto 005/09 la Corte señaló que la caracterización de las comunidades negras como grupos étnicos –equiparándolos a las comunidades indígenas– apuntaba al reconocimiento de ciertos derechos constitucionales colectivos tales como la propiedad colectiva sobre sus tierras. Véase Corte Constitucional de Colombia, Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009), párrs. 19-21. La sinonimia entre negro y comunidades indígenas para efectos de la garantía de derechos colectivos de estos últimos ha sido sostenida por la Corte en un par de sentencias. Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-574/96 (29 de octubre 29 de 1996), T-955/03 (17 de octubre de 2003).

las comunidades negras en la Cámara de Representantes ordenan su caracterización como comunidades étnicas.[108] Por una parte, el artículo 176 de la Constitución colombiana, que establece la creación por vía de ley de curules especiales en la Cámara de Representantes para ciertas poblaciones sub-representadas, solo se refiere a "grupos étnicos" (y no "grupos raciales"). De otro lado, la Ley 70 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT –que, de acuerdo con la Corte, son las normas internacionales y legales que sustentan la implementación de políticas de acción afirmativa para afrocolombianos– se refieren a las comunidades negras como grupos étnicos. Adicionalmente, este último conjunto de disposiciones conciben la identidad cultural como una combinación de factores "objetivos" (la existencia de rasgos sociales y culturales compartidos por los miembros del grupo) y "subjetivos" (la identidad del grupo que permite a los individuos identificarse a sí mismos como miembros del grupo).[109]

Sin embargo, también es interesante analizar cómo la Corte Constitucional se sintió obligada a caracterizar a las comunidades negras como grupos étnicos como un asunto de necesidad histórica. Para la Corte, el reconocimiento de derechos especiales para estas comunidades no puede nunca basarse en su "raza" porque "esto significaría suponer que, en un país con un alto grado de mestizaje, las 'razas puras' aún existen" y llevaría a "a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de 'raza negra' y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley".[110] No obstante, la Corte no se detuvo allí. El rechazo de la "raza" como una categoría constitucional se apoyó en un conjunto de argumentos históricos debatibles y carentes de fundamento (la Corte no hace referencia alguna a fuentes históricas, antropológicas o sociológicas para sustentar sus argumentos). Primero, la Corte Constitucional observó que referirse a la "raza" como criterio constitucional significaría

[108] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28 de 2001), párr. V.3.2.2.
[109] Véase *ibid*.
[110] *Ibid*.

"retrotraerse a los tiempos de las grandes clasificaciones coloniales basadas en diversos grados de mezclas raciales que sostenían un verdadero sistema de castas incompatibles".[111] En este punto –en un conspicuo error histórico– la Corte simplemente confundió casta y raza y el significado de cada una en diferentes periodos de la historia colombiana.[112] Luego, en un segundo error histórico, la Corte Constitucional descartó el uso general de la "raza" porque "es un hecho reconocido" que esta categoría "ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales".[113] Como se indicó anteriormente, la "raza" fue rechazada en Colombia como una categoría conceptual en un punto de la historia por sus connotaciones racistas, pero luego fue recuperada por las ciencias sociales cuando fue posible separarla de las implicaciones morales negativas que tanto los discursos científicos como populares le habían asignado.[114] Para terminar, la Corte anotó que "los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su estatus *como un grupo étnico,* el cual es portador de una identidad propia que merece ser protegida y resaltada, *y no del color de la piel de sus miembros*".[115] Al final de su decisión, la Corte Constitucional invocó entonces una noción de raza exclusivamente asociada con el color de la piel que se opone a una noción más rica de identidad étnica (basada en una combinación de rasgos sociales y culturales). En suma, la Corte borró la noción de "raza" del constitucionalismo colombiano –y acogió el mito de la armonía racial– al hacer una lectura equivocada de sus significados históricos y reduciendo su significado al color de la piel. Este no es necesariamente un resultado "malo" o "negativo", sino una expresión de la lucha de la Corte Constitucional por encontrar una noción útil de raza en el constitucionalismo colombiano. Al igual que en las otras

[111] *Ibid*.

[112] Recuérdese que la "raza" apareció durante la fundación de la República como una forma de establecer un régimen formal de igualdad racial que, de acuerdo con los patriotas, estaba llamado a superar el racismo del periodo colonial. Véase Leal León, *op. cit.*, pp. 391-94.

[113] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28, 2001), párr. V.3.2.2.

[114] Véase LEAL LEÓN, C., *op. cit*., pp. 417-18.

[115] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28, 2001), párr. V.3.2.2 (cursiva fuera de texto).

decisiones sobre acción afirmativa, la expulsión de la raza y la validación del mito de la armonía racial en este fallo no son resultados dictados por alguna teleología histórica inexorable, sino posibilidades ofrecidas por la propia maleabilidad y polisemia del concepto de "raza" en Colombia.

Además de las decisiones sobre acción afirmativa, la Corte también ha abordado el estatus de la raza en el derecho constitucional colombiano en un par de decisiones sobre discriminación racial.[116] En estos casos, discotecas en la ciudad de Cartagena negaron el acceso a personas negras en razón de su raza. Aunque quienes controlaban la entrada a estos establecimientos manifestaron a los peticionarios que los dueños les habían dado la orden explícita de no "*dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero*", los propietarios explicaron a los Jueces de instancia que la razón para no permitir el acceso a los demandantes no había sido su raza sino que las discotecas estaban llenas.[117] En estos casos, la Corte Constitucional estimó que los establecimientos demandados habían incurrido en discriminación racial y ordenó, entre otros remedios, que los demandados indemnizaran los daños ocasionados a los peticionarios. Para la Corte, la raza es un "criterio sospechoso" que, si se usa para negar "un beneficio o privilegio", permite "suponer la segregación" y, por tanto, exige que "tal justificación respecto de quienes se pueda originar un *criterio sospechoso* de diferenciación, es mucho más exigente y debería corresponder de manera estricta y rigurosa a un fin evidentemente necesario y comprender valores o principios consignados en la

[116] Véanse Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-1090/05 (26 de octubre de 2005) y T-131/06 (23 de febrero de 2006). Los hechos de la segunda decisión son casi idénticos a los de la primera y, en ella, solo confirma el precedente de ésta. Una tercera decisión sobre este tema se refiere al estatus de los afrocolombianos desplazados internamente por la violencia y forma parte del seguimiento a un fallo estructural mediante el cual, desde el año 2004, la Corte Constitucional, en diálogo con el Ejecutivo, ha intentado reformar la política pública colombiana de asistencia a la población desplazada interna para hacerla compatible con la Constitución. Aunque esta decisión se refiere a las especificidades de la asistencia que el Estado debe ofrecer a los afrocolombianos desplazados, hace importantes aclaraciones sobre el estatus doctrinal de la raza en el derecho constitucional colombiano. Véase Corte Constitucional de Colombia, Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009).

[117] Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090/05 (26 de octubre 26 de 2005), párrs. I.1 y I.2.

Constitución".[118] Según la Corte Constitucional, la raza es un criterio sospechoso no solo porque la cláusula de igualdad de la Constitución (artículo 13) prohíbe explícitamente las diferenciaciones basadas en la raza de las personas, sino también porque el uso de este tipo de clasificaciones "ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros".[119] En esta argumentación, los "criterios sospechosos" y el "test estricto" del derecho constitucional de los Estados Unidos no son invocados mediante una cita directa de sentencias de la Corte Suprema de ese país sino a través de la alusión a una serie de decisiones previas de la Corte Constitucional en que las la jurisprudencia de igualdad estadounidense fue utilizada para caracterizar clasificaciones distintas a la raza (fundamentalmente sexo y orientación sexual). Aquí, el punto interesante es que, al enfrentarse por primera vez al uso discriminatorio de la raza, la Corte colombiana, sin entrar en una argumentación muy detallada, la caracterizó *automáticamente* como una clasificación sospechosa que debe ser sometida a un test estricto.[120] De este modo, los estándares existentes en el constitucionalismo transnacional viajaron libremente a esta decisión a través de decisiones previas de la Corte Constitucional en materia de igualdad. El legado del derecho constitucional estadounidense en asuntos raciales está tan enraizado en el constitucionalismo global, que la Corte colombiana no se sintió obligada a justificar explícitamente el uso de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Aunque este gesto automático podría caracterizarse como la imposición de un estándar extranjero que carece de originalidad, es, de hecho, el tipo de traducción que se ha discutido en este ensayo. Visto a

[118] *Ibid*., párr. III.6.1.

[119] *Ibid*. (citando la Sentencia C-371/00 [29 de marzo de 2000]).

[120] En el Auto 005/09 la Corte Constitucional señala que *toda* su doctrina racial previa (tanto las decisiones sobre acción afirmativa como las referentes a la discriminación racial) establece, de la manera más clara posible, que (1) cuando se usa para negar un beneficio o un privilegio, la raza es un criterio sospechoso sometido al test estricto, y (2) que la cláusula de igualdad de la Constitución (artículo 13) obliga a las autoridades públicas a implementar programas de acción afirmativa para población afrocolombiana dirigidos a compensar la discriminación y desventajas del pasado. Véase Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009), párr. 19.

la luz de la forma en que la Corte, más adelante en esta sentencia, caracteriza la historia racial colombiana y le atribuye un significado a la noción de raza, el recurso a la noción de criterio sospechoso y al test estricto constituye una intervención judicial compleja en la empresa de encontrar el lugar de la raza en la identidad nacional colombiana.

Para comenzar, la Corte Constitucional construyó una *historia universal* de subyugación y persecución *permanente* de las minorías raciales a partir de diversas fuentes del derecho internacional que prohíben y condenan el racismo y la discriminación racial (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, entre otros). A continuación, trasladó esta teleología histórica al contexto colombiano e indicó que la historia de los afrocolombianos se ha caracterizado por la discriminación, la privación y la subordinación *permanentes*. En efecto, apoyada en un conjunto de informes nacionales e internacionales sobre la situación social y política de los afrodescendientes en Colombia, la Corte señaló que éstos indicaban "claramente" que "es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social",[121] que el gobierno colombiano "las autoridades del país, en diferentes escenarios, han aceptado la situación de marginalidad y segregación que afrontan los afrocolombianos",[122] que la "segregación racial [en Colombia]" tiene "trascendencia patológica"[123] y que las comunidades negras viven en una "nítida situación de desprotección y segregación".[124] Para la Corte

[121] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090/05 (26 de octubre 26 de 2005), párr. III.6.3 (cursiva fuera de texto). Una interpretación similar de la historia racial de Colombia aparece en el Auto 005/09. Véase Corte Constitucional de Colombia, Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009), párrs. 69-70, 106-113.

[122] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090/05 (26 de octubre 26 de 2005), párr. III.6.3.3.

[123] *Ibid*.

[124] *Ibid*.

Constitucional, este análisis histórico justificaba, "sin lugar a dudas", la caracterización de la raza como un criterio sospechoso.[125] Con esta claridad histórica en mente, procedió a aplicar el test estricto y, tras declararse insatisfecha con las justificaciones esgrimidas por el demandado, concluyó que la raza de la demandante era la única explicación plausible para haberle negado la admisión a la discoteca. En este punto, tal como reza "uno de los epítetos más famosos del derecho constitucional estadounidense",[126] el test estricto fue, en realidad, "'estricto' en teoría pero de hecho fatal".[127] Incluso sin citar directamente ninguna fuente del derecho constitucional estadounidense, la Corte Constitucional de Colombia asumió –con toda su fuerza y consecuencias– la noción de criterio sospechoso y el test estricto de los Estados Unidos.

Como se señaló anteriormente, este gesto no es una expresión de falta de originalidad o una asimilación acrítica de lo que ofrece el "Norte Global". Por el contrario, mediante una lectura "inapropiada" de la historia racial colombiana, la Corte Constitucional recuperó nociones poderosas de raza y discriminación racial que tienen el potencial de permitir la organización jurídica y política de la población afrocolombiana. En contraste con la historia que emerge de los mitos de armonía racial, democracia racial y mestizaje, la Corte observó una nación fragmentada por el racismo, los conflictos raciales, la exclusión política y la subordinación social de las comunidades negras. En efecto, el recuento histórico de la Corte Constitucional no presenta una narrativa dominante de mestizaje en donde los colombianos han sido de una sola raza y han vivido armónicamente, ciegos a las categorías raciales en sus relaciones cotidianas. La Corte rasgó, así,

[125] Véase *ibid*.

[126] RUBIN, Peter J., "Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After *Adarand* and *Shaw*", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, núm. 1, noviembre 2000, p. 4. Véase, igualmente, WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, núm. 3, abril 2006, pp. 794-95.

[127] GUNTHER, Gerald, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 86, núm. 1, noviembre 1972, p. 8.

el velo ideológico de la armonía racial para encontrar –como lo habían hecho anteriormente historiadores y antropólogos–[128] las duras realidades de subyugación y exclusión de una población considerada invisible por uno de los mitos fundacionales republicanos más importantes de Colombia. Un elemento adicional que refuerza esta perspectiva histórica es la noción de raza que la Corte Constitucional utiliza en este fallo. A diferencia de algunas de las decisiones sobre acción afirmativa, en las descartó una concepción simplista de la raza basada exclusivamente en el color de la piel, en esta decisión la Corte optó por no cuestionar las afirmaciones de quien controlaba el acceso a las discoteca y de la demandante que se refirieron a la raza en términos de color de piel.[129] Al acudir al concepto más obvio y visible de la raza, el rescate de esta categoría de las nubes ideológicas de la armonía racial adquiere, tal vez, un poder político más urgente.

En términos más doctrinales, la maniobra histórica de la Corte Constitucional creó las condiciones sociales para la aplicación de la noción de criterio sospechoso y del test estricto. Sin duda, estos estándares solo funcionan en un contexto social donde tanto la raza como la discriminación racial son realidades que operan con claridad en la vida cotidiana. El test estricto es "estricto" precisamente porque permite presumir la inconstitucionalidad de las clasificaciones basadas en la raza; y, a su turno, esta presunción solo puede operar cómodamente a la

[128] Véanse, por ejemplo, MÚNERA, *Fronteras imaginadas*, *op. cit.*, p. 40; WADE, "Race and Nation", *op. cit.*, p. 264; HELG, *op. cit.*, pp. 27-34.

[129] Recuérdese que el portero manifestó a la peticionaria que "los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a *personas de tu color* a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090/05 (26 de octubre de 2005), párr. I.1 (cursiva fuera de texto). De otro lado, en su demanda, la demandante sostuvo, explícitamente, que las palabras del portero "nos ofendieron e hirieron, haciéndonos llorar porque consideramos que como personas tenemos iguales derechos a los demás y no debemos ser discriminadas por *nuestro color de piel*". *Ibid*., párr. III.8 (cursiva fuera de texto). La Corte interpretó que estas declaraciones implicaban un caso de discriminación racial donde la peticionaria buscaba protección constitucional por habérsele negado la entrada a la discoteca "por el color de su piel". Véase *ibid*., párr. III.2.

luz de una historia clara de discriminación racial.[130] Dicho de otro modo, un tribunal solo puede presumir que una clasificación jurídica basada en la raza es inconstitucional porque la historia enseña que las leyes que clasifican a las personas con base en su raza han sido generalmente promulgadas con el único propósito de hacerles daño. Si esta historia no existe, la posibilidad de hacer esta presunción desaparece. En suma, este fallo se basa en dos gestos interpretativos simultáneos que se complementan entre sí: por una parte, al recuperar la raza y la discriminación racial de la invisibilidad impuesta por los mitos de armonía racial y mestizaje para traerlas, de modo frontal, al escenario de la identidad nacional colombiana, la Corte produjo el espacio social donde el test estricto puede operar con plenitud; de otro lado, sin embargo, la aplicación misma del concepto de criterio sospechoso y del test estricto reforzó la recuperación histórica y política de la raza y de la discriminación racial.

3. Conclusiones

En la actualidad, el constitucionalismo transnacional ofrece a las cortes constitucionales un conjunto casi infinito de doctrinas, conceptos e ideas a partir del cual pueden solucionar los casos sometidos a su consideración. En este ensayo he sostenido que, en lugar de caracterizar este proceso como un caso de préstamos carentes de originalidad o de meras imposiciones, los diálogos globales que suscita pueden entenderse mejor a través de los lentes conceptuales de la noción de traducción. Esta transformación teórica permite disipar muchas de las objeciones que se han elevado en contra de la autoridad de las decisiones judiciales domésticas que invocan fuentes jurídicas extranjeras. Los trasplantes

[130] Este tipo de contextualización histórica del test estricto es precisamente lo que la Corte Constitucional hizo en esta decisión. En efecto, señaló que "los hechos bajo examen [...] son *parte de un conjunto de maniobras históricas y generales sustentadas en la exclusión social, económica y política del grupo racial*" y añadió que "la 'simple' negativa de acceso a un establecimiento abierto al público es sólo una de las estrategias y prácticas de rechazo sustentadas en el prejuicio que materializan el estereotipo racial". *Ibid*., párr. III.7.2.3 (cursiva fuera de texto).

son, en este sentido, una práctica política y jurídica compleja mediante la cual los materiales jurídicos foráneos son leídos por las cortes domésticas que, a través su lectura y adaptación a los contextos nacionales, los transforman en instituciones jurídicas locales, nuevas e idiosincráticas. Así, las traducciones insertan las prácticas judiciales en el marco de dinámicas más amplias de construcción de la identidad nacional.

La doctrina racial de la Corte Constitucional de Colombia ilustra claramente la complejidad de las prácticas judiciales de traducción de materiales jurídicos foráneos. Al resolver casos de acción afirmativa y de discriminación racial, la Corte ha acogido y rechazado, simultáneamente, las categorías talismánicas de los "criterios sospechosos" y del "test estricto" que tan conspicuamente han caracterizado a la doctrina de raza de los Estados Unidos. Mientras que la Corte Constitucional ha validado las políticas de acción afirmativa para población afrocolombiana y, con ello, ha renunciado a someterlas a un test estricto, ha usado este estándar doctrinal para prohibir prácticas sociales que niegan beneficios y privilegios a las personas de raza negra. Mediante este complejo ejercicio de traducción, la Corte ha enfrentado los mitos republicanos de armonía racial y mestizaje. Estas narrativas nacionales fundaron la nacionalidad sobre la idea de que los colombianos eran "una sola raza" y, de este modo, eliminaron la posibilidad de concebir la ciudadanía en términos raciales y dificultaron la identificación de prácticas cotidianas de discriminación racial. Al leer la historia colombiana –a veces apropiadamente, a veces inapropiadamente– para recuperar la raza y la discriminación racial de la invisibilidad impuesta por los mitos de armonía racial y mestizaje, la Corte ha acogido y rechazado simultáneamente esos mitos y ha asumido diversas (y a veces contradictorias) nociones de raza. Con independencia de la corrección de los ejercicios históricos, sociológicos y antropológicos de la Corte, el hecho importante es que la raza y la subyugación racial han aparecido, con potencia, como realidades existentes en la vida cotidiana colombiana. Aunque la Corte Constitucional haya errado al escoger ciertas nociones de raza y se haya equivocado en su versión sobre la historia de la raza

y de la subordinación racial en Colombia, estas categorías se han transformado en espacios de organización social y de lucha política y jurídica. Allí están para ser aprehendidas y usadas en la lucha contra la desigualdad racial estructural en Colombia.

Bibliografía

APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra, "Introduction: Racial Nations", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003.

APPELBAUM, Nancy P., *Dos plazas y una nación: Raza y colonización en Riosucio, Caldas, 1846-1948*, ICANH/Ediciones Uniandes/Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

BHABHA, Homi, "El mimetismo y el hombre: La ambivalencia del discurso colonial", en BHABHA, Homi, *El lugar de la cultura*, trad. César Aira, Manantial, Buenos Aires, 2007.

BÖHMER, Martin, "Préstamos y adquisiciones: La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, Editorial Tal Cual, San Juan, 2007.

BUTLER, Judith, *Parting Ways: Jewishness and the Critique of Zionism*, Columbia University Press, Nueva York, 2012.

CALABRESI, Steven G., "An Agenda for Constitutional Reform", en ESKRIDGE Jr., William N. y LEVINSON, Sanford (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press, Nueva York.

CHAKRABARTY, Dipesh, *Al margen de Europa: Pensamiento poscolonial y diferencia histórica*, trad. Alberto E. Álvarez y Araceli Maira, Tusquets, Barcelona, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-422/96 (13 de septiembre 13 de 1996).

_____, Sentencia C-093/01 (23 de febrero 23 de 2001).

_____, Sentencia C-169/01 (28 de febrero 28 de 2001).

_____, Sentencia T-955/03 (17 de octubre de 2003).

_____, Sentencia T-1090/05 (26 de octubre 26 de 2005).

_____, Sentencia T-131/06 (23 de febrero de 2006).

_____, Sentencia T-375/06 (18 de mayo 18 de 2006).

_____, Sentencia T-574/96 (29 de octubre 29 de 1996).

_____, Sentencia T-586/07 (31 de julio 31 de 2007).

_____, Auto 005/09 (26 de enero 26 de 2009).

CORTE FEDERAL DE APELACIONES DEL SEGUNDO DISTRITO, U.S. v. Then, 56 F.3d 464 (2d Cir. 1995).

CUNIN, Elisabeth, "Asimilación, multiculturalismo y mestizaje: Formas y transformaciones de la relación con el otro en Cartagena", en MOSQUERA, Claudia, PARDO, Mauricio y HOFFMAN, Odile (eds.), *Afrodescendientes en las Américas:*

Trayectorias sociales e identitarias, Universidad Nacional/ICANH/IRD/ILSA, Bogotá, 2002.

_____, *Identidades a flor de piel: Lo 'negro' entre apariencias y pertenencias: Categorías raciales y mestizaje en Cartagena*, Ediciones Uniandes/ICANH/IFEA/OCC, 2003.

FALLON, Richard H., "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, vol. 54, núm. 5, junio 2007, p. 1267.

FOX NEWS, "Ginsburg to Egyptians: I Wouldn't Use U.S. Constitution as a Model", 6 de febrero de 2012, http://www.foxnews.com/politics/2012/02/06/ginsburg-to-egyptians-wouldnt-use-us-constitution-as-model/ [último acceso 15 de mayo de 2017].

FREEMAN, Alan D., "Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine", *Minnesota Law Review*, vol. 62, núm. 6, julio 1978, p. 1049.

GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos Legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

_____, "Injertos y rechazos: Radicalismo político y transplantes constitucionales en América", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, Editorial Tal Cual, San Juan, 2007.

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, "Hablemos de 'raza': Hacia un antídoto contra la ceguera al color en el constitucionalismo colombiano", en MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia, LAÓ-MONTES, Agustín y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (eds.), *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*, Universidad del Valle/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

GOTANDA, Neil, "A Critique of 'Our Constitution is Color-Blind'", *Stanford Law Review*, vol. 44, núm. 1, noviembre 1991, p. 1.

GUNTHER, Gerald, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 86, núm. 1, noviembre 1972, p. 1.

HANEY LÓPEZ, Ian F., *White by Law: The Legal Construction of Race*, New York University Press, Nueva York, 1996.

HELG, Aline, *Libertad e igualdad en el Caribe colombiano 1770-1835*, Medellín, Universidad EAFIT, 2011.

HOLT, Thomas C., "Foreword: The First New Nations", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003.

HUFFINGTON POST, "Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg Talks Constitution, Women and Liberty on Egyptian TV", 1o. de febrero de 2012, http://www.huffingtonpost.com/2012/02/01/justice-ruth-bader-ginsburgegypt_n_1248527.html [último acceso 15 de mayo de 2017].

JIMÉNEZ LÓPEZ, Miguel et al., *Los problemas de la raza en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

LANGER, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, enero 2004, p. 1.

LASSO, Marixa, *Mitos de armonía racial: Raza y republicanismo durante la era de la revolución, Colombia 1795-1831*, trad. Camilo Quintana, Bogotá, Ediciones Uniandes/Banco de la República, 2007.

LEAL LEÓN, Claudia, "Usos del concepto 'raza' en Colombia", en MOSQUERA ROSERO-LABBÉ, Claudia, LAÓ-MONTES, Agustín y RODRÍGUEZ GARAVITO, César (eds.), *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*, Universidad del Valle/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

MÚNERA, Alfonso, *Fronteras imaginadas: La construcción de las razas y la geografía en el siglo XIX colombiano*, Planeta, Bogotá, 2005.

_____, *El fracaso de la nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*, segunda edición, Planeta, Bogotá, 2008.

OMI, Michael Omi y WINANT, Howard, *Racial Formation in the United States: From The 1960s to the 1990s*, Routledge, Nueva York, 1994.

RESTREPO, Eduardo, "Imágenes del 'negro' y nociones de raza en Colombia a principios del siglo XX", en LEAL, Claudia y LANGEBAEK, Carl (eds.), *Historias de raza y nación en América Latina*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010.

RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, "Culturas jurídicas híbridas: Préstamos e imposiciones", en RIVERA RAMOS, Efrén (ed.), *Derecho y cultura*, Editorial Tal Cual, San Juan, 2007.

_____, "El matrimonio gay en América Latina: Entre la conformidad y la subversión", en MADRAZO, Alejandro y VELA, Estefanía (eds.), *Discusiones actuales sobre género, sexualidad y derecho*, CIDE, Ciudad de México, 2017 (en preparación).

RICOEUR, Paul, *Sobre la traducción*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

ROLDÁN, Mary, *A sangre y fuego: La Violencia en Antioquia, Colombia 1946-1953*, trad. Claudia Montilla, ICANH, Bogotá, 2003.

ROSENKRANTZ, Carlos, "Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 2, abril 2003, p. 269.

RUBIN, Peter J., "Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After *Adarand* and *Shaw*", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, núm. 1, noviembre 2000, p. 1.

SCHLEIERMACHER, Friedrich, *Sobre los diferentes métodos de traducir*, Gredos, Madrid, 2000.

SIEGEL, Reva B., Discrimination in the Eyes of the Law: How 'Color Blindness' Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", *California Law Review*, vol. 88, núm. 1, enero 2000, p. 77.

_____, "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over *Brown*", *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, marzo 2004, p. 1470.

_____, "From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases", *Yale Law Journal*, vol. 120, núm. 6, abril 2011, p. 1278.

_____, "The Supreme Court 2012 Term, Foreword: Equality Divided", *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 1, noviembre 2013, p. 1.

SIEGEL, Stephen A., "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *American Journal of Legal History*, vol. 48, núm. 4, octubre 2006, p. 355.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty, "Translation as Culture", en SPIVAK, Gayatri Chakravorty, *An Aesthetic Education in the Era of Globalization*, Mass., Harvard University Press, Cambridge, 2012.

WADE, Peter, *Gente negra, nación mestiza: Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*, Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre/Universidad de Antioquia/ICANH, Bogotá, 1997.

_____, "Afterword: Race and Nation in Latin America (An Anthropological View)", en APPELBAUM, Nancy P., MACPHERSON, Anne S. y ROSEMBLATT, Karin Alejandra (eds.), *Race and Nation in Modern Latin America*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2003.

WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, núm. 3, abril 2006, p. 793.

LA INTERPRETACIÓN Y EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO*

THE INTERPRETATION AND DEMOCRATIC DIALOGUE

Roberto Gargarella**

Resumen

Este artículo trata de la interpretación constitucional a partir del significado de la Constitución y sobre quién debe ser responsable de su interpretación. Aunque algunos creen que la interpretación constitucional ideal es la que resulta de un proceso colectivo, que abarca la cuestión institucional de quién tendría la autoridad para hacer tal interpretación, es muy común tratar estas cuestiones por separado, y así es como se discutirá en estas páginas, en primer lugar, poniendo en escena los problemas relacionados con las estrategias interpretativas dominantes y, más adelante, debatiendo la cuestión de la autoridad sobre la interpretación constitucional.

* Traducido del inglés al español por Wendy M. Jarquín Orozco. Artículo publicado en inglés: "Interpretation and Democratic Dialogue", en *Revista da Faculdade de Direito,* UFPR- Curitiba, vol. 60, núm. 2, mayo-Agosto 2015, pp. 41-65.

** Abogado, jurista, sociólogo , escritor y especialista en derechos humanos , democracia, filosofía política, derecho constitucional , igualdad y desarrollo. Profesor en la Universidad de Torcuatto Di Tella y la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave: Autoridad para interpretar la Constitución. Constitucionalismo. Significado de la Constitución.

Abstract

This article deals with constitutional interpretation by discussing the meaning of the Constitution and who should be responsible for its interpretation. Although some believe the ideal constitutional interpretation is the one resulting from a collective process, which covers the institutional issue of who would have the authority to make such an interpretation, it is very common to treat such matters separately, and this is how the matter will be discussed in these pages – first, bringing to scene the problems related to the dominant interpretive strategies and, further on, discussing the issue of authority for constitutional interpretation.

Keywords: Authority to interpret the Constitution. Constitutionalism. Meaning of the Constitution.

1. Introducción

En "La ardua virtud de la fidelidad" publicada en 1997, el profesor Ronald Dworkin escribió el siguiente párrafo:

> La responsabilidad final para decidir lo que requiere la fidelidad en casos particulares se debe asignar a estos órganos –cortes, asambleas legislativas, u otras personas que actúan a través de un referéndum–. Es perfectamente posible para una Nación que tiene una Constitución escrita limitar el poder de las asambleas legislativas en lo relativo a asignar la responsabilidad final de la interpretación de esa Constitución a algunas instituciones –incluyendo al mismo legislador– distintas de las cortes. Mi pregunta es anterior a la designación institucional: ¿Qué debemos responder a la pregunta sobre el significado de nuestra Constitución, sin importar qué o quién tendrá la responsabilidad final de interpretarla?[1]

[1] DWORKIN, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve", *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.

En ese sentido, Dworkin distingue dos preguntas fundamentales, una referida a la interpretación, y la otra relacionada con la autoridad (que tiene la responsabilidad de interpretar la Constitución). Más precisamente, la primera pregunta se refiere al significado de la Constitución y la otra se refiere a las cuestiones relacionadas con la designación institucional –básicamente, quién debería estar a cargo de interpretar la Constitución–. Aunque estas son cuestiones que se pueden analizar de manera separada, el hecho es que muchos de nosotros pensamos que deberían ser tratadas en conjunto. Por ejemplo, para aquellos que creemos que la mejor interpretación constitucional es la que resulta de un colectivo, inclusive, de un proceso de diálogo, la pregunta acerca de cuál es la mejor interpretación (la pregunta sobre el significado de la Constitución), está íntimamente relacionada con la cuestión institucional de la que se ha hecho mención.

Sin embargo, dado que es común tratar esas cuestiones por separado, voy a hacer lo mismo en las siguientes páginas, lo cual me permitirá mostrar los problemas relacionados con las principales estrategias interpretativas. Finalmente, abordaré la cuestión relacionada con la autoridad.

2. La dimensión del problema

La pregunta acerca de la interpretación es quizás la más relevante de todas las cuestiones legales. Si las facultades de Derecho tuviesen que enseñar una única materia –un solo curso– este debería estar relacionado con la teoría de la interpretación. Y esto es así, en primer lugar, porque debido a la omnipresencia de la interpretación: no podemos dar una respuesta constitucional a un problema legal sin participar en un ejercicio de interpretación en torno a la Constitución. En segundo lugar, y dada la omnipresencia de la interpretación, la vida, la libertad o la propiedad de "Nosotros, el pueblo" depende fundamentalmente de la manera en la que interpretamos la Constitución. Por ejemplo, dependiendo de la inter-

pretación que se haga de la cláusula constitucional sobre la prohibición de "tratos crueles e inusuales", una persona podría ser condenada, o no, a la pena de muerte.

Ahora, si las leyes y los textos constitucionales fuesen totalmente o casi totalmente transparentes; o si la interpretación legal solo estuviese reservada a los casos extremos (muy "duros"), entonces no estaríamos frente a un gran problema –la interpretación no precisaría ocupar una posición central dentro de la teoría del derecho, y no tendríamos que preocuparnos por quién interpreta la Constitución. Desafortunadamente, este no es el caso: ya que razonablemente discrepamos acerca del significado de algunas cuestiones constitucionales.[2] Del mismo modo, si compartiéramos las mismas teorías o fórmulas interpretativas, no tendríamos que preocuparnos por la interpretación de la Constitución, o sobre las cuestiones relativas a quién la interpreta. Desafortunadamente, esto no es así. Por el contrario, existen numerosas teorías interpretativas, que hacen que nuestro problema sea todavía más preocupante. Con el fin de comprender la gravedad de este asunto, permítanme hacer algunas observaciones preliminares.

En primer lugar, las teorías sobre la interpretación son muy diferentes en cuanto a su naturaleza, contenido y consecuencias. Por el momento, podemos clasificar las teorías existentes principalmente en dos grupos. Uno de los grupos, denominado *originalismo*, incluye enfoques tradicionales o conservadores, para reconocer cuál era el significado original de la Constitución. Otro grupo, denominado *constitucionalismo vivo (living constitutionalism)* incluye enfoques prospectivos que tratan de mantener "vivo" el sentido de la Constitución, en lugar de dejarlo anclado en un momento del pasado.

[2] WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

En segundo lugar (aunque no necesariamente) con mucha frecuencia, las teorías originalistas nos llevan a interpretaciones muy diferentes, si no opuestas, a las sugeridas por el constitucionalismo vivo (de hecho, es probable que este hecho explique la aparición y persistencia de uno y otro enfoque). La razón por la cual, en principio, se obtienen resultados tan diferentes, parece obvio, sobre todo cuando se tiene en cuenta la edad de las Constituciones. Por lo general, una interpretación de la Constitución que está anclada en el pasado va a producir resultados que están en tensión con los producidos por las teorías interpretativas ancladas en el presente o en el futuro. Por ejemplo, imaginemos la cuestión sobre si el derecho a la privacidad impide o no que la homosexualidad sea criminalizada. Lo más probable es que las teorías que buscan una respuesta en el origen –imaginemos lo que pensaban los constituyentes acerca de esta cuestión un siglo o dos siglos atrás– van a plantear respuestas más bien conservadoras; entonces para una respuesta contraria deberíamos tratar de plantear la cuestión enfocándonos en el presente (más liberal, en general, en materia de moralidad personal).

En tercer lugar, con el fin de decidir un caso, los intérpretes en general, y los Jueces en particular, pueden elegir entre uno u otro enfoque interpretativo, sin ningún problema, ningún reproche, ninguna amenaza institucional: nadie los va a responsabilizar o sancionar por haber elegido una interpretación o la opuesta. Peor aún, nadie les va a llamar la atención, incluso si eligen un enfoque interpretativo hoy y mañana el contrario, y si presentan una tercera opción pasado mañana –ni siquiera por el uso, de manera inconsistente, de ambas aproximaciones interpretativas en el mismo caso. Solo excepcionalmente nos encontraremos con Jueces, particularmente de las Supremas Cortes de Justicia, que van a utilizar constantemente una sola aproximación interpretativa a fin de decidir todos los asuntos. En este sentido, el Juez conservador del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Antonin Scalia, puede ser uno de esos casos excepcionales de un Juez fuertemente comprometido con una sola teoría interpretativa –en su

caso, la teoría originalista–. La ventaja que ello presenta es que (aun cuando no compartamos su punto de vista), al menos sabemos cómo va a actuar este Juez en los asuntos que le son asignados, pero el hecho es que esta situación particular –conocer el camino interpretativo que elegirá el Juez– es muy poco común.

Ahora, la situación anterior crea un tremendo problema para el Estado de derecho, sobre todo si se quiere mantener su promesa de tratar a todos como iguales ante la ley. Lo manifestado anteriormente significa que, ante cualquier caso difícil, el intérprete/Juez puede –jubilosa y discrecionalmente– elegir una ruta interpretativa o la contraria, sabiendo que nadie va a ser capaz de reprocharle institucionalmente el resultado de su elección y que no importa si su elección de hoy fuera diferente a la que hizo ayer o a la que va a hacer mañana. Sin embargo, para la persona que está esperando una respuesta de la ley –para la persona que está pidiendo justicia– la elección del intérprete de la teoría A en lugar de la B, es simplemente decisiva. Lo más probable, es que cuando un Juez conservador se decanta por la teoría originalista, esto lo llevará lejos de donde puede llegar un Juez liberal a favor del constitucionalismo vivo. Particularmente en cuestiones tales como el control de armas, el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, la sodomía, etcétera, el significado de la ley parece totalmente dependiente de los puntos de vista teóricos e ideológicos de los Jueces, y de las teorías interpretativas que usa.[3] Por lo tanto, para aquellos que nos preocupamos por el Estado de derecho y la igualdad, esto es una situación terrible, un resultado inaceptable: la ley parece no estar bien preparada para cumplir su promesa principal de igualdad, que por cierto es la que le dota de legitimidad. La ley parece no estar bien preparada para tratarnos como iguales.

[3] SUNSTEIN, Cass y SCHKADE, David, et al., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of The Federal Judiciary*, Bookings Institution Press, Nueva York, 2006

3. El originalismo

Bien es cierto que la situación anterior podría hacernos desear tener Jueces como Scalia, que al menos parece estar comprometido con el uso de una única vía interpretativa. La mala noticia es que las principales teorías interpretativas que tenemos a la mano también parecen ser incapaces de cumplir lo que prometen. Y esto es así porque muchas de ellas son internamente defectuosas y, peor aún, también se aplican de manera inconsistente. Voy a tratar de ser un poco más preciso a este respecto, revisando primero algunos enfoques originalistas, y luego algunas alternativas al originalismo, relacionadas con el constitucionalismo vivo.

A pesar de que no es posible identificar un solo momento como el origen del originalismo, existe una obra que parece haber sido decisiva en el renacimiento y en el desarrollo de esta teoría: *El Gobierno de los jueces* de Raoul Berger. En este sentido, resulta interesante observar que Berger, al igual que muchos doctrinarios de su época, fue muy crítico de la Corte Warren, es decir, de la Corte que, con razón o no, llegó a simbolizar la igualdad racial y la protección de las "minorías discretas e insulares". El punto es relevante, entre otras cosas, porque también muestra la forma en la que el originalismo, al menos tradicionalmente y en sus orígenes, estaba vinculado con el conservadurismo –(re)apareció como una reacción en contra de un grupo de Jueces y doctrinarios que consideraron que la ley existente no apoyaba la discriminación racial u otro tipo de opresión de las minorías desfavorecidas.[4] Para muchos de estos defensores del originalismo, lo que sus adversarios estaban haciendo era utilizar el texto de la Constitución como excusa para imponer su propia ideología (liberal): querían hacer (lo que creían) justicia, en lugar de aplicar la ley. En palabras de Berger,

[4] A pesar de que el mismo Berger afirmó que él reivindicaba compartir "los principios políticos estándar de la izquierda moderada del partido demócrata." Quería colaborar con los Jueces que tuvieran la "pretensión de identificarse (los principios liberales) con los mandatos constitucionales."

a través de la forma discrecional en la que estaban leyendo la Constitución, "los jueces, que son prácticamente inexplicables, inamovibles, e irreversibles, se han apoderado del control del propio destino del pueblo" –una idea que se convirtió en el centro del desarrollo de la doctrina jurídica moderna. Para los originalistas comprometidos, la democracia requiere aplicar la Constitución, o cambiarla en caso de que no la compartamos en absoluto. Lo que resulta inaceptable es acomodarla a nuestro gusto a través de la interpretación legal (en lugar de modificarla a través de la política).

Hay muchos argumentos que se pueden ofrecer en defensa del originalismo. En primer lugar, se podría hacer referencia a los mismos testimonios de la "generación de los padres fundadores", muchos de los cuales parecían estar abiertamente en favor del originalismo. Por ejemplo, James Madison o Alexander Hamilton creían que la estabilidad política y la coherencia dependían en gran medida de este ejercicio originalista. Del mismo modo, James Wilson declaró que la primera y más importante máxima de interpretación legal requiere "descubrir el significado" dado por los constituyentes a una cláusula en particular.[5]

Una segunda y más relevante línea de argumentación en defensa del enfoque originalista es aquella que está basada en la democracia: el originalismo garantizaría la soberanía del pueblo. La idea sería que los intérpretes siguieran la voluntad democrática del pueblo, como se expresa en un momento determinado, es decir, en el momento en el que fue escrita y ratificada. Este es el enfoque que ha seguido, por ejemplo, Robert Bork –que presentó su punto de vista en *The Tempting of America*. Para Bork, los Jueces están limitados en su tarea a través de "la única cosa que se puede llamar ley", es decir, "los textos legales y constitucionales, tal como se entendían en general, en el momento de ser aprobados."[6]

[5] BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 20.
[6] BORK, Robert H., *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990, p. 9.

Un tercer argumento, se deriva de la oposición a la discreción judicial. La idea sería evitar que los Jueces ocupen el lugar de los políticos y de las ramas políticas –tendencia que ha ido adquiriendo importancia con los años–. El originalismo ofrece una manera interesante para evitar que los Jueces puedan sustituir a los políticos por su propia (buena) voluntad. Se pide a los Jueces "que aten sus manos" al "mástil" de la historia, en lugar de hacer esfuerzos para encontrar lo que ellos creen que es la mejor lectura posible de la Constitución, se pide a los Jueces que se limiten a estudiar la historia legal y que aprendan de ella: esto es lo que se supone que deberían hacer en el caso de que tuviesen problemas para entender lo que la ley dice en la actualidad.

Por supuesto, se podría objetar que los originalistas son conservadores; que no quieren que las cosas cambien, sino que continúen siendo como lo eran en el pasado, no obstante, estos no son buenos argumentos en contra pues los originalistas podrían responder que lo que quieren es tomar en serio la voluntad de la gente (tal y como se manifiesta en la Constitución). Es decir, que el originalismo no se planta en contra de la reforma legal o constitucional, ni a favor de las tradiciones *per se*. La idea es, en cambio, lo siguiente: si se quiere cambiar la Constitución, porque no gusta más, o porque se está profundamente en desacuerdo con ella, entonces debería reformarse, en lugar de intentar modificarla por asalto, a través de métodos ilegales y no democráticos.

A pesar de todo esto, el hecho es que la defensa del originalismo es tarea bastante difícil de realizar, ya que incluso los argumentos más interesantes que se pueden ofrecer en su defensa parecen ser demasiado frágiles. Piénsese, por ejemplo, en los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores. El primero, relacionado con los testimonios de la "generación de los padres fundadores," parece fatalmente circular: ¿por qué debemos buscar las respuestas a nuestros problemas de interpretación en nuestra historia constitucional, más aún cuando nos cuestionamos si es adecuado mirar de nuevo la historia en busca de respuestas legales? (Además –y esto no es sorprendente– otros estudiosos del derecho

niegan el hecho de que la mayoría de los constituyentes estadounidenses favorecieron la comprensión originalista de la Constitución.[7]

En cuanto al segundo argumento, el democrático, la respuesta obvia es la siguiente: "¿Qué se quiere decir con la democracia" O, más precisamente, ¿por qué asociar la democracia con lo que "el pueblo" dijo hace doscientos años, y no con aquello con lo que puede estar de acuerdo colectivamente hoy? ¿Por qué debemos pensar que el "pueblo" habló una sola vez, y hace tanto tiempo? ¿En qué sentido respetamos la democracia, cuando mantenemos que la única expresión de la voluntad fundamental del pueblo es la que surge en la convención constitucional o mediante una enmienda constitucional?[8] Para aquellos de nosotros que asociamos la democracia con un debate público e inclusivo, el argumento democrático presentado por los originalistas parece innecesario e injustificadamente limitado.

Así mismo, no está claro lo que significa tomar en serio el originalismo –en otras palabras, lo que significa seguir las intenciones originales de los constituyentes– o el significado que debe darse al hecho de que todas las convenciones constituyentes en las sociedades democráticas fueron y van a ser reuniones plurales, compuestas de grupos que se diferencian fuerte y razonablemente en relación con la mayoría de las cuestiones públicas básicas. Es decir: es propio de la naturaleza de una convención constituyente reunir a miembros de los diferentes sectores de la sociedad, con ideas diferentes o incluso opuestas. Por ejemplo, en América, la mayoría de las convenciones constituyentes fundamentales se forman con representantes de los grupos liberales y conservadores, que difieren significativamente en sus puntos de vista tanto sobre la organización de los poderes cuanto sobre la declaración de los derechos. Como resultado de ello, es

[7] Véase por ejemplo, JEFFERSON POWELL, H., "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, pp. 897-898.

[8] ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Belknap Press, Cambridge, 1993.

de esperar, naturalmente, encontrar demandas sociales, políticas y jurídicas en tensión, que probablemente se recogen en el texto constitucional. En muchas ocasiones, el texto permitirá la inserción de demandas que son comunes entre todos los participantes; en otras ocasiones se incluirá algunas de las peticiones que provienen de un grupo y algunas otras demandas procedentes de otros grupos; todavía en otros casos, incluirá algunas afirmaciones abstractas o generales, destinadas a permitir a un acuerdo que sería imposible en un nivel más básico. Un ejemplo típico de los tipos de acuerdos que salen de los conjuntos plurales aparece en este párrafo escrito por Cass Sunstein en su libro *La Segunda Declaración de Derecho*s, Sunstein ilustra brevemente las discusiones que tomaron parte en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Él dice:

> El filósofo Jacques Maritain jugó un papel importante en las deliberaciones que llevaron a la declaración. Sorprendentemente, la gente con puntos de vista radicalmente opuestos habían podido ponerse de acuerdo sobre los derechos humanos fundamentales. Maritain solía decir, "Sí, estamos de acuerdo acerca de los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué." Según Maritain, el único objetivo viable era llegar a un acuerdo "no sobre la base de las ideas especulativas comunes, sino sobre la base de las ideas prácticas comunes, no en la afirmación de una y la misma concepción del mundo, del hombre y del conocimiento, sino en la afirmación de un único cuerpo de creencias que orientase la acción."[9]

La historia es interesante porque revela el funcionamiento real, que se espera de los órganos plurales: pues muy probablemente, los acuerdos serán demasiado básicos, vagos e imprecisos. Estas dificultades, por lo general acuerdos ambiguos, presentan un problema significativo para los originalistas dispuestos a encontrar el único y preciso significado de una determinada cláusula. Bajo la luz de las historias de este tipo, la búsqueda está condenada al fracaso: una

[9] SUNSTEIN, Cass, *The Second Bill of Rights*, Basic Books, Nueva York, 2006, p. 179.

investigación histórica adecuada revelará la presencia de puntos de vista opuestos, en lugar de puntos de vista individuales o sintéticos.

Sin embargo, los problemas para el originalismo son por lo general mucho más complejos que los mencionados. Permítanme ilustrar esta afirmación con algunos ejemplos y preguntas. La cuestión es cómo tomar las "intenciones originales" en serio, a pesar de la pluralidad que distingue a estos debates constitucionales. Tomemos el caso en el que existan dudas acerca de cómo interpretar el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo definidos en la Constitución. ¿Deberíamos tratar de resolver esa controversia mediante la investigación de la voluntad del redactor principal o la ideología de la Constitución (por ejemplo, James Madison, que promueve un sistema de "pesos y contrapesos")? ¿O debemos ceder ante la voluntad del redactor que presentó la defensa más articulada de esa institución en particular –el Ejecutivo– (por ejemplo, Alexander Hamilton, que prefiere tener un sistema inclinado a favor del Ejecutivo)? ¿O debemos prestar más atención a la voluntad del redactor más influyente en la redacción de esta cláusula en particular (por ejemplo, Governour Morris)? ¿O deberíamos preferir o tomar en consideración las opiniones prevalentes dentro del grupo político dominante? O tal vez preferimos las opiniones que prevalecieron en el grupo que fue más influyente en la redacción de esta cláusula en particular. Y ¿qué pasa con los puntos de vista de esas mentes constitucionales que fueron muy influyentes en la Convención Constituyente, pero que permanecieron ausentes en los debates (por ejemplo, Thomas Jefferson)? La Constitución de Argentina de 1853, por ejemplo, fue básicamente el producto del gran jurista Juan Bautista Alberdi, que no estuvo presente en los debates. ¿Qué importancia se debe dar a estos puntos de vista, vis a vis los puntos de vista de los que realmente participaron en la Convención Constituyente?

Ahora, imaginemos que decidimos dar prioridad a la voluntad de uno de los miembros de la Convención que fue decisiva en la redacción de una cláusula particular de la Constitución. ¿Cómo tomar en serio las opiniones de este redactor?

¿Se deberían considerar sus opiniones desde la perspectiva de su participación en los debates de un artículo determinado, o de la generalidad de la Constitución, o se debería tomar desde la perspectiva de su teoría general...? ¿Cómo podemos analizar todo aquello que esta persona dijo o escribió tanto en razón del medio (cartas, artículos en los periódicos) como del tiempo (antes o después de la Convención Constituyente)? Piénsese, por ejemplo, en los documentos del *El Federalista*, que normalmente se toman como documentos interpretativos decisivos: estas piezas fueron escritas en los periódicos locales, únicamente por tres miembros de la Asamblea Constituyente, que sostenían diferentes puntos de vista, por lo que una vez cerrado el debate llegaríamos a la conclusión de que todos los elementos de los que se ha venido hablando (tiempo, lugar, modo) plantean problemas adicionales relevantes para una visión originalista.

Todavía hay muchos problemas más en los que se debería pensar. Por ejemplo: ¿en qué nivel de abstracción o generalización deberíamos leer las cláusulas particulares que están en juego? En este sentido Ronald Dworkin escribió: en un nivel bajo de abstracción, la cláusula de la igualdad puede entenderse como referida únicamente a los miembros del grupo afroamericano. No obstante, si utilizamos un alto nivel de abstracción, la lectura de dicha cláusula incluiría otros conflictos significativos en materia de igualdad –incluyendo, por ejemplo, la igualdad de género, la igualdad entre nacionales y extranjeros, etcétera.[10]

Además existen otros problemas relacionados, por ejemplo, con las "intenciones" de los redactores. ¿Cómo podemos conocer esas intenciones?, ¿deberíamos tener en cuenta únicamente sus palabras expresas?, ¿o sería necesario considerar sus planes, esperanzas o expectativas?, ¿podríamos hacer hipótesis tratando de descubrir su voluntad no explícita, en los casos en que no encontramos las respuestas explícitas?, ¿por qué?, ¿cómo?

[10] DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

Al final, el problema es que el originalismo no puede darnos lo que prometió dar –esto es, aquello que dio sentido y atracción al punto de vista u opinión, o lo que se conoce como la certeza interpretativa–. Siguiendo a Mark Tushnet, el originalismo apela, por una parte, a un método hermenéutico basado en la historia y que a la vez es contrario a toda arbitrariedad, pero por otro lado, pretende dejar de lado dicho método con el fin de seleccionar las opiniones constitucionales pertinentes. En esta tarea, el originalismo no solo está obligado a reconstruir el pasado, sino que debe hacerlo de manera creativa, subvirtiendo la certeza que proclama. En consecuencia, se produce que la discreción del intérprete que los originalistas pretenden evitar, entra en el terreno de juego por la puerta de atrás.[11] En palabras de Cass Sunstein, resulta prácticamente imposible que los intérpretes constitucionales consigan evitar la adopción de decisiones morales. El originalismo requiere (como todas las teorías interpretativas) basarse en una moral o en una teoría política –como la teoría de la democracia– que va más allá de la historia.[12] Por tanto, para realizar una adecuada decisión interpretativa no basta con "tomar clases de idioma" o con "consultar un diccionario".

4. El nuevo originalismo

Como consecuencia de las graves dificultades que afectan a las formas predominantes del originalismo, muchos de sus discípulos comenzaron a buscar alternativas capaces de evitar algunos de sus principales defectos. Un ejemplo relevante a este respecto aparece en la obra del Juez Antonin Scalia. Scalia ha instado a los originalistas a abandonar el enfoque tradicional, basado en las "intenciones originales" de los redactores, y sustituirla por una versión parcialmente diferente del originalismo que él llamó "significado público original". La idea

[11] TUSHNET, Mark V., *Red, White and Blue*, Harvard University Press, Nueva York, 1988, pp. 36-39.
[12] SUNSTEIN, Cass, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Nueva York, 1993, p. 101.

principal de este punto de vista sería que el significado original de la Constitución está en el "significado público original" de su texto. En palabras de Scalia,

> A quienes se ciñen estrictamente al texto no les preocupa la intención del autor, a mi no me preocupa si los autores de la Constitución tenían algunas intenciones secretas cuando expresaron su opinión en palabras. Yo tomo las palabras tal y como fueron promulgadas para el pueblo de los Estados Unidos, conforme al justo significado de las mismas.[13]

Así, tratando de distinguir su propio enfoque del enfoque de la "intención original", Scalia ofrece estos dos ejemplos:

Dos personas que únicamente hablan inglés ven esculpida en la arena del desierto las palabras "sal de aquí o morirás". Es muy posible que las palabras fueran el resultado del efecto fortuito del viento, pero el mensaje que transmiten es claro, y creo que dichos sujetos no se arriesgarían a que reamente hubiese sido el resultado de un hecho fortuito... Si se ha activado la alarma en un edificio en particular, el edificio debería ser evacuado, o al menos ese sería el significado que se transmitiría incluso si la alarma hubiese sido activada por un mono.[14]

La conclusión de Scalia es clara: "Lo que se necesita para que un símbolo transmita un significado no es un autor inteligente, sino una comprensión convencional por parte de los lectores u oyentes de los conceptos que ciertos signos o ciertos sonidos representan. En el caso de los textos legales, no siempre conocemos a los autores, y cuando lo hacemos estos a menudo son numerosos por lo que la obra colectiva podría reunir varios significados. Pero si sabemos cuándo y dónde se promulgaron las palabras, podríamos decir normalmente sin la menor dificultad lo que significaban para los que las leen o las escuchan".[15] De esta

[13] Citado ALLEN MURPHY, Bruce, *Scalia. A Court of One*, Simon & Schuster, Nueva York, 2014, p. 246.
[14] SCALIA, Antonin, "Law and Language", *First Things*, núm. 11, 2005, p. 11.
[15] *Ibidem*.

forma, Scalia avanza su propio punto de vista y defiende al originalismo contra las críticas tradicionales (lo concerniente a la pluralidad de autores, pluralidad de significado, intenciones ocultas, intenciones irreconocibles, etcétera).

Sin embargo, esta versión de Scalia es vulnerable a ser objeto de objeciones similares o incluso más profundas que la versión tradicional, la versión de la intención original. Todos podemos entender cuál es el significado de un mensaje que dice "sal de aquí o morirás", esculpido en el desierto. Sin embargo, tendemos a estar en desacuerdo sobre el significado de las palabras "libertad de expresión", incorporadas en una Constitución que pretende hablar en nombre de todos. Nuestros desacuerdos presentes en ese sentido son profundos, debido a que seguramente lo eran hace doscientos años. En estas circunstancias, resulta extremadamente difícil definir nuestro actual conocimiento acerca de la "libertad de expresión" o expresiones similares: es difícil demostrar que hoy podemos compartir una comprensión profunda sobre estas cuestiones. Mucho más difícil es demostrar el significado y el contenido de tales entendimientos, por ejemplo, hace doscientos años.

Además, la intención de atar el significado de la Constitución a lo que se dijo o asumió hace cientos de años parece muy problemático. Por ejemplo, para los semántico-originalistas, es simplemente irrazonable negar que una Constitución que prohíbe el "castigo cruel e inusual" no impide la aplicación de la pena de muerte, si nuestro progreso teórico determina que la pena de muerte es, de hecho, "cruel e inusual" sin importar lo que la gente en su momento habría reconocido como tal. Para Dworkin, es a través de sus cláusulas abstractas, que la Constitución invita a participar en la filosofía moral y, por lo tanto, a dar contenido a los valores incorporados en el documento (véase más adelante).

A pesar de las serias críticas que ha recibido, todavía hay numerosos Jueces y estudiosos que defienden una u otra versión de este enfoque, hasta el punto de que algunos de ellos han proclamado que "ahora todos somos originalistas".[16] En este sentido Keith Whittington ha manifestado que mientras los antiguos originalistas eran en su minoría conservadores, los nuevos lo son en su mayoría. Su objetivo no es ni debe ser (lo que fue el objetivo de los originalistas de Estados Unidos, durante décadas) desprestigiar la filosofía judicial dominante de la Corte Warren, sino más bien desarrollar una nueva "filosofía de gobierno".[17] Para Whittington, esta nueva versión del originalismo es menos contundente en su antiguo compromiso con la restricción judicial; menos (pretendidamente) deferente a las mayorías legislativas; y mucho más concentrado en asegurar la fidelidad a la antigua Constitución.[18] Solum comparte muchos de estos renovados puntos de vista, incluyendo la nueva apuesta de los originalistas hacia el "significado público original" (en lugar de las "intenciones originales" o de las formulaciones del estilo). La idea central es que el significado original de la Constitución es su significado público original. Al igual que Randy Barnett o Keith Whittington, también reconoce que la indeterminación constitucional, exige un proceso de construcción constitucional que, hace tiempo, los originalistas encontraron inadmisible. La pregunta es cuánto sigue existiendo del antiguo originalismo, después de que reconocemos estas concesiones cruciales. Hoy podríamos ser "originalistas", pero quizá a costa de privar al originalismo de todo aquel contenido que una vez lo hizo reconocible como una teoría diferente de la interpretación.[19]

---

[16] BENNETT, Robert W. y SOLUM, Laurence B., *Constitutional Originalism. A Debate*, Cornell University Press, Nueva York, 2011

[17] FLEMING, James, *Fidelity to Our Imperfect Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 6-7.

[18] *Ibidem*, p. 7; WHITTINGTON, Keith, *The Casey Five versus the federalism five: Supreme Legislator or Prudent Umpire?,* Princeton University Press, Nueva Jersey, 2004, pp. 608-9.

[19] FLEMING, J., *Fidelity to Our..., op. cit.*

5. El constitucionalismo vivo/ La interpretación dinámica

La principal alternativa al originalismo ha sido siempre el constitucionalismo vivo, que en términos generales sostiene que el significado de la Constitución no viene fijado por el pasado –es decir, en el momento en que fue escrita o ratificada– sino que evoluciona con el tiempo. Como expresó David Strauss: "Una Constitución viva es aquella que evoluciona, cambia con el tiempo, y se adapta a las nuevas circunstancias, sin necesidad de ser reformada formalmente".[20]

En una carta dirigida a H. Tompkinson, el 12 de julio de 1816, Thomas Jefferson dio un poderoso argumento a favor de una interpretación "dinámica" de la Constitución:

> Algunos hombres miran a las Constituciones con fanática reverencia y las consideran como el arca del pacto, como algo demasiado sagrado para ser tocado. Ellos atribuyen a los hombres antiguos una sabiduría sobrehumana y suponen que sus actos no deberían ser enmendados. Yo conocí esa época; pertenecí y trabajé en ella. Se merece el respeto de su país. Era muy parecida a la actual, pero sin la experiencia del presente; y cuarenta años de experiencia en el gobierno equivalen a un siglo de lecturas; esto es lo que se dirían a sí mismos si pudiesen resucitar de entre los muertos.[21]

Aquí nos encontramos con un primer argumento a favor del constitucionalismo vivo, relacionado con el conocimiento y la experiencia que se ha adquirido a través de los años y siglos que han seguido a la promulgación de la Constitución. En *Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer*, el Juez Felix Frankurter ofreció un argumento que fue similar al presentado por Jefferson. Afirmó que se trataba de una

[20] STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Disponible en: http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall10/strauss

[21] Carta al H. Thornkinson, 12 de julio de 1816, citado en TUSHNET, Mark V., *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999. p. 40.

"concepción estrecha inadmisible" del derecho constitucional el ceñirse únicamente a "las palabras de la Constitución", ignorando de este modo "el brillo con el cual ha sido escrita la vida a través de ellas."[22] Algún tiempo antes de Frankfurter, en *Missouri v. Holland*, el Juez Holmes había adelantado un argumento similar:

Con respecto a lo que podemos añadir cuando se trata de palabras que son también un acto constitutivo, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta que ellas fueron puestas a fin de ser desarrolladas de una manera no prevista incluso por el más brillante de sus creadores. Para ellos fue suficiente darse cuenta o esperar que habían creado un organismo; pero ha tomado un siglo y ha costado mucho sudor y sangre demostrar que crearon una nación. El caso que nos ocupa debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia, y no solamente en lo que se dijo hace cien años.

Para Holmes, la Constitución tiene que ser adaptada a los nuevos tiempos, teniendo en cuenta tanto sus palabras y la forma en que esas palabras se desarrollan con el paso del tiempo.[23] De hecho, estas palabras de Holmes parecen ser las que dieron origen a la expresión misma del constitucionalismo vivo.

Los principales argumentos a favor del constitucionalismo vivo provienen de la teoría democrática. Se podría sostener, por ejemplo, la necesidad de mantener "viva" la Constitución que, para una sociedad democrática, parece mucho más atractiva y razonable que la posibilidad de ser gobernados por la "mano muerta" del pasado. Por supuesto, ante esto un originalista podría defenderse diciendo: "Tampoco estamos comprometidos con la prevalencia del pasado, sino más bien con la prevalencia de la voluntad del pueblo. No obstante, si no se está de acuerdo con la voluntad del pueblo, tal y como se manifiesta en la Constitución, es necesario cambiarlo, en lugar de sustituirlo por la propia voluntad". Esta respuesta

[22] Así, en "Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer," 343 U.S. 579 (1952).
[23] "Gompers v. United States," 233 U.S. 604 (1914).

típica originalista, sin embargo, parece también poco atractiva: pues este punto de vista nos plantea la duda de si ¿estaríamos obligados a participar en un proceso difícil, complejo y costoso como lo es la reforma constitucional, cada vez que tengamos algo nuevo que decir, en relación con la Constitución?

Al igual que en el caso del originalismo, existen también diferentes versiones del constitucionalismo vivo, y no todas ellas son particularmente atractivas. En principio, la idea de que el significado de la Constitución varía con el tiempo y que los Jueces, en consecuencia, deben interpretar su contenido, parece vulnerable a las críticas que son similares en especie a las que se dirigen en contra del originalismo. El problema es: ¿cómo reconocer lo que una determinada cláusula de la Constitución significa hoy? ¿Se supone que los Jueces deben mirar alrededor y ver lo que la gente (sus colegas, sus vecinos, etc.) dice acerca de un determinado tema? Mi impresión es que esto es lo que muchos Jueces afines al constitucionalismo vivo realmente hacen, concluyendo que si bien les resulta irrazonable "congelar" el significado de la Constitución en el momento de su promulgación, finalmente se involucran en un diverso –pero igualmente arbitrario– ejercicio de interpretación. Al final, el hecho de que muchos intérpretes de la Constitución actúen de tal manera –e impongan lo que finalmente, es su propia visión de lo que la Constitución debería ser– explica la reacción y, en parte, la vitalidad del originalismo. Por supuesto, tenemos que mirar a esta comprensión de la interpretación constitucional en su "mejor luz", y tratar de reconocer mejores enfoques para este punto de vista, pero parece claro que el caso del constitucionalismo vivo también es difícil, y no es fácil de defender.

En efecto, ¿cómo vamos a determinar el significado actual de la Constitución? ¿Se supone que deberíamos empezar a investigar, a indagar, tratando de averiguar lo que la mayoría de la sociedad opina –o dice– en relación a si el derecho a la privacidad protege las relaciones homosexuales? ¿Se supone que deberíamos recurrir a "Gallup" o a otra empresa para ayudarnos a realizar una encuesta de opinión? ¿Podríamos inferir las preferencias de la sociedad a partir de la última

elección presidencial?, ¿a partir de la última elección nacional o local?, ¿a partir de lo que la mayoría en el Congreso parece mantener hoy? ¿Y cómo vamos a desarrollar dicha conclusión?

El problema no solo es metodológico, sino que va más allá de la metodología. Desde esta perspectiva, permítanme mencionar al menos dos problemas graves con este primer, común pero poco sofisticado enfoque del constitucionalismo vivo. Un primer problema es que la sola idea de tener una Constitución con el fin de prevenir futuros "males" podría hacerle perder su significado, pues ¿cómo la Constitución nos ayudaría a evitar las dificultades previsibles, si todos los conflictos podrían definirse de acuerdo con la ocasional, circunstancial y actual voluntad de "algunas personas"?[24]

El segundo problema (que también ha sido discutido por John Ely) se refiere a la función de los Jueces –los principales intérpretes de la Constitución– en este tipo de labor de interpretación. Parece paradójico delegar en los Jueces la tarea de adaptar la Constitución a la actual voluntad del pueblo, dada la forma en que se ha organizado esta rama del poder. En primer lugar, queremos hacer nuestro mejor esfuerzo para separarlos de las personas y de las ramas políticas y los dotamos de estabilidad, y luego pedimos a los Jueces que interpreten la Constitución de acuerdo con la comprensión actual de la sociedad. En otras palabras, les pedimos que presten atención a las voces de la comunidad después de hacer todo lo posible con el fin de separarlos de la población en general. Ya decía Ely, que la idea de que los "valores auténticos" de la comunidad puedan ser "discernidos" por una "élite no democrática" resulta fuertemente inverosímil. Si lo que queremos es proteger las convicciones actuales de la ciudadanía, entonces "el legislador" aparece mucho mejor situado que el judicial.[25]

[24] ELY, John, *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, passim.

[25] *Ibidem*, pp. 68-9.

Algunos defensores del constitucionalismo vivo, entre ellos William Eskridge han apoyado la idea de contar con Jueces encargados de la readaptación del significado de la Constitución, a través de argumentos basados en la *teoría de la elección pública*. Para él, el hecho mismo de que los Jueces no sean elegidos democráticamente favorecería esta misión porque de esa manera no son vulnerables a la presión de ciertos grupos –como los políticos–. En conclusión, habría menos posibilidades de que el significado de la Constitución venga definido por esas presiones no deseables.[26] A pesar de ser consciente de que el análisis sobre la opinión de Eskridge requiere más tiempo y espacio, en este punto sí me gustaría plantear dos objeciones: En primer lugar, si los Jueces están llamados a redefinir el contenido y los límites de la Constitución en cada una de sus decisiones, ellos podrían –previsiblemente– convertirse en objeto de más presiones por parte de los grupos de interés. En segundo lugar, la presencia y la importancia de esas presiones pueden ser un buen argumento a favor de la ampliación del alcance de la democracia y de la interpretación democrática, en lugar de limitarlo a unas pocas personas, que no rinden cuentas.

6. El originalismo vivo (*living originalism*)

Entre las recientes e interesantes novedades en materia de interpretación constitucional, una de las más originales, por así decirlo, es el crecimiento de lo que Jack Balkin ha denominado como originalismo vivo –lo que podría considerarse como una "tercera vía" en el constitucionalismo americano–.[27] En su opinión, las dos principales y opuestas teorías de la interpretación constitucional, que son el originalismo y el constitucionalismo vivo, no deben ser entendidas como unas teorías en tensión, sino que, –defiende– los dos puntos de vista son compatibles. Para Balkin, la Constitución exige intérpretes que respeten el significado

[26] ESKRIDGE, William, "Dynamic Statutory Interpretation", *Yale Law School*, núm. 2, 1987, p. 1479.
[27] BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.

original del texto constitucional –que incluye no solo reglas, sino también normas y principios abstractos–, pero no por su aplicación original prevista. Así, Balkin entiende que para interpretar correctamente la Constitución tenemos que hacer juicios morales y políticos relacionados con nuestra mejor comprensión de tales compromisos.

Para Balkin, la Constitución establece un marco básico de gobierno, el cual "contiene las previsiones políticas",[28] y al mismo tiempo establece " las formas distintivas de restricción y delegación".[29] "La base del originalismo" considera que, al final, la Constitución establece un marco jurídico básico que restringe futuras decisiones a través de reglas estrictas, y que también abre el espacio para el trabajo de las futuras generaciones de intérpretes mediante el establecimiento de principios y normas.

En una parte importante de su libro, afirma:

> El texto de nuestra Constitución contiene diferentes tipos de lenguaje. Contiene reglas determinadas (el presidente debe tener treinta y cinco años, hay dos cámaras en el Congreso). Contiene normas ("se prohíben los registros y las detenciones arbitrarias", se reconoce el derecho a un juicio "rápido"). Y contiene principios (la no prohibición del libre ejercicio de la libertad de la religión, la no limitación de la libertad de expresión y la no denegación de la igualdad de protección). Si el texto establece una regla determinada, debemos aplicar la regla, porque eso es lo que el texto nos ofrece. Si se establece una norma, hay que aplicar la norma. Y si se establece un principio general, hay que aplicar el principio.[30]

Por lo tanto, el método de Balkin se basa en el "texto y en los principios", lo que significa que al momento de interpretar la Constitución, lo primero que hay

[28] *Ibidem*, p. 3.
[29] *Ibid*., p. 35.
[30] *Ibid*., p. 6.

que ver es si el texto ofrece una regla clara –intentando ser fiel al significado semántico original del texto constitucional– y si eso no da resultados, entonces se tendrá que ir al principio subyacente al que se refiere. En otras palabras, si los redactores eligieron deliberadamente formulaciones abiertas ("castigo cruel e inusual") el significado semántico original se vuelve consistente con las construcciones interpretativas: el intérprete estaría entonces autorizado para determinar las consecuencias que tienen los principios y las normas en los casos concretos. En esta construcción, no solo participan los Jueces, sino que por el contrario, Balkin –que rechaza, al igual que la mayoría de los "constitucionalistas populares", la supremacía judicial– cree que los movimientos políticos y sociales (el movimiento de derechos civiles, el movimiento feminista, el movimiento de los derechos de los homosexuales) también participan en el proceso de construcción constitucional. De hecho, para él, más allá de los Jueces son "las fuerzas sociales, políticas y económicas", las que juegan un papel fundamental –si no decisivo– en la interpretación constitucional.[31]

Ahora, para muchos comentaristas simpatizantes del originalismo, el punto de vista de Balkin parece muy difícil de aceptar en la medida en la que sus opiniones son "funcionalmente indistinguibles del constitucionalismo vivo". Y esto es así, en primer lugar, porque un intérprete no razonable de la Constitución negaría la obligación de leer seriamente el texto de la Constitución (y, por lo tanto, leería "cuatro" cuando dice "cuatro"). Lo que los originalistas no admiten es la interpretación jurídica según la cual "hay que sentirse libre para torcer las palabras de la Constitución a fin de adaptarlas a nuestros deseos presentes –que es precisamente lo que dice el Sr. Balkin–".[32]

[31] *Ibid*., p. 278.

[32] VERBRUGGEN, Robert, "Book Review Living Originalism, by Jack M. Balkin", *The Washington Times*, 13 de febrero de 2012, p. 2.

En mi opinión, los problemas con la teoría de Balkin no son los denunciados por los originalistas, sino más bien que son otros similares a los que afectan en general al constitucionalismo popular. El hecho es que, a pesar de que se abogue por un proceso más colectivo e integrador de la interpretación legal –lo que suscribo–, puntos de vista como el propuesto por Balkin exigen confiar demasiado –y de manera excesiva– en la labor de los Jueces y legitima –a pesar de sus afirmaciones– una débil intervención de la sociedad civil en dicha materia.

Esto es particularmente cierto en el contexto de muchas de nuestras sociedades, caracterizadas por las desigualdades económicas, sociales y políticas, donde las posibilidades de participación popular significativa resultan muy limitadas. No estoy afirmando que, en el contexto de las sociedades desiguales, las personas tiendan a participar menos –posiblemente es todo lo contrario–. Lo que estoy tratando de decir es que en condiciones de profundas desigualdades, las posibilidades de las personas para influir en la política a través de su participación se reducen sustancialmente. Y esto sería así por numerosas razones.

En primer lugar, el costo de la acción colectiva es usualmente alto (especialmente en los países con sociedades divididas y desiguales), y las oportunidades para la participación popular tienden a estar limitadas a los casos más extremos o controvertidos (es decir, situaciones de injusticia grave, aborto). En segundo lugar, los participantes en las conversaciones legales provienen por lo general de diferentes sectores sociales, lo que tiende a crear serias dificultades en las instancias de diálogo: la deliberación se produce entre los actores minoritarios poderosos (normalmente procedentes de las clases altas), y entre los grupos mayoritarios pero más débiles de marginados. En tercer lugar, en el contexto de las injusticia antes reseñada, los sectores populares tienen una probabilidad desigual para hacer prevalecer sus opiniones (así encontramos ejemplos en los que los manifestantes son legalmente procesados, y sus demandas son rara-

mente tomadas en cuenta).[33] A esto podríamos sumar, la existencia de un sistema institucional que se reserva el uso legítimo de la violencia. En suma, opiniones como las manifestadas por Balkin pasan por una práctica informal, la cual a lo largo –y esto no es sorprendente– tiende a ser más perjudicial que beneficioso para los intereses de la población en general.[34] Esta es la razón por la que urge la adopción de reformas institucionales igualitarias –entre otras cosas– capaces de cambiar la estructura básica de nuestro sistema institucional: no existen razones para sostener una práctica social que normalmente ha sido hostil con la movilización popular.[35]

7. Dworkin, la lectura moral y la "novela en cadena"

Tal vez la versión más sofisticada de la Constitución viva es la presentada por el filósofo del derecho Ronald Dworkin. La postura de Dworkin en este ámbito es particularmente interesante debido a su capacidad para resistir a la crítica tradicional que existe en contra de esta concepción interpretativa. Específicamente, la presentación de Dworkin ofrece buenas razones para no temer al constitucionalismo vivo, y especialmente a la discreción de los Jueces en esta materia.

---

[33] FENWICK, Helen, "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation" *The Modern Law Review*, vol. 4, núm. 62, 1999, p. 491; GARGARELLA, Roberto, "Law and Social Protests", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 6, 2012, p. 6.

[34] Debo reconocer que se trata de una afirmación fundamentalmente intuitiva: el punto necesita un apoyo empírico que no soy capaz de proporcionar en esta etapa de mi argumento.

[35] Como ha sostenido Jeremy Waldron (describe el carácter "insultante" de una práctica institucional que aún conserva un papel central en la práctica judicial): "Es posible escribir en el periódico, levantar una petición y organizar un grupo de presión o lobby. Pero incluso podríamos tener éxito, más allá de los sueños más desbocados, y llegar a orquestar el apoyo de un gran número de hombres y mujeres que piensen igual, y es posible que lleguemos a imponer esa opinión en la legislatura, no obstante, la medida podría ser cambiada o desechada bajo el argumento de que nuestra visión de los derechos no concuerda con la de los Jueces". WALDRON, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, p. 51. Por supuesto, Waldron estaba desafiando los sistemas tradicionales de control judicial. Sin embargo, lo que dice es todavía aplicable a los sistemas que se basan en una relación más fluida entre las movilizaciones populares y el tradicional sistema de pesos y contrapesos.

Él denomina su postura como *la lectura moral de la Constitución*, y se refiere a la misma con estas palabras:

> Existe una forma particular de leer y de aplicar una Constitución política, a la que he denominado como lectura *moral*. La mayoría de las Constituciones contemporáneas declaran los derechos individuales frente al gobierno en un lenguaje muy amplio y abstracto, como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual establece que el Congreso no hará ley alguna que coarte "la libertad de expresión". La lectura moral propone que todos –Jueces, abogados y ciudadanos– interpreten y apliquen estas cláusulas abstractas a partir del entendimiento que merezcan los principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral –no es correcto para el gobierno censurar o controlar lo que digan o publiquen los ciudadanos– y lo incorpora en la ley estadounidense. Así que cuando surja alguna polémica o controvertida cuestión constitucional –acerca de si, por ejemplo, la Primera Enmienda permite leyes en contra de la pornografía– las personas indicadas deberán decidir cómo debe ser entendido el principio moral abstracto. Ellos deben decidir si el verdadero fundamento del principio moral que condena la censura, en la forma en que este principio se ha incorporado a la legislación estadounidense, se extiende al caso de la pornografía.[36]

La "lectura moral" va adquiriendo una mayor influencia entre los estudiosos del derecho. Sotirios Barber y James Fleming, por ejemplo, han adoptado un enfoque bastante similar, que se basa directamente en la postura de Dworkin y que ha sido llamado enfoque filosófico de la interpretación constitucional.[37]

---

[36] DWORKIN, R., "The Arduous Virtue...", p. 1.

[37] En un libro reciente, James Fleming ha ampliado su punto de vista sobre la materia, y define su enfoque filosófico sobre la concepción de la Constitución "como la personificación de una moral abstracta y de unos principios políticos –no como la codificación concreta de normas históricas o prácticas– y la interpretación de esos principios requiere juicios normativos acerca de la forma en que se entienden mejor –no se trata simplemente de una investigación histórica para descubrir los significados originales relativamente específicos". FLEMING, J., *Fidelity to Our Imperfect..., op. cit*., p. 3. Y también sugiere que, a través de "examinar las concesiones espectaculares que los originalistas han hecho a sus críticos" puede demostrar "el grado en el cual hoy todos somos lectores morales" (*Ibid*.).

Dworkin describe su comprensión de esta teoría a través de un ejemplo atractivo y pertinente, que se conoce como el ejemplo de la "novela en cadena". La "novela en cadena" ayuda a demostrar que los Jueces pueden hacer lo que todos los ciudadanos conscientes harían en tal posición: el constitucionalismo vivo, por consiguiente, no implicaría un elitismo ni una discreción.

Voy a utilizar al ejemplo de la "novela en cadena" para introducir la visión interpretativa de Dworkin, que nos propone reflexionar sobre la tarea de la interpretación judicial de la Constitución como análoga a la participación en la redacción de una "novela en cadena". Imaginemos, por ejemplo, que somos veinte personas que toman parte de esta tarea colectiva, y que cada uno de nosotros debe escribir cinco páginas de la novela. Así, imaginemos que estamos en el medio de la fila, y recibimos unas 40 páginas del manuscrito. La cuestión en la que Dworkin está interesado en dar una respuesta es la siguiente: ¿qué se supone que debemos hacer cuando recibimos esas páginas? ¿Qué es lo que debemos de hacer, con el fin de participar en esa empresa de forma consciente y responsable? La respuesta es –y esto también es muy importante para la propuesta explicativa de Dworkin– bastante obvia. Lo primero que vamos a hacer, obviamente, es leer las páginas que nuestros predecesores escribieron, e inmediatamente después –parece claro– daremos sentido a lo que ellos han escrito, tratando de encontrar un hilo común en la novela, tratando de entender su significado: ¿es una novela histórica? ¿es un drama? ¿es una historia de misterio? Acto seguido, escribiríamos nuestras cinco páginas, intentando dar a la novela la mejor continuación posible –una que haga honor a lo que está escrito y prepare el camino para los siguientes participantes. Pensado en paralelo con la tarea (judicial) de la interpretación legal, la "novela en cadena" resulta un ejemplo muy revelador sobre el enfoque de Dworkin, y su riqueza. Déjenme explicar.

En primer lugar, el ejemplo sugiere que la tarea de interpretación legal no requiere de intérpretes con cualidades sobrehumanas. Puntualizando más, no necesitamos a super humanos, como Hércules (como muchos críticos de Dworkin

habrían dicho) con el fin de participar en esta tarea.[38] Muy por el contrario: el ejemplo sugiere que en realidad cualquier persona va a reaccionar y actuar de forma similar ante la misma misión. En segundo lugar, el ejemplo sugiere algo muy importante, que es que la tarea pertenece a una tarea colectiva –que comienza antes de que uno llega y continúa después que uno se va– que tenemos que desarrollar en consecuencia. Pensemos que un escritor famoso –como Jorge Luis Borges o Gabriel García Márquez– participa en la redacción de la "novela en cadena", intentando demostrar en cada línea que sus capacidades son muy superiores a las de los demás, entonces habría fracasado en la misión que se le encomendó. Para participar en una obra colectiva de estas características se requiere en principio, mejorar nuestra capacidad de trabajar en equipo, abandonando la postura de destacar nuestras propias habilidades y conocimientos como si estuviésemos escribiendo el capítulo de manera individual.

Tal vez un ejemplo todavía más ilustrativo sería el de la construcción de una catedral a lo largo de diferentes generaciones (que también ha sido utilizado para entender a Dworkin y a la interpretación legal.[39] Los que participan en la tarea de continuar con esa empresa, después de cien años de construcción, tendrán que mirar en primer lugar hacia atrás y tratar de dar sentido a la catedral –digamos, por ejemplo, una catedral gótica, como la de Barcelona. En este ejemplo se refuerza la idea de una tarea colectiva, en la que cada participante actuará de manera similar: todo el mundo –incluso un turista que se tome seriamente esta tarea– entenderá que la catedral tiene, digamos, un estilo gótico, y también reconocerá lo apropiado o no de continuar con el mismo. El seguimiento adecuado de la obra podría incluso requerir la demolición de columnas de un estilo románico que se reconocería como una decisión equivocada de un participante que no entendió el sentido de la obra colectiva.

[38] Para un crítica similar, ELY, J., *Democracy and Distrust..., op. cit*.
[39] Véase, por ejemplo, NINO, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

Lo mismo sucede con la interpretación legal. Lo primero que se hace es leer la ley y tratar de entender lo que ésta dice. En caso de conflictos, se deberán resolver reflexionando sobre las posibles continuaciones que puedan darle sentido a la obra colectiva (la ley) en el tiempo presente. Para Dworkin, por lo general hay diferentes respuestas que pueden "encajar" con la historia anterior. Por lo tanto, la idea es elegir un camino que nos permita ofrecer la mejor continuación posible a lo que se ha escrito hasta el momento –la respuesta debe permitirnos reconstruir nuestra ley de la "mejor manera". Más significativamente, Dworkin invita a que el intérprete lea la Constitución "en su conjunto", tratando los casos similares por igual y haciendo un esfuerzo en la dirección de la integridad: la ley, según él, tiene que hablar con una sola voz, tratando a todos con igual consideración y respeto. De hecho, esa idea –de tratar a todos con igual consideración y respeto– constituye para Dworkin, el principal hilo unificador de la ley (EE.UU.) –la idea que nos permite reconstruir la ley de la mejor manera.

Resulta interesante indicar cómo y de qué manera la propuesta de Dworkin se diferencia de las versiones más comunes del originalismo y del constitucionalismo vivo. En cuanto al originalismo, el enfoque de Dworkin también requiere de intérpretes que analicen seriamente el pasado. Sin embargo, su teoría no plantea la defensa de las tradiciones *per se*, ni sugiere una lectura acrítica del pasado. Todo lo contrario, propone una lectura crítica de la historia, entendida en su "mejor manera". Al mismo tiempo, su defensa particular de una "Constitución viva" no implica descuidar o descartar el pasado. Por el contrario, las decisiones pasadas representan –o deberían representar– una parte crucial de las decisiones presentes.

A pesar de que la opinión de Dworkin sobre el tema es –a mi entender– una de las mejores articuladas que encontramos, también parece claro que es vulnerable a muchas críticas. Para empezar, los ejemplos de guía que utiliza también son engañosos, pues para comprender el sentido de la "novela" o reconocer el estilo de la catedral, solo tenemos que leer unas pocas páginas, o ir alrededor de la

construcción –unas pocas horas o algunos minutos–. Por el contrario, la comprensión correcta de la ley puede requerir toda una vida y seguir siendo insuficiente. Además, en algún sentido, es cierto que "todos" participamos en los procesos colectivos de construcción, tales como escribir una novela, construir una iglesia o en la formación de una ley, pero también es cierto que los escritores, los arquitectos y los Jueces juegan un papel totalmente decisivo en esos aspectos. Probablemente, lo que realmente importa en estos ejemplos es el hecho de que todo el mundo estaría llamado a hacer básicamente lo mismo –que no se requieren habilidades extraordinarias a fin de participar en el proceso de manera responsable. Sin embargo, aun aceptando parte de la pretensión –no necesitamos la ayuda de científicos para leer la ley– me resisto a su conclusión principal, a saber, la tendencia a estar de acuerdo en nuestro compromiso de leer la ley. Más precisamente, mi conjetura es si vamos, más bien, a estar en desacuerdo en lo sustancial de la materia: no solo en relación con los principales hilos conductores de la ley (digamos, la misma consideración y respeto), sino también (y más específicamente) acerca de cómo deberíamos aplicar esos principios tan amplios a los casos concretos. En palabras de Jeremy Waldron, existe desafortunadamente el hecho del desacuerdo razonable, lo que nos hace más difícil alcanzar conclusiones similares en relación con la mayoría de los casos.

Ahora, podemos estar de acuerdo con Dworkin sobre la necesidad de seguir discutiendo y debatiendo, frente a esos desacuerdos: no podemos renunciar, discutir o decidir arbitrariamente. Mi problema es, sin embargo, lo habitual, es decir, el problema democrático. Más específicamente, la pregunta es por qué, dado esos desacuerdos profundos, debemos dar a los Jueces la autoridad para decidir en nuestro nombre ¿Por qué, si no nos representan democráticamente? ¿por qué, si tienden a estar en desacuerdo entre ellos en la Corte como nosotros lo estaríamos fuera de ella?[40]

[40] WALDRON, Jeremy, "Five to Four . Why do Bare Mojorities Rule on Courts? *The Yale Law Journal*, vol. 123, núm. 6, pp. 1626-2133.

En palabras de Waldron, este tipo de problemas nos llevan a reflexionar sobre la interpretación a un nivel diferente, es decir, a nivel de la autoridad, aquí la pregunta correcta no es acerca de cómo interpretar, sino más bien de quién va a decidir en estos casos. Y de esta manera, volvemos al párrafo de Dworkin con el que abrimos este análisis, y volvemos allí para contradecirlo, y así conectar (en lugar de separar) las preguntas acerca de la autoridad y las preguntas sobre la interpretación.

8. El diálogo democrático
y la interpretación en una comunidad de iguales

Para muchos de nosotros que asociamos la democracia con la democracia deliberativa, y tomamos en serio el hecho del desacuerdo, la interpretación constitucional debe ser abordada en una forma diferente –una que asocie las preguntas en materia de interpretación y de la autoridad que deba realizarla. Para ilustrar lo que digo, y dar una primera aproximación a lo que sería mi propuesta particular en materia interpretativa, voy a ofrecer un ejemplo. El mismo, según entiendo, puede darnos pautas apropiadas para pensar debidamente sobre la cuestión.

Imaginemos que somos un pequeño grupo de amigos y conocidos, que estamos cansados de la forma en que la ley organiza nuestra comunidad (por ejemplo, creemos que la ley responde a impulsos autoritarios y se aplica de manera arbitraria), y decidimos irnos a otro sitio para comenzar una nueva vida. Somos solamente unos pocos, y decidimos construir lo que llamamos una "comunidad de iguales" en medio de cualquier sitio. En esta comunidad, organizaríamos nuestras vidas en común, de acuerdo con lo que decidimos informalmente entre algunos, o de acuerdo a lo que decidimos todos juntos en una asamblea general, en los casos en que necesitemos tomar las decisiones más importantes. Por ejemplo, podríamos decidir en asamblea que todas las personas mayores de 18 años tendrán que contribuir con la producción de alimentos trabajando en el

cultivo de la tierra desde las primeras horas de la mañana. Así, estaríamos a gusto con los resultados de esta decisión, hasta que un día María se enferma y comienza a tener problemas para trabajar todas las mañanas que hace frío. Por lo tanto, alguien se preguntaría si María debería ser relevada de esta obligación común. Hablamos entre nosotros y decidimos que, por supuesto, ella debe ser autorizada a permanecer en casa, haciendo otras cosas que sea capaz de hacer. Otro día, Pedro cumple 18 años de edad, y su padre pregunta al resto si Pedro también podría quedarse en casa, dado que él nació con problemas físicos que le impiden hacer tareas pesadas. Una vez más, nadie duda acerca de la respuesta: "Por supuesto, Pedro también estaría autorizado para quedarse en casa."

En suma, día tras día tendríamos pequeños problemas y preguntas sobre las reglas que organizan nuestra vida en común, y las resolveríamos hablando el uno con el otro, más o menos de manera informal. Confiamos el uno en el otro y tratamos a los demás como iguales: nosotros no proclamamos la igualdad como un principio general, sino que simplemente nos tratamos con consideración y respeto. Después de algún tiempo, nuestra comunidad de iguales llegaría a ser conocida y admirada por los extranjeros, y vendrían personas a pedirnos la autorización para participar en nuestra comunidad. Poco a poco, aumentaríamos el número de nuestros miembros y cada vez se haría más difícil solventar nuestros conflictos de manera informal, o incluso de manera conjunta en una asamblea general. Así, un día (por ejemplo, en el décimo aniversario de nuestra comunidad de iguales) seleccionamos a un grupo (a quienes llamaríamos "los elegidos") quienes estarían a cargo de solucionar los conflictos fundamentales en relación con nuestras reglas comunes, los cuales también se habrían incrementado (por ejemplo, tenemos reglas relativas a cómo gastar nuestros recursos o cómo distribuir los alimentos que producimos en común, etcétera).[41]

[41] Una historia parcialmente similar, sobre la emergencia de las "reglas primarias" y "secundarias", en HART, L.A. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, ch. 5.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que no designamos a "los elegidos" bajo el supuesto de que solo ellos sabrían cuáles son las reglas de la comunidad, o cómo se deben interpretar esas normas. Por el contrario, nuestra posición común seguiría siendo que todos somos iguales y que estamos comprometidos a resolver nuestros conflictos juntos, hablando el uno con el otro, no obstante, ya no tendríamos el suficiente tiempo y espacio para resolver todos nuestros conflictos importantes juntos, como solíamos hacerlo.

Como resultado de estos supuestos, si un día, uno del "los elegidos" viene a nosotros y nos dice: "Ahora voy a decirles a todos ustedes cómo entender correctamente las reglas comunes", nosotros permaneceríamos asombrados pues tal pretensión sería completamente ajena al espíritu de nuestra comunidad. La idea inicial fue y sigue siendo que hemos creado estas normas con el fin de vivir juntos, que somos los "dueños" de esas reglas, y que hemos resuelto nuestros conflictos hablando unos con los otros. Del mismo modo, si uno de "los elegidos" nos dice que las reglas deben ser interpretadas de acuerdo con lo que se dijo o se entendió en el Año Uno de nuestra comunidad, también nos sorprenderíamos y estaría claro para todos nosotros que esa persona está equivocada con respecto a su trabajo. Parecería que esa persona no entiende de lo que se trata su trabajo. La idea, por tanto, no es recordar o averiguar qué fue lo primero que dijo o que podría haber dicho la comunidad original sobre el punto en conflicto, sino más bien pensar colectivamente sobre el problema y decidir cómo queremos solucionarlo. Lo mismo ocurriría si alguien viene y nos dice que tenemos que leer "18 años" de acuerdo a lo que nuestra comunidad de iguales entendería en el Año Uno, cuando se estableció la regla. Una vez más, esto implicaría que esta persona no entiende la tarea que se le ha asignado. Recurrir al pasado puede ser importante a fin de reconocer nuestra identidad común, para ver cómo hemos crecido y evolucionado, y para identificar cómo hemos tratado a otras personas en situaciones similares. Pero nunca hemos tomado ni tomaremos el pasado como algo decisivo, como si pudiese ofrecer las respuestas definitivas a nuestras preguntas: necesitamos encontrar esas respuestas

en el presente, colectivamente, hablando entre nosotros, como siempre lo hemos hecho.

Permítame ilustrar esto con otro ejemplo. Imagínese que un día un grupo de personas se une a nuestra comunidad, y después de una semana nos damos cuenta que, por razones religiosas, no trabajan durante los sábados. En ese caso, lo que tenemos que hacer es decidir cómo vamos a afrontar este problema, en lugar de pretender resolverlo a través del verdadero significado de "todos los mayores de 18 años tienen que contribuir con la producción de alimentos". En casos extremos, lo mejor que se podría hacer para resolver el problema de interpretación en juego, sería participar nuevamente en una conversación colectiva, aunque seamos conscientes de que no será tan exhaustiva y profunda como solía ser cuando éramos solo unos pocos. En casos menos dramáticos, podríamos permitir que "los elegidos" decidan, pero suponiendo que lo harán respetando los principios básicos de nuestra "comunidad de iguales". Permítanme especificar esto un poco más. En primer lugar, debe quedar claro que es "nosotros colectivamente", en lugar de "ellos en solitario", los "dueños" e "intérpretes finales" de las normas comunes. En segundo lugar, no esperamos que ellos estudien la historia o lean el diccionario o realicen ejercicios lingüísticos, con el fin de tomar una decisión. En tercer lugar, sí esperamos que decidan reproduciendo, de la mejor manera posible, la conversación colectiva que solíamos tener con el fin de resolver los problemas comunes. Por esta razón, esperamos que hablen con todas las partes afectadas; que reciban opiniones de todos los interesados en decir algo sobre el caso; que llamen a audiencias públicas, con el fin de obtener toda la información y opiniones pertinentes a fin de resolver los casos más difíciles; y que organicen los procesos de consulta y discusión colectiva, siempre que fuera posible y necesario con el fin de encontrar salidas a los conflictos más difíciles.

Por supuesto, podemos (y debemos) agregar complejidad al ejemplo, con el fin de trazar una analogía apropiada entre el boceto inicial y nuestras democracias constitucionales, permítanme explicarme: imaginemos que en nuestro "periodo

de fundación" se estableció una nueva regla, que va más en línea con lo que ahora llamamos los derechos individuales, diciendo que "nadie debería hacer daño a otro". Entonces, un día nos enteramos que Juan ha lesionado gravemente a su hija Alicia, porque ella le mintió, pero él entiende que no se ve afectado por esa regla, porque debería estar permitido que los padres corrijan a sus hijos. A la vista de este conflicto, que es también un conflicto de interpretación, podemos hacer cosas diferentes. Podemos decir a Juan: "Juan, te conocemos bien, sabemos que eres un buen hombre, pero este no es el tipo de cosas que hacemos en nuestra comunidad". Siempre hemos dicho que aquí nadie debe agraviar a los otros, ante lo cual –si él insiste en no ser reprochado– podríamos intentar persuadirlo sobre lo inapropiado de su actuación, y sobre nuestro repudio a la violencia, en la línea de nuestro compromiso inicial con no hacer daño a nadie. Podríamos tener éxito con este intento o no, pero, en cualquier caso nos resultaría muy extraño que alguien (por ejemplo, un miembro "los elegidos") venga y le diga a Juan: "Juan, mira en el diccionario" o "Juan, usted no ha leído suficiente historia, o Juan, este es el significado exacto de la palabra 'daño'". Y esto es así por diversas razones, entre ellas, en primer lugar, por el hecho de que en nuestra comunidad resolvamos nuestros problemas (en particular los problemas relativos a las normas que nos importan) a través del diálogo; y segundo, porque para todos nosotros sería poco atractivo ver que Juan desiste de lastimar a su hija en obediencia a una orden o porque así lo leyó en un diccionario. Nosotros queremos que cambie su actitud porque ha entendido nuestras razones y porque se ha visto persuadido por lo que entendemos acerca de las reglas básicas de nuestra comunidad.

Pienso que todas estas historias también dicen algo acerca de cómo se podría entender la democracia, de cómo la democracia podría estar conectada con la comunidad, y también acerca de cómo esa comunidad no está basada en las tradiciones o en los viejos mandatos autoritarios, sino más bien en nuestra constante comunicación. En este sentido, el ejemplo también dice algo acerca de la "naturaleza" de la Constitución en esta comunidad: de un modo significativo,

este es el tipo de democracia de Jefferson, organizada bajo reglas básicas que persiste a través del tiempo, pero que al mismo tiempo eso no supone que deba mantenerse durante largos periodos (no queremos que "nuestra generación" ate a las "futuras generaciones"; no queremos que nuestras "generaciones futuras" se vean severamente limitadas por la "mano muerta del pasado"). En otras palabras, la democracia es compatible con tener reglas y Constituciones, a pesar de que se supone que estas reglas son relativamente flexibles (bien podría ser el caso, por ejemplo, en el que si nuestros hijos crecieron bien, decidamos integrarlos a nuestras fuerzas productivas a la edad de 17 años, en lugar de a los 18, cambiando una de nuestras reglas básicas).

Lo expresado en el párrafo anterior también dice algo acerca de las reglas básicas ("reglas secundarias") que definirán nuestra organización de los poderes. Esas reglas (que están implícitas y no estás escritas en el ejemplo inicial e imaginario de la comunidad de iguales) pueden convertirse en reglas explícitas y escritas, pudiendo llegar a generar nuevos problemas de interpretación. Pero, en ese caso, como en todos los demás casos alternativos, lo más importante es que debemos mantener la conexión entre los principios básicos que organizan nuestra vida en común con la igualdad, la comunidad y la democracia.

En mi opinión, el ejemplo de la "comunidad de iguales" puede ser una buena ilustración de lo que muchos de nosotros –que estamos comprometidos con la democracia deliberativa– pensamos sobre la interpretación legal. Creemos que "el pueblo" es y debe continuar siendo el "soberano"; que somos y debemos ser tratados como iguales; que los conflictos acerca de la ley deben ser decididos colectivamente; que nadie tiene las capacidades intelectuales o epistémicas que le pongan en una posición privilegiada a la hora de interpretar la ley; que las controversias interpretativas deberían resolverse a través del diálogo democrático, o de una manera que honre y reproduzca nuestro compromiso con el diálogo democrático: las cuestiones interpretativas fundamentales deben ser resueltas de acuerdo con nuestras presunciones básicas sobre la autoridad democrática.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, *We the People,* Belknap Press, Cambridge, 1993.

ALLEN MURPHY, Bruce, *Scalia: A Court of One,* Simon & Schuster, Nueva York, 2014.

BENNETT, Robert y SOLUM, Laurence, *Constitutional Originalism: A Debate,* Cornell University Press, Nueva York, 2011.

BERGER, Raoul, *Government by Judiciary,* Harvard University Press, Cambridge, 1977.

BORK, Robert, *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

_____, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve," *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.

ELY, John, *Democracy and Distrust,* Harvard University Press, Cambridge,1980.

FLEMING, Jeremy, *Fidelity to Our Imperfect Constitution,* Oxford University Press, Oxford, 2015.

HART, L.A.H., *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford, 1961.

JEFFERSON POWELL, H., "The Original Understanding of Original Intent," *Harvard Law Review*, vol. 98, p. 897.

NINO, Carlos, *The Ethics of Human Rights,* Oxford University Press, Oxford, 1991.

SCALIA, Antonin, "Law and Language," *First Things*, vol. 11, 2005.

STRAUSS, David A., *The Living Constitution,* Oxford University Press, Oxford, 2010.

SUNSTEIN, Cass, *The Partial Constitution,* Harvard University Press, Cambridge, 1993.

_____, *The Second Bill of Rights,* Basic Books, Nueva York, 2006.

_____, SCHKADE, D.; et al, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary,* Brookings Institution Press, Nueva York, 2006.

TUSHNET, Mark, *Red, White and Blue,* Harvard University Press, Cambridge, 1988.

_____, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement,* Oxford University Press, Oxford, 1999.

_____, "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?" *The Yale Law Journal,* vol. 123, núm. 6, 2014, pp. 1626-2133.

LA RELACIÓN ENTRE RIGIDEZ Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO

CONSTITUTIONAL RIGIDITY AND SUPREMACY: A RELATION FROM THE POINT OF VIEW OF MEXICAN CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Ana Micaela Alterio*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el funcionamiento de la rigidez constitucional en México como garantía de la supremacía constitucional. Para ello comenzaré con un estudio sobre la idea de rigidez y la distinguiré del concepto de supremacía. Posteriormente utilizaré dichas categorías para analizar el sistema mexicano y cuestionar su eficacia, es decir, la adecuación entre el medio (rigidez) y el fin (supremacía). Por último haré un par de propuestas de modificación del mecanismo de reforma

* Profesora de tiempo completo del departamento académico de derecho del ITAM. Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: micaalterio@yahoo.com

Un primer borrador de este trabajo se discutió en el II Congreso Internacional de Derecho Constitucional: La constitucionalización de los derechos, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia mexicana, el día 20 de octubre de 2016. La presente versión se discutió en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el IIJ_UNAM del 1 a 3 de febrero de 2017.

constitucional en vistas a hacerlo más democrático, más deliberativo y con ello más eficaz para garantizar la supremacía constitucional.

Palabras clave: Rigidez constitucional, Supremacía constitucional, Reformas constitucionales en México.

Abstract

This paper analyzes how constitutional rigidity works in México and its consequences for constitutional supremacy. It starts with a conceptual distinction between rigidity and supremacy. Subsequently those categories are used to analyze mexican system and to question the amendment process capability to guarantee constitutional supremacy. Finally, the paper makes some proposals to amend the Mexican constitutional amendment process in order to make it more democratic, deliberative and effective to guarantee constitutional supremacy.

Keywords: Constitutional rigidity, Constitutional Supremacy, Mexican Constitutional amendments

1. Introducción

Es un lugar común para gran parte de la teoría jurídica contemporánea y para el constitucionalismo mexicano en particular, hablar de un "cambio de paradigma" en el derecho. Este cambio habría ocurrido en general (aunque de forma gradual) con posterioridad a la segunda guerra mundial y, en el caso de México, específicamente a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y del juicio de amparo de 2011. Parte de este cambio habría sido provocado por la difusión en Europa y Latinoamérica de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.[1] Lo que

[1] Véase FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid, 2003. Vale la pena aclarar que estos rasgos ya se encontraban en algunas constituciones previas a la segunda gran guerra, por ejemplo piénsese en el Tribunal Constitucional austríaco, pero lo que haría que se hable de un cambio de paradigma sería la reunión de estos elementos funcionando

repercutiría en un nuevo modelo de Estado de Derecho en que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales[2] –empatando así el término con la idea moderna de constitucionalismo.[3]

Algunos autores han explicado este nuevo paradigma como consecuencia de un fenómeno de "constitucionalización del ordenamiento jurídico".[4] Según la definición de Guastini, este fenómeno viene a significar un proceso de desarrollo de las instituciones que presenta las siguientes condiciones: 1) rigidez de la Constitución; 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) "sobreinterpretación" de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas. Al tratarse justamente de un "proceso", conforme se vayan satisfaciendo las condiciones de esta lista, mayor será el grado de constitucionalización que se alcanzará, siendo como mínimo necesario que se cumplan las dos primeras condiciones para hablar de "constitucionalización" y llegando el ordenamiento jurídico a hallarse completamente "impregnado" por las normas constitucionales cuando todas estén satisfechas.[5]

---

al mismo tiempo. Esto es subrayado por CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales,* Cevallos, Quito, 2010, p. 30.

[2] FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", *op. cit.,* p. 13. En igual sentido ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* 8a. ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 131 y ss.

[3] SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* IIJ-UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 72. La postura que se describe, pero sobre todo sus consecuencias, atribuida al "neoconstitucionalismo" no es sin embargo inconstestada. No me ocuparé aquí de las críticas, aunque remito a un trabajo propio "Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate" en *Problema* núm. 8, IIJ-UNAM, 2014, pp. 227-306.

[4] Según la expresión de Guastini, por la que entiende "al proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales". GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.,* p. 49.

[5] *Ibidem*, pp. 50 a 57.

Dado que gran parte de la doctrina encuentra en la rigidez constitucional la clave del cambio de paradigma hacia este "nuevo" Estado constitucionalizado, comenzaré analizando este concepto teóricamente, para contrastarlo luego con su realidad en la práctica mexicana.

2. La rigidez constitucional

La idea de rigidez significa que la Constitución goza de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, "en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes".[6] En este sentido explica Guastini: "Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación 'ordinaria', en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes).[7]

Este concepto rescata la definición original de Bryce, según la cual las constituciones rígidas tienen un rango superior al de las leyes ordinarias y por tanto, pueden ser modificadas sólo por un método diferente a aquel por el cual esas leyes son promulgadas o derogadas.[8] Pero es a la vez superador de ésta, en la medida en que analiza la rigidez (y la flexibilidad) como cualidades *graduable*s y

[6] GUASTINI, Riccardo, "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano" en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 30, 2000, pp. 175-194, p. 175. Idea tomada de DICEY, Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* MacMillan, Londres, 1924, pp. 121 y ss.

[7] GUASTINI, R., "La 'constitucionalización'…", *op. cit.,* p. 51.

[8] BRYCE, James, *Studies in History and Jurisprudence,* vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, p. 19. Con sus palabras, el rasgo característico de este tipo de constituciones reside: "in the fact that every constitution belonging to it enjoys an authority superior to the authority of the other laws of the State, and can be changed only by a method different from that whereby those other laws are enacted or repealed", pp. 198-199.

no de todo o nada.[9] Esta idea se vincula estrechamente a la de supremacía constitucional, aunque se pueda distinguir de ella. Veamos.

3. La cuestión de la supremacía

Antes de ahondar en la idea de rigidez, quisiera resaltar que la caracterización citada identifica la rigidez constitucional con la supremacía de la Constitución,[10] pero estas dos cualidades pueden distinguirse. La supremacía constitucional como idea fuerza del constitucionalismo tiene que ver "con la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes".[11] Es cierto que a fin de garantizar la supremacía es posible acudir a las instituciones especiales de reforma y/o a ciertos procedimientos de fiscalización,[12] pero eso no significa confundirla con ellas.

Una forma habitual de realizar la distinción entre rigidez y supremacía es definiendo esta última por la existencia de un proceso especial de reforma. Entonces, si se parte de la aceptación de que rigidez y flexibilidad son cuestiones graduables, se sigue que puede haber supremacía con constituciones flexibles, en tanto y en cuanto se excluya la posibilidad de reformas implícitas a la Constitución (o

[9] GUASTINI, R., "Rigidez constitucional y límites...", *op. cit.,* pp. 178 y ss.

[10] Según Guastini "...una Constitución rígida –y más todavía, se entiende, una Constitución inmodificable– es una fuente que se distingue de todas las demás (en particular de la ley) en virtud de su posición de "supremacía", o sea, en virtud de su posición en la jerarquía de las fuentes", *Ibidem*, pp. 177-178. También Pace, que no comparte la caracterización de la rigidez constitucional por el procedimiento especial de reforma, insiste en que "La superioridad jurídica de la constitución y la rigidez de la misma son las dos caras de la misma moneda", en PACE, Alessandro, "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", en PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 71.

[11] LAPORTA, Francisco, *El Imperio de la Ley. Una visión actual,* Trotta, Madrid, 2007, p. 220.

[12] Como los llama RUIZ MIGUEL, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 8, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 135-154, p. 138.

mediante el criterio cronológico de reforma).[13] En otras palabras, el sólo hecho de que para poder modificar la Constitución sea necesario hacerlo expresamente, aunque el órgano que la modifique sea el mismo que aprueba las leyes y para ello utilice el mismo procedimiento, ya hace que se pueda hablar de supremacía constitucional.[14]

Esta tesis se asienta en la lógica según la cual, del hecho de que se pueda modificar o derogar la Constitución por medio de mayorías simples en el Congreso, no se sigue el que una regulación contradictoria con la misma no se considere una infracción a la Constitución, al menos en tanto esa modificación o derogación constitucional no se realice. Así, el sólo hecho de tener que presentar explícitamente una norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario como norma de reforma constitucional, implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que no tiene la mera violación más o menos inadvertida.[15]

---

[13] OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel, Barcelona, 1987, p. 62 se refiere a las constituciones flexibles como normas superiores "… si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa". En igual sentido FERRERES COMELLA, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 30, nota 2.

[14] Claro está que para algunos autores, las constituciones que permiten ese trámite de reforma son rígidas (en el grado más bajo de rigidez, como las calificaría –entre otros– BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en BETEGÓN, Jerónimo (coord.), *Constitución y derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 288, pues para el autor es rígida toda Constitución que prevé un procedimiento de reforma más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario; por lo que habrían grados de rigidez, mas no de flexibilidad). En este caso supremacía y rigidez se confundirían. Mientras que para otros, estas constituciones son flexibles (en un grado no absoluto, como las califica PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Trotta, Madrid, 2013, p. 164, para quien serán rígidas las constituciones que han de ser reformadas por un sujeto distinto del poder legislativo o cuando éste requiera de una mayoría cualificada y serán flexibles en cambio cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando haya de seguir un procedimiento diferente). Aquí he seguido el criterio según el cual, el carácter expreso del cambio tiene la función de identificar a las normas constitucionales, posibilitando que éstas puedan valer como normas jurídicas supremas y por tanto, no haciendo encuadrable ese procedimiento dentro de la categoría de rigidez. Véase ALAEZ CORRAL, Benito, "Supremacía y rigidez constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 16, núm. 47, mayo-agosto 1996, pp. 373-391, p. 381.

[15] PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos, op. cit.,* p. 166.

Así todo, esta forma de entender la supremacía constitucional, que en el plano procedimental me parece bastante iluminadora, no deja de tener problemas. Podría decirse, por un lado, que para algunos autores peca por *exceso.* En este sentido se critica el criterio de la *especialidad derogatoria* por el hecho de hacer depender la superioridad de una norma de la *gravosidad* para su reforma, cuando pueden preverse procedimientos de reforma diferentes para normas del mismo rango jerárquico o ser esos procedimientos simplemente incomparables.[16] Así la rigidez (el procedimiento) no podría definir la supremacía (el nivel jerárquico).[17]

Pero por otro lado podría, para otros autores, pecar por *defecto.* Así hay quienes, si bien defienden la tesis según la cual rigidez constitucional y jerarquía son cosas distintas, supeditan la supremacía a la verificación de esta y otra condición. Afirman que la superioridad de la Constitución necesita de la rigidez como condición necesaria, pero no suficiente. Lo que se necesita además, es un control de constitucionalidad de las leyes.[18] En esta lógica, la supremacía sería una consecuencia de tener constituciones rígidas y garantizadas con control judicial de constitucionalidad.

No comparto esta última tesis pues, parafraseando a Guastini, se puede decir que una Constitución que no cuenta con una forma de control sobre la conformidad de las leyes a la misma, tiene una supremacía *proclamada* aunque no *garantizada.*[19] Esta situación, en palabras de Nino, correspondería a un problema

[16] RUIZ MIGUEL, A., "El principio de jerarquía normativa", *op. cit.,* p. 140 y ss. En el caso mexicano, por ejemplo, es mucho más gravoso el procedimiento para formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, que para realizar una reforma constitucional. Art. 73 fracción III constitucional.

[17] CABO MARTÍN, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho,* Trotta, Madrid, 2003, p. 57.

[18] VARELA, Joaquín, "Sobre la rigidez constitucional" en PACE, Alessandro y VARELA, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas, op. cit.,* pp. 81-114, esp. p. 113.

[19] GUASTINI, R., "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano", *op. cit.,* p. 181. En el mismo sentido RUIZ MIGUEL, A., "El principio de jerarquía normativa", *op. cit.,* p. 138 nos alerta de no confundir la razón de ser de la jerarquía con sus posibles consecuencias, entre ellas, con la previsión de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. Para afirmarlo nos dice: "No parece dudoso que la Constitución

práctico de escasa eficacia de la Constitución, pero no a uno lógico. Así nos dice: "no es cierto que un sistema que no cuente con un control judicial de constitucionalidad [...] excluya la supremacía de la Constitución. [...] La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aun cuando cuenten con una Constitución suprema".[20]

En cambio sí me parece atinada la primera crítica. Es que si bien estoy de acuerdo en que el establecimiento de procedimientos especiales de reforma, por mínimos que sean, son fundamentales para garantizar la supremacía constitucional, creo que la razón de ser de ésta tiene que ver más con criterios sociopolíticos, es decir con un contexto político-cultural y una opinión pública que la apoya,[21] que con cuestiones meramente jurídico formales o de procedimiento. En otras palabras, si la Constitución es suprema es porque cuenta con la aceptación ético-política desde el punto de vista interno de su superioridad,[22] que es lo mismo que decir que goza de un nivel de eficacia regular.[23] Cuando esa aceptación o

---

de los Estados Unidos habría seguido siendo la norma superior aunque no se hubiera resuelto como se resolvió el caso *Marbury vs. Madison:* aun suponiendo que esa sentencia y las que la secundaron no hubieran existido, no sería en absoluto forzoso, sino más bien inaceptable, identificar la posición jurídica del legislador estadounidense, limitado por la Constitución, con la del ilimitado legislador británico", p. 139.

[20] NINO, Carlos Santiago, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates,* núm. 29, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 107.

[21] PACE, A., "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", *op. cit.*, p. 63. De hecho se puede pensar como ejemplo de Constitución suprema que no cuenta con un procedimiento especial de reforma, a la británica. Si es que claro, aceptamos que este país tenga Constitución, aunque sea no escrita.

[22] En especial referencia a Hart. A lo que Guastini llama punto de vista normativo. GUASTINI, R., "Normas Supremas", *Doxa*, núm. 17-18, 1995, p. 268.

[23] RUIZ MIGUEL, A., "El principio de jerarquía normativa", *op. cit.*, p. 150. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos, op. cit.*, p. 157. En un sentido similar CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa* núm. 30, 2007, pp. 73-77, dice: "...lo que verdaderamente determina la pervivencia de la autoridad reconocida como soberana en cada comunidad es una cuestión de hecho, una práctica social colectiva en la que lo importante será que esa autoridad suprema continúe siendo reconocida como tal por todos aquellos agentes que se encuentran implicados en la obediencia y aplicación de sus normas". Y específicamente con respecto a la Constitución, que "... su pervivencia nunca podrá ser asegurada por ella misma ya que dependerá en todo momento de esa práctica colectiva" (p. 77).

eficacia se pone en duda profundamente o se rompe, por más que la misma Constitución se autoproclame suprema, disponga de procedimientos de reforma rígidos y cuente con otras garantías, pierde su lugar de suprema y con ello su normatividad.[24]

Ahora bien, en los Estados democráticos de derecho esa eficacia no se puede reducir al mero acatamiento sin más. Para considerar que la Constitución es suprema, a mi criterio, se necesita contar con cierto grado de adhesión de la comunidad política a la misma,[25] la que se mide mediante la verificación de procesos de deliberación robustos tanto en los momentos de su fiscalización como en los que se ponen en marcha los mecanismos de reforma, en su caso, de rigidez.[26] El garantizar entonces esos procesos sustanciales de deliberación, viene a ser el fin de los procedimientos especiales de reforma y no el obstaculi-

[24] Quisiera explicar el por qué sostengo la conclusión expuesta en el texto. En primer lugar porque salvo que estemos hablando de constituciones "pétreas" o con rigidez absoluta, las constituciones pueden modificarse (con procedimientos especiales) y seguir manteniendo su supremacía. Es decir, que el resultado de la "modificabilidad" de la Constitución, no pone en cuestión su supremacía, sino más bien la garantiza. Esta tesis es sostenida expresamente por CABO MARTÍN, C., *La reforma constitucional, op. cit.*, p. 89 y ss. Tal es así que, por el contrario, las constituciones que corren riesgo de perder su lugar supremo son aquellas absolutamente inmodificables ante eventuales tensiones sociales o crisis políticas. Véase PACE, A., "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", *op. cit.,* p. 20. En segundo lugar, como forma de corroborar lo anterior, hay que considerar el punto de vista empírico o histórico. Como bien señala Pace –aunque para sostener una tesis diferente– "… la pérdida de normatividad de las constituciones del siglo pasado era el resultado de un contexto político-cultural orientado primordialmente a exaltar la certeza de la ley ordinaria…", etc. (*Ibidem,* pp. 70-71) y no consecuencia de la falta de previsión de su rigidez.

[25] Es decir, una adhesión a los supuestos fundamentales de la democracia, de los derechos y libertades; lo que no significa a una formulación determinada o cerrada de estos.

[26] Que no es más que un mecanismo posible para proteger el cumplimiento de la Constitución suprema, su subsistencia o estabilidad, entre otros. CABO MARTÍN, C., *La reforma constitucional, op. cit.,* p. 55. Esta particularidad de los Estados democráticos se puede confirmar reparando en los sistemas autoritarios. Así es ilustrativo el siguiente pasaje comparativo: "Judicious proposals to amend constitutional provisions in a way that would enhance rather than diminish constitutional discipline would be evidence of fealty to the constitutional system, whereas hasty, frequent, or indiscriminate use of amendment procedures may conceal attempts at usurping power. In the former case, we would expect to see diligent weighing of the wording of particular constitutional provisions by political actors, and widespread public debate about the merits of proposed amendments. In my account, such constitutional engagement would constitute evidence that a political community, that is to say, current and aspiring office-holders as well as citizens and civil society institutions, takes its constitution seriously". ISIKSEL, Turkuler, "Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, núm. 3, pp. 702-726, p. 704.

zarlos o impedirlos petrificando una formulación constitucional específica, ciega al cambio social.[27]

Así, podemos compartir con de Cabo Martín que, además del servicio a la estabilidad, el procedimiento de reforma (agrego, en tanto deliberativo, participativo y democrático) realiza "una doble función de legitimación: una legitimación política respecto de la prosecución de fines o defensa de opciones no constitucionales (en cuanto no se puede reprimir la persecución de fines como ciudadanos cuando esos mismos fines podrían imponerse como Poder constituyente) y una legitimación jurídica en cuanto que la observación del procedimiento convierte en correcta, desde el punto de vista positivo, la reforma constitucional…"[28]

Recapitulando, considero importante distinguir rigidez de supremacía constitucional. Realizar esta distinción permite poder evaluar críticamente la institución de rigidez sin comprometer el sistema de jerarquía normativa. Además, una definición de supremacía constitucional como la propuesta, es decir no ligada exclusivamente al procedimiento para su reforma sino al grado de adhesión/aceptación ético política que encuentra (medida –como se dijo– en términos procedimentales) permite evaluar el funcionamiento del sistema constitucional como un todo, considerando también el punto de vista democrático.

4. Tipos de rigidez y justificaciones

Volvamos ahora a concentrarnos en los grados de rigidez o flexibilidad para poder luego pensar el sistema mexicano. Es en las disposiciones de reforma donde se hospeda la mayor o menor rigidez de las constituciones, desde un punto de vista

[27] Y en muchos casos protectora del *status quo*. Un riesgo que se corre claramente con las Constituciones rígidas, como bien advertía ya Bryce en su obra de referencia.

[28] CABO MARTÍN, C., *La reforma constitucional*, *op. cit.*, pp. 57-58.

jurídico-formal.[29] Así, siguiendo a Ferreres, podemos enumerar los siguientes factores a tener en cuenta:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformarse la Constitución. Así, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma, puede ser un factor de rigidez.[30] En segundo lugar, el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Por último, si se exige o no la participación del pueblo en el proceso.[31] De allí podemos decir que las distintas combinaciones de esos requisitos, hacen que se produzcan distintos grados de rigidez y que a mayor cantidad de requisitos, mayor rigidez.

Comenzando por el extremo más rígido,[32] podemos decir en abstracto que (1) hay constituciones que directamente prohíben su modificación o reforma, llamándoseles Constituciones "petrificadas". En éstas, los preceptos constitucionales se declaran intangibles.[33] En segundo lugar, y con más frecuencia, encontramos (2) constituciones que si bien pueden modificarse, contienen algunas cláusulas de intangibilidad, haciendo a las constituciones "rigidísimas".[34] Existe discusión en torno a la posibilidad de considerar a ciertas disposiciones cons-

[29] LAPORTA, F., *El imperio de la ley, op. cit.,* p. 224; FERRERES, V., "Una defensa de la rigidez constitucional", *op. cit.,* p. 32.

[30] Claramente lo es en los sistemas mexicano y estadunidense, puesto que para modificar la Constitución se requiere, además del consentimiento del Congreso Federal, el de los legisladores de la mayoría o de las 3/4 partes de los Estados, respectivamente. En cambio, no por ejemplo en Argentina, que es un país federal con una Constitución originalmente muy similar a la norteamericana, ni en los países federales de la Unión Europea.

[31] *Ibidem,* p. 31. Cabe decir que estos factores de rigidez ya habían sido identificados por Bryce en su trabajo original. Véase BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence, op. cit.,* pp. 210-213.

[32] En realidad no puede decirse a ciencia cierta que determinados mecanismos de reforma hagan a una constitución más rígida que otra, sobre todo porque solemos encontrarlos combinados. Además y como vimos, el grado de rigidez también tiene que ver con un contexto socio-cultural y otros elementos. Por lo que esta enumeración es sólo orientativa.

[33] LAPORTA, F., *El imperio de la ley, op. cit.,* p. 225.

[34] GUASTINI, R., "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano", *op. cit.*, p. 176. Un ejemplo lo encontramos en la cláusula 139 de la constitución italiana, que dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana; o el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental alemana que no permite ninguna modificación a la organización de la federación en Länder y su participación en la legislación,

titucionales como pétreas implícitamente.[35] La idea de fondo es proteger principios considerados irrenunciables. Así de hecho lo ha considerado la Corte Constitucional italiana,[36] aunque considero que dicha posibilidad es una cuestión que tendrá que ver con la aceptación que ese tipo de decisiones despierte. Retomando el fenómeno de constitucionalización descrito por Guastini, éste se considera más acentuado en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales existen principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.[37]

En tercer lugar encontramos (3) constituciones que, si bien pueden modificarse, requieren para ello del concurso de distintos órganos o autoridades, incluso pudiendo ser alguna de ellas no elegida democráticamente.[38] Otra forma de rigidez elevada se puede conseguir con (4) el requisito del consentimiento de mayorías cualificadas (o supermayorías) para la reforma, que es lo más habitual.[39]

Otros tipos de rigidez se pueden establecer mediante la previsión de las llamadas (5) cláusulas de enfriamiento, que pueden ser de dos clases: (5.1) temporales, es decir, aquellas que obligan a posponer y reiterar la decisión en el tiempo y (5.2) orgánicas, que obligan a replantear electoralmente la composición del

---

la protección de la dignidad humana y el respeto por los derechos fundamentales y los fundamentos del orden estatal y derecho de resistencia (artículos 1 a 20).

[35] Una defensa de esta posibilidad en VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985.

[36] Guastini cita las sentencias de la Corte constitucional italiana 1146/1988, 183/1973 y 179/1984 en las que se declaran los 'derechos inviolables de la persona humana' como absolutamente sustraídos a la reforma constitucional. GUASTINI, R., "Rigidez constitucional y límites a la reforma...", *op. cit.,* p. 187, nota al pie núm. 39.

[37] GUASTINI, R., "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *op. cit.,* p. 51. Y agrega: "El conjunto de los principios 'inmutables' es lo que algunos llaman la 'Constitución material' (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).

[38] LAPORTA, F., *El imperio de la ley, op. cit.,* p. 225, toma como ejemplo algunas constituciones decimonónicas que requerían el acuerdo del rey para su modificación.

[39] Este es el caso mexicano, que requiere una aprobación de las 2/3 partes de los miembros presentes en el Congreso de la Unión. Más gravoso es exigir mayorías calificadas computadas sobre la totalidad de los miembros.

órgano decisorio, lo cual también dilata la decisión en el tiempo.[40] Estas cláusulas pueden exigir que la decisión del órgano se tome por mayoría simple o también, por mayoría agravada. Finalmente encontramos constituciones que exigen (6) la manifestación del pueblo en *referéndum* para la aprobación de la modificación o reforma constitucional.[41]

Por último podemos referirnos a constituciones con baja rigidez o con flexibilidad (no absoluta) que prevén (7) su reforma mediante la mera decisión del poder legislativo por mayoría simple, y cuyo único requisito es que se realice mediante ley especialmente identificada como ley de reforma constitucional.[42]

Es importante destacar que una consecuencia de la rigidez, como reaseguro de la supremacía constitucional, es que "la conformidad con las normas constitucionales es condición necesaria de validez de la ley", es decir que, si la ley es formalmente disconforme o materialmente incompatible con la Constitución, esa ley es constitucionalmente ilegítima y por tanto, puede invalidarse.[43] En este sentido, algunos consideran que la rigidez constitucional es un mecanismo que impone límites sobre aquello que los poderes públicos pueden decidir.[44]

Esto ha generado desde los inicios del constitucionalismo, la acusación de que la rigidez entra en tensión con la democracia.[45] Como explica Laporta, si se

[40] LAPORTA, F., *El imperio de la ley, op. cit.,* p. 225, nota 11. Según cita el autor, el mecanismo bicameral parece ser el origen de la expresión.

[41] Véase también ELSTER, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 124 y ss.

[42] Como indiqué *supra,* hay quienes consideran este mecanismo como un mecanismo de rigidez y quienes en cambio lo ven como parte de una Constitución flexible.

[43] GUASTINI, R., "Rigidez constitucional y límites…", *op. cit.,* p.181. Vale aclarar que en ciertos sistemas de control constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la norma inferior no necesariamente conlleva su invalidez.

[44] MARTÍ, Jose Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia,* Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 288.

[45] Aludo a las advertencias que ya formulaba Jefferson sobre el poder de vinculación que, mediante la prevalencia de las decisiones tomadas por una generación precedente en la Constitución, tendrían los muertos sobre los vivos, cosa que consideraba inaceptable. En igual modo Paine decía que: "cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, *en todos los casos,* como las edades y generaciones que la prece-

supone que el órgano legislativo representa fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que toma sus decisiones mediante la regla de la mayoría, ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional rígido que limite sus competencias?[46] Mencionaré estas justificaciones *infra.* Por ahora baste con adelantar que la rigidez no es necesariamente un problema para la democracia.[47]

De los tipos de rigidez que vimos, solo algunos de ellos chocan con la objeción democrática. Así los tipos enumerados del 1 al 4, es decir, las constituciones pétreas o con cláusulas de intangibilidad,[48] las que requieren del concurso de autoridades no elegidas democráticamente o que prevén mayorías agravadas para su reforma, pueden clasificarse como contramayoritarias. Mientras que el resto, recordemos, las cláusulas de enfriamiento de cualquier clase –en tanto no se acompañen de mayorías agravadas–, el *referéndum* popular o la reforma constitucional por mayoría simple mediante ley expresa son mecanismos no contra-mayoritarios que, si bien se distinguen del procedimiento legislativo ordinario por hacerlo más exigente y en esa medida, garantizan la supremacía constitucional, no comprometen la voluntad democrática, sino que buscan hacerla más consciente o deliberada.

Ahora bien, son muchas las justificaciones que se han formulado para mantener a las constituciones lejos del alcance de las mayorías coyunturales mediante

dieron", PAINE, Thomas, "The rights of man" en Foner Phillip (comp.), *The Life and Major Writings of Thomas Paine,* Citadel, Nueva York, 1961, p. 251, citado por Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia" en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 217-262, p. 222.

[46] LAPORTA, F., *El imperio de la ley, op. cit.,* p. 221.

[47] En otras palabras, "no existe una correlación directa entre rigidez y menos respeto por la soberanía popular, ni a la inversa, entre flexibilidad y mayor respeto por ella". MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa, op. cit.,* p. 293. Aunque lógicamente soberanía popular y democracia no son términos equivalentes. Sobre el punto véase WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos,* Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 306.

[48] Las que ni siquiera cumplen con el fin de garantizar la supremacía constitucional, según se vio, entendida como adhesión democrática a la misma, verificada mediante la deliberación y eventual ratificación o cambio de sus contenidos o entendimientos.

procedimientos de rigidez. Por empezar se invocan los valores básicos de estabilidad y seguridad jurídica, seguidos de la diferenciación entre distintas voluntades: la del pueblo en caso de la Constitución (soberana), la de sus representantes (los gobernantes) en caso de las leyes ordinarias,[49] hasta justificaciones más complejas relacionadas con la necesidad de establecer pautas para la deliberación democrática, como la de los mecanismos de autocensura estratégica como la "ley mordaza",[50] la estrategia del precompromiso[51] y la de las precondiciones de la democracia.[52]

De estas justificaciones mucho se ha escrito ya y es cierto que no todas son igualmente plausibles ni aplicables a todo contenido constitucional. Sólo diré que las que apelan tanto a la estrategia del precompromiso como a las precondiciones de la democracia se condicen con la finalidad de fortalecer la deliberación democrática que tiene la rigidez (en tanto procedimiento especial de revisión), sin juzgar sobre el contenido de las cláusulas constitucionales. Por lo demás, una y otra justificación pueden resultar más o menos democráticas, según el tipo de rigidez que propicien.

5. El procedimiento para la reforma constitucional en México

El funcionamiento democrático de un Estado, el control al poder y el respeto a los derechos puede volverse irrisorio sin ciertas "reglas del juego" claras y

[49] Esto es patente en la reciente ola de reformas constitucionales ocurrida en Latinoamérica, que han encontrado en la voluntad soberana del pueblo el fundamento de legitimidad de sus nuevas constituciones, rígidas.

[50] Véase HOLMES, Stephen, "Las reglas mordaza o la política de omisión" en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp.49-88.

[51] ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

[52] Véase MARTÍ, J., *La república deliberativa, op. cit.,* p. 288 y ss., HOLMES, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", o NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa,* Gedisa, Barcelona, 1997, p. 275.

prestablecidas. Podríamos aceptar que una Constitución suprema tiene como función principal establecer esas reglas, que podríamos llamar también constitutivas para lograr el autogobierno.[53] Como anticipé *supra,* se ha vinculado dicha supremacía a dos tipos de garantías, la rigidez constitucional y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, ambas presentes en la Constitución mexicana, pero notoriamente insuficientes en vistas a la función aludida.

Digo insuficientes pues, si reparamos en el número y la frecuencia con que se han realizado reformas a la Constitución mexicana, podremos darnos cuenta que las "reglas del juego" no alcanzan a regir el funcionamiento democrático y no logran asentar una práctica ante el permanente cambio. Ello hace que se pierda la base para considerar a la Constitución suprema.

Si se acepta, como propuse, considerar el concepto de supremacía de modo independiente y distinto al de sus garantías, basándolo en criterios relacionados con el contexto político cultural y la opinión pública de la comunidad en que la Constitución opera, una crítica al procedimiento de rigidez constitucional mexicano se torna urgente. Así, se dijo, podremos hablar de la Constitución como suprema si cuenta con un nivel de eficacia regular y con la adhesión de la comunidad política. Adhesión que se refleja en la verificación de procesos de deliberación robustos tanto en los momentos en que se disputa la constitucionalidad de una norma o actuación, como en los que se pretende reformar la Constitución.

Mi hipótesis es que la supremacía de la Constitución mexicana se encuentra fuertemente comprometida. Claramente la multiplicidad de reformas a la que se ha sometido la Constitución de 1917 hacen por un lado imposible la deliberación robusta que requerirían para lograr apoyo social (conciencia sobre la

[53] HOLMES, S., "El precompromiso y la paradoja de la democracia", *op. cit.*

necesidad de las reformas y los argumentos que apoyan un sentido determinado de las mismas) y, como consecuencia, hacen imposible también el conocimiento de la propia carta magna por la ciudadanía, así como la adhesión y el respeto a la misma. Aunado a este problema se puede considerar la imposibilidad de sistematizar una interpretación constitucional integral. Por otro lado, generan dudas fundadas sobre la eficacia de la Constitución como mecanismo de control del poder, pues cada gobierno en funciones logra acomodar la Constitución a su propio proyecto político,[54] modificando las reglas de juego a su favor e impidiendo continuidades en cuestiones estructurales.

Para evitar esto y apuntalar la tan necesaria supremacía constitucional, habría que empezar por modificar el sistema de reformas constitucionales, otorgando prioridad al fortalecimiento de los procesos deliberativos y generando incentivos para la duración y estabilidad de la Constitución.[55] En este sentido se puede pensar en modificar el actual sistema de mayorías agravadas y participación de las Entidades Federadas (art. 135 constitucional) y reemplazarlo por un procedimiento que:

a) contenga cláusulas de enfriamiento orgánicas. Es decir, se puede idear un sistema rígido que ceda ante una declaración de necesidad de la reforma constitucional por mayorías simples en ambas cámaras del Congreso de la Unión y que obligue a esperar a la próxima conformación del Congreso para que ésta, como primera acción legislativa, resuelva

[54] Desde 1921 (primera modificación a la Constitución de 1917) hasta 2015 se contabilizaban 618 cambios a través de 220 decretos de reforma constitucional. Véase FIX FIERRO, Hector y VALADÉS, Diego, "Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio Introductorio", IIJ-UNAM, México, 2015. El ritmo de las reformas (es decir, el número y frecuencia de las enmiendas o adiciones a la Constitución) además se ha ido incrementando en los últimos tiempos, especialmente a partir de 1997. Véase CASAR, María Amparo y MARVÁN, Ignacio, "Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012", Documento de trabajo núm. 247, CIDE, México, 2012.

[55] Véase sobre el punto ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON, James, *The Endurance of National Constitutions,* Cambridge University Press, Nueva York, 2009.

dichas propuestas y únicamente esas. Finalmente se puede someter la reforma a *referéndum* popular en cada Entidad Federada. Si ganara el sí de la reforma en más de la mitad de los Estados, la reforma se aprobaría.

b) Otro sistema de rigidez podría consistir en, una vez declarada la necesidad de la reforma por el Congreso por mayoría simple, se llamara a votar por una Asamblea constituyente. Se puede prescindir del *referéndum* (de considerarse muy onerosa una segunda votación) sólo en caso de que dicha Asamblea cuente con representación de todos los Estados Federados. Así, la Asamblea aprobará (o no) las reformas por mayoría simple en un plazo determinado previamente.

Sea cual sea el procedimiento que se adopte, es fundamental permitir expresamente el control judicial de constitucionalidad del mismo en sentido formal (y únicamente en este sentido), es decir, se debe poder controlar el cumplimiento cabal del procedimiento mas no así el contenido de las reformas. Con esto se garantiza un procedimiento democrático (sin objeciones contramayoritarias), pero también deliberativo. A su vez, se pondría algún freno al uso de la reforma constitucional como mecanismo de política ordinaria y se acrecentarían considerablemente los debates públicos en torno a su necesidad y alcances.

El hecho de que la Constitución tuviera mayor estabilidad, facilitaría la adhesión de las personas por dos motivos, que son la contracara de los problemas más arriba apuntados: por un lado, al involucrarse a la ciudadanía en el procedimiento de reforma (sea a través de la elección de la Asamblea, la aprobación por *referéndum*, o la elección de los representantes de la "segunda" legislatura que deberán tomar la decisión al respecto) se incrementaría el nivel de conocimiento sobre la Constitución y sobre las razones subyacentes a su normativa y a las de las eventuales reformas. Esa participación levantaría los niveles de legitimidad

de la propia Constitución; a la vez que generaría una cultura constitucional más robusta, reflejada en líneas jurisprudenciales más claras y transparentes. Esto último pues la Corte no vería modificado permanentemente el cuerpo normativo sobre el que decide, con repercusiones para cualquier interpretación integral y tendría que enfrentar a la opinión pública en caso de modificación de dicha interpretación sin sustento en una reforma constitucional.

Por otro lado, al estabilizarse la Constitución se generaría una idea de sujeción del poder a la misma, que ya no podría cambiarla cada vez que encuentra en ella un obstáculo para su accionar, sino que debería someterse a ella y en todo caso, hacer un esfuerzo de fundamentación elevado para proponer y eventualmente alcanzar su reforma.

6. A modo de conclusión

Después de cien años de existencia de la Constitución mexicana aún no se puede hablar propiamente de "constitucionalismo" pues no se ha logrado la indispensable supremacía de la Carta magna.

Los detentadores del poder se han olvidado de la necesaria adhesión del pueblo para poder realizar el proyecto político democrático que la Constitución de 1917 abrazaba. Hasta que no se ponga la atención allí, en la ciudadanía que conforma la base social de la Constitución, y se organicen las instituciones con el objeto de empoderarla, se seguirá viviendo este *seudoconstitucionalismo,*[56] ineficiente e impredecible.

[56] Según la expresión de LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 13a. ed., Colofón S.A, México, 2002.

7. Bibliografía

ALAEZ CORRAL, Benito, "Supremacía y rigidez constitucionales". (A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas,* de Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo), *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 16, núm. 47, mayo-agosto 1996, pp. 373-391.

ALTERIO, Ana Micaela, "Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate" en *Problema* núm. 8, IIJ- UNAM, 2014.

BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Jerónimo Betegón (coord.), *Constitución y derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BRYCE, James, *Studies in history and jurisprudence,* vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901.

CABO MARTÍN, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho,* Trotta, Madrid, 2003.

CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales,* Cevallos, Quito, 2010.

CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa* núm. 30, 2007, pp. 73-77.

CASAR, María Amparo y MARVÁN, Ignacio, "Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2012", Documento de trabajo, CIDE, 2012

DICEY, A. V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* MacMillan, Londres, 1924.

ELKINS, Z, GINSBURG, T. y MELTON, J., *The endurance of Constitutions,* CUP, 2009.

ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995

_____, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho" en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Trotta, Madrid, 2003.

FERRERES, Victor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000.

FIX FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego, "Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio Introductorio", IIJ-UNAM, 2015

GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* Trotta, Madrid, 2003.

_____, "Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano" en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 30, año 2000, pp. 175-194.

_____, "Normas Supremas", *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 257-270.

HOLMES, Stephen, "Las reglas mordaza o la política de omisión" en Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia,* Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999, pp.49-88.

_____, "El precompromiso y la paradoja de la democracia" en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia,* Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999, pp. 217-262.

ISIKSEL, Turkuler "Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law,* vol. 11, núm. 3, pp. 702-726.

LAPORTA, Francisco, *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, Madrid, 2007.

LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es una constitución?, 13a. ed.,Colofón S.A, México, 2002.

MARTÍ, Jose Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia.* Marcial Pons, Madrid, 2006.

NINO, Carlos Santiago, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates,* núm. 29, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.

_____, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel, Barcelona, 1987.

PACE, Alessandro, "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Trotta, Madrid, 2013.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 8, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 135-154.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* I IJ- UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

VARELA, Joaquín, "Sobre la rigidez constitucional" en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos*, *justicia,* 8a. ed, Trotta, Madrid, 2008.

EL DERECHO A TRABAJAR EN LA CALLE: ESPACIO PÚBLICO Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

*THE RIGHT TO WORK ON THE STREET: PUBLIC SPACE AND CONSTITUTIONAL RIGHTS**

Rodrigo Meneses Reyes**
José A. Caballero Juárez***

Resumen

¿Las personas tienen derecho a trabajar en la calle? De ser así, ¿cuáles son las limitaciones y las condiciones atadas a este derecho? Históricamente, las autoridades municipales han intentado diversas formas para regular, o incluso prohibir el comercio en las calles, implementando disposiciones de carácter administrativo y penal; pero hasta ahora, ninguno de estos ha demostrado ser exitoso. De hecho, en algunas ocasiones estos intentos han sido contraproducentes. Las impugnaciones de inconstitucionalidad de los ordenamientos municipales han allanado el camino para la incorporación de

* Esta es una versión traducida al español y ligeramente modificada de: Meneses, R., y Caballero, J. (2013). "The Right to Work on the Street: Public Space and Constitutional Rights." *Planning Theory*. DOI: 10.1177/1473095213503967.

** Es director y Profesor titular en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), en la Ciudad de México. Se especializa en regulación urbana y actividades de comercio ambulanteGrado académico, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México.

*** Es profesor titular en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), en la Ciudad de México. Se especializa en instituciones judiciales y derechos constitucionales.

normas municipales fundadas en el derecho a trabajar en las calles. Este artículo busca comprender y explicar cómo el acto de instalar un puesto ambulante de madera o metal en la vía pública contribuye al desarrollo de un régimen reglamentario que administra el derecho a trabajar en el espacio urbano. Asimismo, demuestra cómo estas soluciones han sido amenazadas por la práctica del litigio y transformadas por doctrinas constitucionales recientes que reconocen el derecho a trabajar en las calles. Los tribunales constitucionales en México, Colombia y la India han abordado conflictos entre el derecho de los vendedores ambulantes para trabajar en la vía pública y los ordenamientos municipales que buscan limitar el comercio ambulante. De esta manera, nuestro objetivo es analizar la forma en que la capacidad municipal para legislar, controlar y regular el espacio público ha sido impugnada y limitada debido al reclamo de los vendedores ambulantes para ejercer su derecho a trabajar en estos países. Esto ayudará a explicar cómo los tribunales constitucionales realmente representan la gobernanza urbana.

Palabras clave: Tribunales constitucionales, países en vías de desarrollo, derecho a trabajar, comercio ambulante.

Abstract

Do people have a right to work on the street? If so, what are the constraints and conditions attached to this right? Historically, municipal authorities have tried several ways to regulate or even prohibit commerce on the streets, by implementing administrative regulation and criminal laws, but neither has proven successful thus far. In fact, in some cases, these attempts have backfired. Constitutional challenges to municipal regulations have paved the way for the incorporation of municipal regulations based on a right to work on the streets. This article seeks to understand and explain how the act of placing a wooden or metal stall over a public space contributes to the development of a regulatory regime that administrates the right to work in an urban space. It further shows how these solutions have been jeopardized by litigation and transformed by recent constitutional doctrines that recognize the right to work on streets. Constitutional courts in Mexico, Colombia, and India have addressed the struggles between the street vendors' ability to work on public thoroughfare and the municipal regulations that seek to limit street trading. As such, our aim is to analyze the way in which the municipal capacity to legislate, control, and regulate public space has been challenged and constrained

by street vendors' invocation of their right to work in these countries. This will help explain how constitutional courts do actually represent urban governance.

Keywords: Constitutional Courts, Developing Countries, Right to work, Street vending

1. Introducción

Las prácticas sociales urbanas que habitualmente son calificadas como ilegales o informales, son analizadas frecuentemente desde tres puntos de vista. Por un lado, hay una opinión legalista que "hace uso de la letra de 'la ley' para condenar aquellas prácticas y coloca a la ley por encima de cualquier otra consideración".[1] El uso de ordenamientos penales es favorecido por este punto de vista, como medio para disuadir prácticas urbanas indeseadas. Por otro lado, hay una opinión regulatoria que pone énfasis en las reglas y técnicas legales que permiten que estas prácticas sucedan, minimizando sus (supuestos) efectos negativos.[2] Finalmente, existe una perspectiva crítica que alega observar a la "informalidad" como un mecanismo de administración y control territorial, donde la ley no es más que un conjunto de normas "confusas, intrincadas y, en ocasiones, contradictorias y difíciles de ejecutar".[3] El caso del comercio ambulante[4] es un ejemplo de una actividad en la que estas tres perspectivas pueden ser aplicadas.

[1] AZUELA, Azuela, "Illegal Logging and Local Democracy: Between Communitarianism and Legal Fetishism", *Ambiente & Sociedade*, vol. 9, núm. 1, Campinas ene-jun, 2006, pp. 82. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2006000100001.

[2] Véase DELANEY, David, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations,* Routledge-Cavendish, Nueva York, 2010.

[3] Véase DEVLIN, Ryan Thomas, "An Area that Governs Itself": Informality, Uncertainty and the Management of Street Vending in New York City", *Planning Theory*, vol. 10, núm. 1, pp. 53-65.

[4] Es complicado definir a los vendedores ambulantes como un grupo social homogéneo. "El comercio ambulante es un fenómeno global. En ciudades y poblados alrededor del mundo, millones de personas se ganan la vida, total o parcialmente, vendiendo una gama amplia de bienes en las calles, banquetas y otros espacios públicos" (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2002). Sin embargo, de acuerdo con la delimitación del presente artículo, el término "vendedores ambulantes" será utilizado indistintamente con "comerciante ambulante" y "vendedor callejero", para referirnos a aquellas personas que se ganan la vida en la vía pública. Para una discusión más detallada acerca de cómo definir a los vendedores ambulantes, ver OIT (2002)

Los vendedores ambulantes son parte integral de las economías urbanas, particularmente en el hemisferio sur. A pesar de esto, "el punto de vista usual en los discursos gubernamentales, en la opinión pública, en las actividades policiacas y en las reflexiones teóricas, tiene como premisa el razonamiento legalista que asume que el comercio ambulante es completamente contrario a la ley".[5] De acuerdo con la perspectiva legalista, la ley debería ser aplicada por un gobierno municipal fuerte, en contra de aquellos que hacen mal uso del espacio común reservado para caminar y manejar. Por el contrario, la perspectiva reglamentaria no necesariamente pretende "aniquilar"[6] las actividades de comercio ambulante, sino integrarlas en un lugar en particular. Por último, avances recientes en la teoría de la planificación han abogado por un enfoque distinto en el que el comercio informal sea incorporado dentro de las necesidades de planeación de un paisaje urbano en particular.[7]

Podría argumentarse que la perspectiva regulatoria está más inclinada a favorecer la diversidad cultural que la perspectiva legalista,[8] o que las estrategias regulatorias han sido más dominantes que las legalistas, en el sentido que han contribuido a que el acto del comercio ambulante sea considerado como un objeto de vigilancia, control, reubicación, multas y arresto. Adicionalmente, es posible argumentar que en la práctica, "el derecho formal no actúa como un modelo que provee estructura a la actividad social y forma territorial."[9] No obstante, sostenemos que la mayoría de los académicos del urbanismo han pasado por alto la diferencia que los derechos constitucionales pueden generar dentro de estos tres planteamientos.

---

[5] MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of Place, Still in Motion: Shaping Immobility/Mobility Through Urban Regulation", *Social & Legal Studies,* vol. 22, núm. 3, pp. 335-356.

[6] *Cfr.* MITCHELL, Don, *The Right to the City: Social Justice and the Fight for Public Space,* Guilford, Nueva York, 2003.

[7] DEVLIN, R. T., "'An area that governs itself…", *art. cit.*

[8] Véase, VALVERDE, Mariana, "The Ethic of Diversity: Local Law and the Negotiation of Urban Norms", *Law & Social Inquiry*, vol. 33, núm. 4, diciembre 2008, pp. 895-923.

[9] DEVLIN, R. T., "'An area that governs itself…", *art. cit*., p. 54.

Tal y como se ha reconocido en un estudio reciente, el paisaje urbano que estos planteamientos tienden a elaborar es uno que, en apariencia, está menos enfocado en los derechos y más en el reflejo del poder que los distintos actores puedan ejercer sobre las calles.[10] Además, dentro de este contexto, las actividades del comercio ambulante son conceptualizadas para ser "instancias de la población urbana desfavorecida, bajo condiciones de extrema desigualdad, produciendo lo urbano de forma tal que les permite sobrevivir día a día en la ciudad, aun cuando estas estrategias de supervivencia violen las leyes locales que regulan el espacio urbano."[11] Sin embargo, las actividades de comercio ambulante también representan una manifestación diaria de un derecho particular dentro del paisaje urbano: el derecho a trabajar.

Las calles, y específicamente las banquetas, son espacios públicos donde las relaciones sociales y los derechos fundamentales son constantemente cuestionados y (re)definidos.[12] De este modo, al analizar las formas como las personas ocupan un lugar en las calles, podemos aprender de qué maneras los derechos de las personas van tomando lugar. Las funciones que asignamos a un espacio público por lo general descansan en derechos individuales, tales como, de acuerdo con Benjamin Davy,[13]

> El derecho de caminar en la calle y de sentarse debajo de un poste de luz, el derecho de proteger la propiedad privada con muros, el derecho de arrendar un espacio a comercios exclusivos, el derecho de vender y comprar bienes en lugares públicos.

La territorialidad de las actividades de comercio ambulante también involucra una relación conflictiva entre distintos derechos: el derecho de caminar y pasar

[10] *Ibidem*.

[11] DEVLIN, Ryan y PORTER, Libby, "Informal Urbanism in the USA: New Challenges for Theory and Practice", *Planning Theory and Practice,* vol. 1, núm. 1, marzo 2011, p. 145.

[12] *Cfr.,* MITCHELL, D., The Right to the City…, *op. cit.*; STAEHELI, Lynn y MITCHELL, Don, *The People's Property: Power, Politics, and the Public*, Routledge, Nueva York, 2010.

[13] DAVY, Benjamin, "The Poor and the Land: Poverty, Property, Planning", *The Town Planning Review,* vol. 80, núm. 3, 2009, p. 230.

libremente,[14] el derecho de trabajar,[15] o en términos generales, el derecho de tener acceso y de utilizar el espacio público.

En consecuencia, a pesar de que la mayoría de los investigadores sociales han caracterizado a las leyes que regulan las actividades del comercio ambulante, como un conjunto de estrategias regulatorias diseñadas para desplazar, controlar, excluir o contener la presencia física y el movimiento de la población urbana desfavorecida dentro de espacios específicos en la práctica,[16] la reglamentación de las actividades del comercio ambulante también ha constituido un debate continuo acerca de quién tiene el derecho de trabajar en la ciudad y bajo qué condiciones puede tomar lugar este derecho.

Como lo hemos ilustrado, en distintos países, los tribunales constitucionales han decidido que la población urbana más desfavorecida tiene el derecho a trabajar en las calles, bajo ciertas circunstancias. Estas resoluciones judiciales han motivado a las autoridades urbanas a desarrollar un marco normativo más comprensivo, a fin de incorporar el ejercicio diario del derecho a trabajar en la vía pública. Al incorporar derechos en las medidas reglamentarias, las autoridades urbanas no pueden desconocer por completo los derechos de las personas, sino únicamente administrar su ejercicio en un determinado espacio, moldeando

[14] BLOMLEY, Nicholas, "How to Turn a Beggar into a Bus Stop: Law, Traffic and the 'Function of the Place'", *Urban Studies,* vol. 44, núm. 9, 2007, pp. 1697-1712.

[15] MENESES-REYES, R., "Out of Place, Still in Motion…", *art. cit.*

[16] Véase, BROMLEY, Ray, "Street Vending and Public Policy. A Global Review", *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 20, núm. 1/2, pp. 1-28; CROSS, John C., *Informal Politics: Street Vendors and the State in Mexico City*, Stanford University Press, Stanford, 1998; CROSSA, Verónica, "Resisting the Entrepreneurial City: Street Vendors' Struggle in Mexico City's Historic Center", *International Journal of Urban and Regional Research, vol.* 33, núm. 1, 2009, pp. 43-63; ILLY, Hans F., "Regulation and evasion: Street-vendors in Manila", *Policy Sciences,* vol. 19, núm. 1, 1986, pp. 61-81; y JAFFE, Rivke, KLAUFUS, Christien y COLOMBIJN, Freek, "Mobilities and Mobilizations of the Urban Poor", *International Journal of Urban and Regional Research,* vol. 36, núm. 4, 2012, pp. 643-654.

de esa forma el paisaje urbano como un espacio geográfico dualista constituido por lugares donde los más desfavorecidos pueden ejercer sus derechos y lugares donde no lo tienen permitido.[17]

Desde un punto de vista de planeación urbana, el argumento anterior significa que cada vez que un reglamento es emitido, o que una licencia para ocupar un espacio en la calle es otorgada o negada, los reguladores urbanos están "organizando la exclusión e inclusión territorial".[18] Sin embargo, desde un enfoque socio-legal, cada permiso otorgado no se traduce un acto unilateral de las autoridades administrativas, más bien es un instrumento que sirve para mediar y regular el choque que ocurre cuando los vendedores ambulantes buscan ejercer su derecho a trabajar, afectando con ello los derechos de terceros para usar la calle. Este proceso involucra la interpretación de garantías constitucionales, así como de regulaciones administrativas. Por lo tanto, es precisamente en el análisis de esta segunda interpretación que se vuelve posible comprender cómo las diferentes escalas que caracterizan la regulación de las actividades del comercio ambulante, oscilan entre "formulaciones más abstractas de los derechos y realidades sociales".[19]

---

[17] Por ejemplo, al menos en el caso de varias ciudades de América Latina, la regulación urbana ha contribuido a la creación de una formación territorial específica –el centro histórico de la ciudad– que se ha convertido en el espacio principal y recurrente de exclusión de aquellas personas que hacen uso de las calles para subsistir. (*Cfr.* MENESES-REYES, R., "Out of place, still in motion…", *op. cit.*; Swanson, 2007). En este sentido, a pesar de que los centros históricos en América Latina podrían ser interpretados como lugares donde la población económicamente desfavorecida no puede ejercer su derecho a trabajar, sería un error sugerir que tales prohibiciones administrativas para comerciar en lugares específicos representen medios definitivos para prohibir actividades económicas en todas las calles de la ciudad. En un sentido real, lo que estas prohibiciones significan es que tanto los vendedores ambulantes, como las autoridades municipales aún cuentan con el resto de la ciudad para encontrar el equilibrio adecuado entre la capacidad de la gente para trabajar en la calle y las otras de las prácticas que toman lugar en la vía pública, tales como conducir o caminar.

[18] DAVY, B., "The Poor and the Land…", *art. cit.,* p. 231.

[19] GRIFFITHS, Anne; KANDEL, Randy F., "The Myth of the Transparent Table: Reconstructing Space and Legal Intervention in Scottish Children's Hearings", en BENDA-BECKMANN, Franz von, BENDA-BECKMANN, Keebet von y GRIFFITHS, Anne (eds.), *An Anthropological Geography of Law in Society,* Ashgate Publishing, Nueva York, 2009, p. 157.

Este artículo tiene la intención de racionalizar la manera cómo la "judicialización"[20] del derecho a trabajar en Colombia, la India y México ha jugado un papel determinante en la organización diaria del tiempo y el espacio en el que determinados medios de subsistencia son conducidos en el entorno urbano. La regulación de las actividades del comercio ambulante ha sido central en los debates sobre planeación urbana y espacio público en México,[21] Colombia[22] y la India.[23] Por un lado, el comercio ambulante ha tenido una larga presencia histórica en estos países, proporcionando servicios fundamentales a la mayoría de la población. Por otro lado, los comerciantes han sido acusados por muchos de los problemas urbanos, representando con ello "un símbolo de un espacio metropolitano que se ha salido de control [...] una 'amenaza' que ha hecho un uso inapropiado de las calles y pasos peatonales, bloqueado el tráfico y deprimido el valor de bienes inmuebles."[24] No obstante, en estos tres países, las impugnaciones judiciales en contra de ordenamientos municipales han fomentado la incorporación de dichas regulaciones en sus respectivas constituciones.

El propósito de este artículo es analizar cómo las Cortes constitucionales de la India, Colombia y México han transformado el lugar que ocupan los vendedores ambulantes en el paisaje urbano. Lo que solía ser una decisión discrecional ilimitada de las autoridades urbanas para conceder o negar permisos para vender en las calles, se convirtió en una relación entre un ciudadano y su gobierno,

[20] Por judicialización, nos referimos a "la manera como los Jueces que llevan a cabo una revisión constitucional, terminan haciendo, o contribuyendo sustancialmente a hacer política pública, ampliando así el espectro del 'derecho jurisprudencial'", SIEDER, Rachel, *et al., The Judicialization of Politics in Latin America (Studies of the Americas),* Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005, p.3.

[21] MENESES-REYES, R., "Out of place, still in motion...", *art. cit.*

[22] Véase, DONOVAN, Michael G., "Informal Cities and the Contestation of Public Space: The Case of Bogotá's Street Vendors, 1988-2003", *Urban Studies,* vol. 45, núm. 1, 2008, pp. 29-51.

[23] SHAPIRO, Jonathan, "Street Hawkers and Public Space in Mumbai", *Economic and Political Weekly,* vol. 27, mayo 2006, pp. 2140-2146.

[24] *Ibidem*; véase también DONOVAN, M. G., "Informal Cities and the...", *art. cit.*; y MENESES-REYES, R., "Out of place...", *art. cit.*

donde el primero tiene un derecho y el segundo debe otorgar una respuesta legalmente fundamentada, ya sea concediendo o negando tal derecho.[25] Por ende, una implicación primordial de este nuevo arreglo es que el comercio ambulante ya no es considerado una actividad informal, sino la expresión material del ejercicio de un derecho constitucional. En esta nueva configuración apreciamos una oportunidad para desarrollar un involucramiento más crítico con los roles del espacio público y con papel que pueden desempeñar los tribunales constitucionales en la planeación de la ciudad, contribuyendo con ello a problematizar la pregunta de "qué aprenden los planificadores cuando prestan atención a las transformaciones urbanas que están ocurriendo en el hemisferio sur".[26] Al hacer esto, el presente artículo busca investigar una serie específica de "experiencias judiciales",[27] a través de un lente crítico que permita conocer cómo la invocación y la defensa del derecho al trabajo tienen un impacto en el espacio urbano, y particularmente en la vida de los vendedores ambulantes.

[25] Un problema común entre los vendedores ambulantes tiene que ver con la distinción entre sus derechos como residentes (legales o ilegales) y ciudadanos. En varias jurisdicciones, la distinción entre ciudadanía y residencia es irrelevante, por lo que las constituciones y los tribunales asumen que las personas que se encuentran en cualquiera de estas categorías, gozan de las garantías establecidas en la constitución. Sin embargo, en algunos casos esto no resulta tan claro ni cierto. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Suprema Corte ha establecido diferencias entre los trabajadores que son ciudadanos o residentes legales, y aquellos que son residentes ilegales. Veáse por ejemplo, Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. National Labor Relations Board, 535 U.S. 137 (2002).

[26] DEVLIN, R., "'An area that governs itself'…", *art. cit.; cfr.* ROY, Ananya, "Urbanisms, Worlding Practices and the Theory of Planning", *Planning Theory,* vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 6-15.

[27] Es decir, como una serie de trabajos escritos que nos permiten documentar no sólo el papel que juegan los agentes sociales involucrados, sino también la manera como el sistema legal afecta acciones individuales, así como los espacios donde ocurren. En otras palabras, al leer estos trabajos, podemos comprender una variedad de instituciones, discursos e ideologías que constituyen a la ley como una experiencia propia entre el gobernado y la autoridad en cualquier momento. Véase, GROSSBERG, Michael, *A Judgment for Salomon: The D'Hauteville Case and Legal Experience in Antebellum America*, Cambridge University Press, MA, 1996.

Figura 1. Vendedores ambulantes autorizados. Ciudad de México, Zona del Centro.
Fuente: © Mario Leyva, fotógrafo independiente (2013).

Siguiendo a Nicholas P. de Genova,[28] coincidimos en cuanto a que sólo a la luz de esta consideración socio-legal, puede sostenerse una perspectiva crítica que sea cómplice de la aceptación de la "ilegalidad" de los vendedores ambulantes, como un mero hecho de la vida cotidiana; esto es, la presunta consecuencia transparente de estar "fuera de lugar".[29] En este caso, a través de la invocación

[28] GENOVA, Nicholas P. de, "The Legal Production of Mexican/Migrant 'Illegality'", *Latino Studies,* vol. 2, núm. 2, julio 2004, pp.161-162.

[29] YATMO, Yandi Andri, "Street Vendors as 'Out of place' Urban Elements", *Journal of Urban Design,* vol. 13, núm. 3, ocubre 2008, pp. 387-402.

por los vendedores ambulantes de su derecho a trabajar, este artículo analiza las formas como la judicialización de establecer un puesto en un lugar específico en la calle representa un palimpsesto territorial, donde toman lugar distintas concepciones sobre el "derecho al trabajo" (Figura 1). Este planteamiento establecido por las cortes sugiere que dentro de determinados espacios, los derechos y las normas no son estáticas ni universalmente aceptadas, sino que son debatidas y transformadas cada vez que los actores invocan distintos "marcos de la realidad".[30]

Como asevera María Fernanda García-Rincón,[31] la pregunta subyacente en este asunto es sencilla: ¿cómo enfrenta el Estado la contradicción entre las diferentes definiciones del derecho al trabajo en algunos países en vías de desarrollo, donde el empleo continúa descendiendo y donde el derecho al trabajo ha sido tradicionalmente limitado a espacios cerrados (*e.g*. fábricas, oficinas y tiendas)? Respondiendo a esta pregunta, se vuelve evidente que la judicatura en realidad representa un medio de gobernabilidad urbana; es decir, una institución emergente que se ha involucrado en la regulación de la ciudad, ante el fracaso del aparato municipal que no está dispuesto o es incapaz de llevar a cabo sus mandatos de ley.[32]

Los precedentes de controversias constitucionales no son meras decisiones judiciales relativas a una situación legal específica. La jurisprudencia también contribuye a un diálogo entre planificadores, municipios, negocios formales y vendedores ambulantes. En cierto modo, las resoluciones judiciales no sólo

[30] ENGEL, David M., Injury and Identity: The Damaged Self in Three Cultures", en GOLDBERG D., MUSHENO M. y BOWER L. (eds.), *Between Law and Culture: Relocating Legal Studies. Minneapolis*, University of Minnesota Press, Minesota, 2001, p. 9.

[31] GARCÍA RINCÓN, María Fernanda, "Governance of Street Trade in Caracas, Venezuela", en BHOWMIK, Sharit K. (ed.), *Street Vendors in the Global Urban Economy*, Routledge, Londres, 2010, p. 241.

[32] RAJAGOPAL, Balakrishnan, "Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective", *Human Rights Review,* vol. 18, núm. 3, agosto 2007, p. 165.

representan "sitios" en los que concepciones legales particulares del espacio urbano son "hechas" en el mundo[33] sino que también proporcionan un marco para la toma de decisiones sobre la agenda urbana. No obstante, estos marcos normativos no son estáticos ni disposiciones legales naturales, son decisiones institucionales que son continuamente cuestionadas y reforzadas tanto por el sistema, como por la sociedad.

La afirmación judicial del derecho de un vendedor a trabajar, motiva a las autoridades urbanas a desarrollar un marco regulatorio más comprensivo, a fin de adoptar el ejercicio de ese derecho en la vía pública. Por consiguiente, pareciera que los académicos, incluyendo aquellos involucrados en la planeación urbana, deben tomar estos casos con seriedad para poder comprender los retos a los que se enfrentan cuando imaginan a los habitantes de la ciudad no como una masa urbana, sino como una concentración de ciudadanos con derechos. El análisis sobre el derecho jurisprudencial desarrollado por los tribunales constitucionales demuestra que las experiencias narradas en los casos tratados en este estudio, es útil para ilustrar algunos de los retos a los que se enfrentan los planeadores urbanos cuando tratan con la ocupación comercial en el espacio público.

Tal como Hoch sugirió,[34] los planes urbanísticos no sólo son sumarios de políticas o un conjunto de decisiones municipales. También representan historias públicas desde las cuales podemos aprender cómo algunos planes han sido o no exitosos. En este sentido, las resoluciones judiciales representan otra característica de esta historia; una que representa la conformación de los planes municipales previos que fueron diseñados para lidiar con el comercio ambulante, y de los

[33] MURPHY, Tim, "Legal fabrications and the case of "cultural property", en POTTAGE, Alain y MUNDY, Martha (eds.), *Law Anthropology and the Constitution of the Social*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 119.

[34] HOCH, Charles, "Planning Craft: How Planners Compose Plans", *Planning Theory,* vol. 8, núm. 3, julio 2009, pp. 219-241.

retos actuales que estos planes podrían enfrentar en la práctica. Esta perspectiva agrega un muy necesario punto de vista modulado "hacia la tendencia de reflejar un modelo inmutable de urbanismo global",[35] como una serie monolítica de decisiones públicas dirigidas a "castigar a los pobres" en el hemisferio sur.[36] Por lo tanto, analizar cómo la judicatura ha sido movilizada por los vendedores ambulantes, y los resultados de estos casos, representa una contribución importante para comprender que los planes municipales no son implementados de manera directa, toda vez que deben cumplir con un estándar mínimo de derechos y obligaciones. Al hacer esto, es posible desarrollar un punto de vista mucho más matizado sobre la relación entre los enfoques de planificación y las realidades arraigadas del paisaje urbano; "una relación que, a pesar de ser asediada por desigualdades, ambigüedades morales y, en ocasiones, violencia, contiene la posibilidad de la representación local".[37]

El resto de este artículo está estructurado como sigue: en la sección "Definiendo el derecho al trabajo", describiremos las características generales de este derecho, en adición al análisis sobre los distintos textos internacionales y constitucionales que han reconocido este derecho; en la sección "De las calles a los tribunales", explicaremos el contenido y las consecuencias legales de la jurisprudencia constitucional desarrollada en Colombia, la India y México, en relación con el derecho a trabajar en las calles; en la sección "Sentencias enfocadas a la ciudad", explicaremos las consecuencias principales que el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo en las calles podría tener en la organización del paisaje urbano; y en la sección "Consideraciones finales", presentaremos las conclusiones y posibles implicaciones que este artículo podría tener en estudios futuros referentes a la regulación de las actividades del comercio ambulante.

[35] SHATKIN, Gavin, "Coping with Actually Existing Urbanisms: The Real Politics of Planning in the Global Era", *Planning Theory,* vol. 10, núm. 1., 2011, pp. 79-80.

[36] Véase, MÜLLER, Markus M., "The Rise of the Penal State in Latin America", *Contemporary Justice Review,* vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 57-76.

[37] SHATKIN, G., "Coping with Actually Existing Urbanisms…", *art. cit*.

2. Definiendo
el derecho al trabajo

El derecho al trabajo ha sido reconocido en su totalidad en diversos documentos internacionales sobre derechos humanos.[38] Los artículos 6o, 7o y 8o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ofrecen un planteamiento amplio sobre el derecho al trabajo. El artículo 6o garantiza a todos la oportunidad de ganarse la vida trabajando –una elección que pueden hacer libremente–. Esta amplia definición puede incluir a las personas que optan por trabajar en las calles; sin embargo, no existen referencias específicas acerca del derecho a trabajar en la calle como tal. Por el contrario, el Pacto Internacional y otros documentos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) refieren al trabajo en la calle como una expresión de informalidad, y se concentran en la necesidad de establecer derechos para dichos trabajadores. De este modo, el artículo 7o del Pacto Internacional contiene diversas disposiciones que buscan establecer un conjunto mínimo de garantías para estos trabajadores, como son

[38] De acuerdo con Guy Mundlak, una lista corta de estos documentos legales incluye los siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948; la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, 11 de diciembre de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 16 de diciembre de 1966, mismo que entró en vigor el 3 de enero de 1976; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, 4 de diciembre de 1986; la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de diciembre de 1975; la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, abril de 1919; el Convenio No. 122 de la OIT relativo a la Política del Empleo, 9 de julio de 1964; la Recomendación No. 169 de la OIT relativa a la Política del Empleo, 26 de junio de 1984; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000; Carta Social Europea (revisada), 3 de mayo de 1996. Para constituciones de los Estados miembros y cartas de derechos, ver, por ejemplo: Países Bajos (artículo 19); Bélgica (artículo 23(3)); Finlandia (sección 18); Portugal (artículo 58); Grecia (sección 22(2)); Argentina (sección 14); Dinamarca (sección 75); Irlanda (artículo 45(2)); España (artículo 35(1)); y la India (artículo 41). Véase MUNDLAK, Guy, "The Right to Work: Linking Human Rights and Employment Policy", *International Labour Review,* vol. 146, núm. 3-4, 2007, p. 192.

Se ha argumentado que el carácter polisémico y multilateral del concepto finalmente ha ofuscado el objetivo central del derecho: asegurar que cada persona dispuesta, sea capaz de sostenerse a sí misma, a través de un trabajo legal y legítimo sin la intromisión del gobierno. Véase SARKIN, Jeremy y KOENIG, Mark A., "Developing the Right to Work: Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy", *Human Rights Quarterly,* vol. 33, núm. 1, 2011, p. 9.

sueldos justos y condiciones seguras de trabajo, entre otras. La interpretación de estas disposiciones permite identificar a los vendedores callejeros como un grupo que debería recibir los beneficios del trabajo formal.[39]

Bajo el marco internacional de derechos humanos, los Estados partes tienen tres niveles de obligaciones: respetar, proteger y cumplir.[40] El respeto a los vendedores callejeros significa que los servidores públicos no deben interferir con los negocios de los comerciantes ambulantes, sin la debida justificación. La protección de los vendedores ambulantes se refiere a la obligación que tienen los servidores públicos de mantener alejados a terceros en el caso que interfieran con su derecho a trabajar. Finalmente, los servidores públicos deben cumplir con los derechos de los vendedores ambulantes proveyendo seguridad social y demás servicios que mejoren su condición. Esta última obligación debería ser fundamentalmente considerada por los planeadores urbanos. Durante siglos, los vendedores ambulantes han formado una parte importante de la economía de numerosas ciudades y es improbable que esto termine en un futuro próximo.

El término "derecho al trabajo" aparece en numerosos documentos internacionales, así como en diversos textos constitucionales. Este derecho ha sido reconocido a nivel constitucional en la India (artículos 19 y 1), México (artículo 5) y Colombia (artículos 25 y 26) (ver Tabla 1). Sin embargo, históricamente ha sido problemático determinar los límites de este derecho dentro del entorno urbano; pero desde una perspectiva legal tradicional, en la India y en México se ha establecido que "dentro de las facultades del Estado está emitir cualquier ley que imponga restricciones razonables [al derecho del trabajo] en beneficio del interés general".[41]

[39] (Consejo Económico y Social, 2006: 4).

[40] (Consejo Económico y Social, 2005: 7).

[41] (Véase Supreme Court of India –Sodan Singh And Ors. vs. New Delhi Municipal Committee & Anr. And Ors., 30 August 1989; la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN; México)– Amparo Administrativo. 2477/31, 22 de octubre de 1932).

Tabla 1.
Disposiciones constitucionales que protegen el derecho al trabajo
en Colombia, la India y México.

País	El derecho a trabajar
Colombia	Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.
India	Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.
México	Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. Artículo 19, cláusula (1). Todos los ciudadanos tienen los siguientes derechos […] (g) de practicar cualquier profesión, o de ejercer cualquier ocupación, oficio o negocio […] Nada de lo señalado en la sub-cláusula (g) de la cláusula 1 afectará el ejercicio de cualquier ley existente, en la medida en que imponga, o prevenga al Estado de legislar imponiendo, en interés del público en general, restricciones razonables en el ejercicio del derecho conferido por dicha sub-cláusula y, en particular, nada en dicha sub-cláusula afectará la operación de cualquier ley existente, en la medida en que se relacione con o prevenga al Estado de crear cualquier ley relativa a (i) los requisitos profesionales o técnicos necesarios para practicar una profesión, una ocupación, comercio o negocio; (ii) el que se establezca por el Estado o por corporaciones que sean propiedad o estén bajo control del Estado, determinado comercio, negocio, industria o servicio, con exclusión completa o parcial de particulares u otras personas. Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, […].

Usualmente, esas "restricciones legales razonables" impuestas sobre el derecho que tiene la gente a trabajar, han sido legitimadas por el sistema legal, como una medida para asegurar "la distribución inteligente y apropiada de las personas y las cosas, de sus relaciones comerciales y libre circulación, dentro de los límites territoriales" de la ciudad.[42] Así, el derecho que tienen las personas a trabajar en la calle ha sido ponderado contra el derecho que tienen otros a usar el mismo espacio y con el mandato del gobierno de controlar y regular dicho espacio. En varios casos, los tribunales constitucionales han afirmado que los vendedores ambulantes "tienen el derecho fundamental de realizar el negocio o comercio de su elección". No obstante, ese derecho puede estar restringido. Por ejemplo, ciertas zonas de una ciudad pueden ser consideradas como "zonas libres del comercio ambulante".[43] mientras que en otros casos, las decisiones judiciales pueden reforzar una orden socio-espacial particular, donde sólo la clase más desfavorecida pueda trabajar en las calles, sujeto a la voluntad de la autoridad municipal: "[las autoridades urbanas] pueden enmarcar las reglas de tal modo que sólo beneficien a los vendedores ambulantes desfavorecidos que no tengan la capacidad de invertir una cantidad significativa de dinero para iniciar su negocio".[44]

3. De las calles
a los tribunales

A pesar de la función que tienen los tribunales constitucionales como el medio para que la población marginada haga valer las libertades, el acceso al litigio constitucional tiende a ser restringido,[45] y estos tribunales no siempre

[42] DEAN, Mitchell, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society,* SAGE, Londres, 2010, p. 89.

[43] SCJN-Amparo administrativo. 2477/31, 22 de octubre de 1932; Supreme Court of India-Gainda Ram And Ors. vs. M.C.D. And Ors., 8 October 2010

[44] Supreme Court of India-Sodan Singh And Ors. vs. New Delhi Municipal Committee & Anr. And Ors., 30 August 1989.

[45] Un análisis más profundo del acceso que tienen los vendedores ambulantes a la justicia, puede encontrarse en CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant G., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento*

tienen la voluntad de tomar decisiones que exijan, de forma explícita, transformaciones drásticas del marco legal. Por el contrario, sus decisiones tienden a ceder ante los legisladores y reguladores.[46] En el caso de varios vendedores ambulantes, este entorno institucional podría representar un obstáculo insuperable. Desde este punto de vista, el litigio relativo a los derechos de los vendedores ambulantes sería mejor definido como un diálogo continuo entre vendedores ambulantes, autoridades municipales y los tribunales, en vez de una serie de decisiones que resuelven conflictos.

Uno de los primeros retos que los vendedores ambulantes tienen que enfrentar antes de que sus asuntos sean oídos por los tribunales constitucionales, es su carácter informal. Mucha de la bibliografía existente ha demostrado[47] que muchos vendedores ambulantes operan sin ningún tipo de reconocimiento oficial (licencia o permiso); obligándolos de este modo a vender sus bienes en una situación inestable, para así evitar a la policía (ver Figura 2). A pesar de ello, otra consecuencia del estado no autorizado de los vendedores ambulantes es que carecen de legitimación para litigar ante los tribunales.[48] Por esta razón, la mayoría de los asuntos atendidos por los tribunales, involucran a vendedores ambulantes que de alguna manera han obtenido alguna especie de reconocimiento oficial; por ejemplo, una licencia.

No obstante, los tribunales podrían optar por conceder un cierta flexibilidad a los solicitantes y escuchar sus quejas. Tal es el caso de la Corte Constitucional

mundial para hacer efectivos los derechos, traducción de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

[46] Un debate clásico acerca de la deferencia judicial comenzó con Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council 467 U.S. 837 (1984).

[47] CROSSA, V., "Resisting the Entrepreneurial City..", art. cit.; CROSS, J., *Informal Politics..., op. cit.,* MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of place, still in motion…", art. cit.

[48] Por ejemplo, en México los vendedores ambulantes necesitan mostrar evidencia de que son poseedores de una licencia, para así estar legitimados para promover un juicio de amparo. Ver SCJN-Amparo en revisión 174/95, 30 de agosto de 1995 y SCJN-Amparo en revisión 1943/91, 10 de julio de 1991.

de Colombia (CCC). En el caso de Gabriela Hernández y otros (CCC-T-225, 17 de junio de 1992), varios vendedores ambulantes impugnaron una regulación municipal que establecía una zona libre de comercio ambulante y, por ende, anuló las licencias previamente otorgadas. Las autoridades municipales solicitaron a la Corte que rechazara las demandas, argumentando que los quejosos no habían proporcionado pruebas de que tenían licencias para vender en la zona específica. En cambio, la Corte sostuvo que las autoridades municipales debían proveer la evidencia de que los quejosos no eran los titulares de las licencias para vender bienes en la zona en particular. En un caso posterior, la CCC resolvió que los ciudadanos que *de facto* ocuparan el espacio público para vivir y trabajar (recolectores de basura) también gozaban del derecho de la protección judicial, bajo la consideración de que la ocupación era observada públicamente y había tenido lugar durante varios años, antes de que las autoridades municipales decidieran ponerle fin (CCC-T-617, 13 de diciembre de 1995).[49]

Cuando los tribunales constitucionales discuten los méritos de las demandas presentadas por los vendedores ambulantes, toman en consideración tanto el derecho al trabajo, como el deber que las autoridades tienen de proteger el espacio público. En algunos casos, los tribunales incluso consideran que otras personas deberían poder gozar un derecho al espacio público, como un medio para afirmar que los vendedores ambulantes que ocupan la vía pública están afectando tales derechos (CCC-T-508, 28 de agosto de 1992). También analizan los derechos de terceros representados por conductores o peatones, así como los derechos de los dueños de comercios que se encuentran en las zonas afectadas (SCJN-Incidente de inejecución 5/78, 15 de marzo de 1989). Bajo este contexto,

[49] En este caso, la *ratio decidendi* requiere que la ocupación *de facto* tenga lugar durante un periodo de tiempo específico, y que haya algún tipo de reconocimiento por parte de las autoridades municipales. En un caso posterior, la corte decidió que un vendedor ambulante que ocupaba un espacio en la calle durante 5 años no tenía derecho a ser reubicado, toda vez que no era portador de una licencia o permiso. En este caso, su legitimación fue reconocida, pero esto no fue suficiente para concederle una reubicación, mientras que en el caso de vendedores ambulantes con licencia, la reubicación es obligatoria (CCC-T-550, 1o. de octubre de 1998).

la mayoría de las decisiones tiene que armonizar estos derechos y deberes en ocasiones contradictorios.

Figura 2. Vendedores ambulantes autorizados. Ciudad de México, Zona del Centro.
Fuente: © Mario Leyva, fotógrafo independiente (2013).

Los precedentes vinculantes que prevalecen en Colombia están basados en una sentencia de 1992 en la cual la CCC determinó que el derecho a vender en las calles derivaba del derecho al trabajo. Sin embargo, este derecho estaba subordinado a la opinión pública. Bajo estas circunstancias, las autoridades municipales estaban facultadas para suspender o revocar licencias para vender en una determinada zona pública, siempre y cuando dichas autoridades otorgaran a los

vendedores ambulantes nuevas licencias para ejercer su negocio en otro lugar. Vale la pena destacar que bajo el estándar de la Corte, los vendedores ambulantes pueden obtener su ingreso de las actividades del comercio en las calles, toda vez que la suspensión o revocación de sus licencias comprometería su forma de vida. Este razonamiento considera que el trabajo en la calle es una actividad realizada por personas marginadas y económicamente desfavorecidas (CCC-T-225, 17 de junio de 1992; CCC-T-578, 14 de diciembre de 1994; CCC-T-115, 16 de marzo de 1995).

La Suprema Corte de la India hace uso de un enfoque distinto. Bajo esta perspectiva, las personas tienen el derecho a hacer un uso legítimo de la calle, además de caminar, siempre y cuando no representen un molestia pública. El derecho a comerciar en las calles está motivado a la luz del derecho al trabajo. "No existe alguna justificación para negar a los ciudadanos su derecho a ganarse la vida haciendo uso de la vía pública, con el propósito de realizar actividades comerciales o empresariales". La Corte subraya la relevancia de los derechos de terceros, pero también reconoce la posibilidad de utilizar la vía pública para realizar actividades comerciales. No obstante, también reconoce que las autoridades municipales están facultadas para imponer las normas necesarias para regular estas actividades. Bajo esta potestad, se espera que los vendedores ambulantes actúen conforme a derecho. Asimismo, la Corte presenta una interpretación reducida del derecho a vender en las calles, afirmando que la venta de artículos lujosos o costosos no está protegida. Por consiguiente, el derecho a comerciar en la calle estaba diseñado para los pobres (Supreme Court of India-Sodan Singh and Ors. vs. New Delhi Municipal Committe & Anr, 30 de agosto de 1989).

De esta última decisión se infiere que las calles son lugares donde, bajo ciertas limitaciones, la gente pobre puede interactuar con otras personas pobres, a través de actividades comerciales. En un caso más reciente, la Suprema Corte de la India confirmó la existencia del derecho que tienen los pobres de vender en las calles, pero también reconoció la necesidad de las autoridades municipales

para regular las actividades en la vía pública y que dicha regulación podría cambiar de tanto en tanto, dependiendo de las circunstancias (Supreme Court of India-Gainda Ram And Ors. vs. M.C.D. And Ors., 8 de octubre de 2010).

Los casos en México se han enfocado en el derecho al trabajo como su punto de partida, desde el cual se examinan los méritos de las quejas de los vendedores ambulantes. Uno de los primeros asuntos fue oído en 1932, relativo a una ordenanza municipal que prohibió el comercio ambulante en una zona específica de la ciudad. La SCJN decidió que la municipalidad estaba facultada para limitar el comercio público en ciertas partes de la ciudad. En consecuencia, los vendedores ambulantes que fueron retirados de dichas áreas podían continuar ejerciendo sus actividades en otras partes. Bajo este razonamiento, la Corte reconoció implícitamente que los vendedores ambulantes tenían derecho de realizar sus negocios siempre y cuando no violaran las leyes de la ciudad (SCJN-Amparo administrativo 2477/31, 22 de octubre de 1932). Después de 12 años, la SCJN ratificó el derecho de los vendedores ambulantes para trabajar, requiriendo de las autoridades municipales que justificaran, de manera expresa, las bases para negar licencias de trabajo en la vía pública. Esta decisión opera bajo la premisa de que las personas tienen el derecho de trabajar en las calles, y que las autoridades municipales deben proveer una justificación razonable cuando lo nieguen (SCJN-Amparo administrativo en revisión 3140/44, 10 de julio de 1944).

Las decisiones judiciales proveen consideraciones adicionales relativas al trabajo en las calles. Estos casos contribuyen a elaborar reglas respecto de la regulación y sus límites. Una decisión de la CCC destaca las diversas actividades que ocurren en los espacios públicos cotidianamente, para ilustrar que varias de las quejas en contra del comercio ambulante y otras actividades (como eventos culturales, manifestaciones o incluso puestos de revistas) pueden ser excesivos si el uso del espacio público se restringe por completo (CCC-T-508, 28 de agosto de 1992). Esta decisión proporciona un límite claro al derecho que tiene la gente de hacer uso del espacio público, como una fuente ilimitada para caminar o

conducir. Reconoce que las actividades que toman lugar en la calle, como el comercio ambulante, pueden incluso promover el bienestar social. Por lo tanto, en algunos casos, la gente tendrá que lidiar con los inconvenientes producto de las pequeñas obstrucciones en las banquetas o en las calles, siempre y cuando sea posible transitar. La principal diferencia entre la resolución analizada en este párrafo y aquella mencionada en el párrafo anterior, radica en que en este argumento, la impugnación afecta a los ciudadanos, mientras que en el anterior, se toma en consideración el interés público representado por la administración municipal, en contra de los derechos que tienen los vendedores ambulantes que cuenten con una licencia.

En cambio, la SCJN decidió en 1978 que los dueños de los establecimientos afectados por el comercio ambulante gozaban del derecho a un remedio. Este remedio significaba que la autoridad municipal tenía prohibido autorizar el comercio ambulante en el espacio que se encontraba justo en frente del comercio de la persona que presentó su demanda. Este ejemplo ilustra cómo los derechos de terceros no están suficientemente representados en litigios constitucionales relacionados con los derechos de los vendedores ambulantes. Aún así, cuando se decidan a actuar, podrían resultar exitosos.

En el caso colombiano, el comercio ambulante se volvió una molestia tolerable, mientras que en México, el trabajo ambulante fue vetado de una zona particular de la ciudad, pero no prohibido del todo.

4. Sentencias
enfocadas a la ciudad

En la India, México y Colombia, las decisiones de la Corte han confirmado el derecho a trabajar en las calles. Los planeadores urbanos y legisladores deben atender dichos fallos diseñando estrategias normativas que incorporen las actividades del comercio ambulante en una zona específica. Estas estrategias

regulatorias, que a menudo han sido empleadas en la Ciudad de México, así como en diversas ciudades a lo largo de la India y Colombia, prohíben comerciar en ciertas zonas y horarios específicas (zonificación), y exigen a los vendedores que porten un permiso oficial para llevar a cabo un negocio particular en un determinado lugar (licenciamiento).[50]

Como tal, dentro del sistema legal municipal contemporáneo, el sistema de otorgamiento de licencias podría ser interpretado como "el instrumento más apropiado por medio del cual la autoridad puede administrar el derecho a trabajar en las calles de la ciudad".[51] No obstante, mientras que las políticas oficiales en ciudades de México, Colombia y la India permitan el comercio ambulante con una licencia, los gobiernos municipales han tendido a "congelar" el número determinado de vendedores ambulantes con licencia en zonas específicas,[52] resultando esto en una situación en la que la mayoría de los vendedores ambulantes son considerados como ilegales. A pesar de esto, los sistemas de licencias no sólo han contribuido a la creación de una jerarquía ideal de agentes sociales en potencia en la vía pública, consagrando la distinción entre usuarios de la calle autorizados y no autorizados,[53] pero también jugaron un papel determinante en la configuración de áreas específicas para el comercio ambulante, estructurando así la "geometría clandestina" de la ocupación comercial de la vía pública.[54]

---

[50] *Cfr.* BHOWMIK, Sharit, *Street Vendors in the Global Urban Economy,* Routlegde, Londres, 2010. DONOVAN, Michael G., "Informal Cities and the Contestation…", art. cit.; MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of place, still in motion", art. cit.

[51] MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of place, still in motion", art. cit., p. 12.

[52] Por ejemplo, "en el centro histórico de la Ciudad de México, el número de comerciantes ambulantes entre 1943 y 1944, era aproximadamente de 2661, mientras que la encuesta más reciente sobre vendedores ambulantes autorizados indica que en 2009, habían 2770 vendedores callejeros autorizados en las calles del centro" (*Ibidem*). Un patrón similar se ha encontrado en el caso de Mumbai, donde "la municipalidad no ha emitido una nueva licencia desde 1978", en SHAPIRO, Jonathan, "The Politics of Illegality: Mumbai Hawkers, Public Space and the Everyday Life of the Law", en BHOWMIK, S., *Street Vendors in the Global…,op. cit.* p. 75.

[53] MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of place, still in motion", art. cit.

[54] ITIKAWA, Luciana, "Clandestine Geometries: Mapping Street Vending in Downtown Sao Paulo", en BHOWMIK, Sharit, *Street Vendors in the Global…,op. cit.* pp. 256-274

En algún momento, esta serie de estrategias municipales podrán ser representadas como un amalgama complejo de prescripciones físicas y espaciales, alentadas por los tribunales constitucionales para permitir una demarcación clara acerca de cómo la gente puede trabajar en las calles, y bajo qué condiciones. Así, por ejemplo, en la Ciudad de México, "a los vendedores ambulantes se les ha exigido tomar un baño todos los días, cortar sus uñas, así como hablar y reír discretamente".[55] En otros casos, como en la India, las autoridades municipales han sido alentadas por los tribunales constitucionales para diseñar un orden socio-espacial específico para "administrar" el derecho de los vendedores ambulantes de trabajar en la vía pública. Efectivamente, entre las resoluciones constitucionales de la India, que supuestamente han intentado proteger los derechos de los vendedores ambulantes a trabajar en la calle,

> [es posible identificar] una prohibición para cocinar comida usando una llama abierta; una prohibición para vender productos desde una mesa, puesto o carretilla; una prohibición para comerciar dentro de una distancia de 150 metros de las estaciones de tren, mercados municipales, colegios, escuelas y hospitales, zonas residenciales, en caminos de menos de 8 metros o en vías principales. Más aún, los vendedores ambulantes deben trabajar en zonas donde el comercio ambulante está permitido, hasta las 10 de la noche.[56]

De este modo, desde un punto de vista más general, la judicialización del derecho a trabajar en las calles ha contribuido a "producir"[57] una regulación partiendo de la base de que trabajar en las calles es una actividad constitucionalmente protegida. A la luz de este proyecto, tal parece que los planeadores urbanos necesitan enfocarse en la especificidad del "comercio ambulante", en lugar de prohibirlo

[55] AZUELA, Antonio y MENESES, Rodrigo, "The everyday formation of the urban space: Law and poverty in Mexico City", Paper prepared for the Conference Where Now? Moving beyond Traditional Legal Geographies, The Baldy Center for Law and Social Policy, University at Buffalo, Buffalo, Nueva York (19-20 Abril 2012).

[56] SHAPIRO, Jonathan, "The Politics of Illegality: Mumbai Hawkers, Public Space and the Everyday Life of the Law", en BHOWMIK, Sharit, *Street Vendors in the Global…,op. cit.* P. 75.

[57] MELÉ, Patrice, "Conflits et controverses: de nouvelles scènes de production territorial", GARAT R., Isabelle, SÉCHET, Raymonde, ZENEIDI, Djémilla (dir.) *Espaces en (trans)action, PUR,* Rennes, 2008, pp. 239-250.

simple y sencillamente. Por consiguiente, la regulación se convierte en un producto proveniente de procesos multilaterales donde el espacio público existe como una locación dinámica, donde el derecho a trabajar y las características de dicho trabajo están cambiando constantemente.

5. Observaciones finales

Este artículo consideró cómo la judicialización del derecho a trabajar ha jugado un papel determinante al moldear las libertades y estilos de vida cotidianos de los residentes urbanos. Exploramos una serie de experiencias judiciales que mayormente involucran conflictos entre aquellos que venden en las calles y las autoridades municipales que han intentado limitar dicha actividad en México, Colombia y la India. Los vendedores ambulantes han sido muy activos en la defensa e invocación de cierto derecho específico que, presumiblemente, ha sido reconocido como universal: el derecho a trabajar. Atendiendo esta línea de pensamiento, las experiencias legales de los vendedores ambulantes analizadas en este estudio, pueden ser vistas como un ejemplo de cómo una serie específica de derechos y discursos, como el derecho al trabajo, han sido constantemente (re) introducidos en el entorno urbano, por la clase urbana más desfavorecida, con el fin de resistirse a una ciudad planeada sin ellos. Por ende, esta serie de experiencias judiciales analizadas en la presente investigación no sólo han ayudado a los vendedores ambulantes a continuar comerciando en la calle, pero también han ejemplificado lo que Asef Bayat ha descrito como una especie de "acción directa no colectiva, pero prolongada, por parte de individuos y familias para obtener las necesidades básicas de sus vidas" de manera legal, discreta y moderadamente.[58]

[58] BAYAT, Asef, "From 'Dangerous Classes' to 'Quiet Rebels'. Politics of the Urban Subaltern in the Global South", *International Sociology,* vol. 15, núm. 3, septiembre 2000, p. 536.

Tal como Sanyal reconoció, "los legisladores deben aprender del pasado, formulando problemas de una nueva manera, reconociendo explícitamente los tipos de oposiciones que sus políticas podrían enfrentar y trazando una secuencia de labores para superar dichas oposiciones".[59] Entonces, una segunda implicación de este artículo ha sido comunicar a los planeadores urbanos el papel que los tribunales constitucionales han jugado en la regulación de las actividades del comercio ambulante, en tres países localizados en el hemisferio sur, así como los retos que dichos planes podrían enfrentar ante un litigio constitucional. Aquí, el litigio constitucional se ha convertido en un medio para que las partes vuelvan a un acercamiento más racional respecto de sus conflictos. En lugar de imponer prohibiciones caprichosas o políticas excesivas, el litigio ayuda a los legisladores a visualizar los límites dentro de los cuales deben actuar, y que los obliga a reconocer sus actos regulatorios. Los tribunales constitucionales han reconfigurado las capacidades de la ciudad para remover a los vendedores ambulantes de la calle, sin una justificación adecuada. En otras palabras, las municipalidades tienen que proporcionar argumentos bien razonados para alterar el estatus de los vendedores ambulantes. Esto afecta al otorgamiento de licencias, la reubicación e incluso la cancelación de una licencia. Por ende, la ocupación de la vía pública por parte de vendedores ambulantes ya no es considerada como un delito, ni siquiera una irregularidad *per se*. Las licencias y los permisos no son considerados concesiones por parte de las autoridades municipales. El espacio público está abierto a una gran variedad de actividades que incluyen al comercio. En consecuencia, se espera que las municipalidades los regulen en vez de prohibirlos. La interpretación constitucional ha logrado crear no sólo legitimación de los vendedores ambulantes, sino también cierta jurisprudencia que dirige la regulación de esta actividad.

Sin embargo, sostener que los tribunales constitucionales ya han reconocido el derecho de los vendedores ambulantes a trabajar en la calle, no significa que

[59] SANYAL, Bishwapriya, "Planning as anticipation of resistance", *Planning Theory,* vol. 3, núm. 3, 2005, p. 236.

ellos ya sean aceptados como "titulares de este derecho" por toda la sociedad. En otras palabras, tal como lo señaló Clark, a pesar de que "muchos académicos imaginan a los Jueces como súper humanos, visionarios omniscientes de lo correcto y verdadero", los vendedores ambulantes aún pueden ser vistos por la sociedad como una molestia.[60] Los proyectos de aburguesamiento y el desarrollo de algunas políticas dirigidas a realizar "una limpieza del espacio urbano" son un claro ejemplo de esta perspectiva.[61] Considerando los precedentes judiciales, uno puede concluir que la venta en las calles no es sino el derecho que cualquier ciudadano puede ejercer en un espacio público. No obstante, a pesar de este nuevo estatus, para las autoridades, planeadores urbanos, diseñadores de políticas y ciudadanos ordinarios sigue pareciendo difícil reconocer las actividades del comercio ambulante como un ejercicio de un derecho constitucional fundamental.

Referencias

AZUELA, Azuela, "Illegal logging and local democracy: Between communitarianism and legal fetishism", *Ambiente & Sociedade*, vol. 9, núm.1, Campinas ene-jun, 2006, pp. 9-22. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X2006000100001

AZUELA, Antonio y MENESES, Rodrigo, "The everyday formation of the urban space: Law and poverty in Mexico City", Paper prepared for the Conference Where Now? Moving beyond Traditional Legal Geographies, The Baldy Center for Law and Social Policy, University at Buffalo, Buffalo, Nueva York (19-20 Abril 2012).

[60] CLARK, Gordon J., "Judges and the Cities: Interpreting Local Autonomy", University of Chicago Press, Chicago, 1985, p. 39.

[61] Véase CAMPESI, Giuseppe, "Policing, urban poverty and insecurity in Latin America. The case of Mexico City and Buenos Aires", *Theoretical Criminology,* vol. 14, núm. 4, noviembre 2010, pp. 447-471; MÜLLER, Markus M., "The Rise of the Penal State…", *art. cit*.

BAYAT, Asef, "From 'Dangerous Classes' to 'Quiet Rebels'. Politics of the Urban Subaltern in the Global South", *International Sociology,* vol. 15, núm. 3, septiembre 2000, pp. 533-557.

BHOWMIK, Sharit, *Street Vendors in the Global Urban Economy,* Routlegde, Londres, 2010.

BLOMLEY, Nicholas, "How to Turn a Beggar into a Bus Stop: Law, Traffic and the 'Function of the Place'", *Urban Studies,* vol 44, núm. 9, 2007, pp. 1697-1712.

BROMLEY, Ray, "Street Vending and Public Policy. A Global Review", *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 20, núm. 1/2, pp. 1-28, doi: 10.1108/01443330010789052.

CAMPESI, Giuseppe, "Policing, urban poverty and insecurity in Latin America. The case of Mexico City and Buenos Aires", *Theoretical Criminology,* vol. 14, núm. 4, noviembre 2010, pp. 447-471

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant G., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, traducción de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

CLARK, Gordon J., "Judges and the Cities: Interpreting Local Autonomy", University of Chicago Press, Chicago, 1985.

CROSSA, Verónica, "Resisting the Entrepreneurial City: Street Vendors' Struggle in Mexico City's Historic Center", *International Journal of Urban and Regional Research, vol.* 33, núm. 1, 2009, pp. 43-63.

CROSS, John C., *Informal Politics. Street Vendors and the State in Mexico City*, Stanford University Press, Stanford, 1998.

DAVY, Benjamin, "The Poor and the Land: Poverty, Property, Planning", *The Town Planning Review,* vol. 80, núm. 3, 2009, pp. 227-265.

DEAN, Mitchell, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society,* SAGE, Londres, 2010.

DELANEY, David, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations,* Routledge-Cavendish, Nueva York, 2010.

DEVLIN, Ryan Thomas, "'An area that governs itself': Informality, uncertainty and the management of street vending in New York City", *Planning Theory* , vol. 10, núm. 1, 2011, pp. 53-65.

DEVLIN, Ryan y PORTER, Libby, "Informal Urbanism in the USA: New Challenges for Theory and Practice", *Planning Theory and Practice,* vol. 1, núm. 1, marzo 2011, pp. 144-153.

DONOVAN, Michael G., "Informal Cities and the Contestation of Public Space: The Case of Bogotá's Street Vendors, 1988-2003", *Urban Studies,* vol. 45, núm. 1, 2008, pp. 29-51.

ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, "Ministerial Declaration of the High-Level Segment on `Creating an Environment at the National and International Levels Conducive to Generating Full and Productive Employment and Decent Work for All, and its Impact on Sustainable Development'". United Nations Economic and Social Council, Nueva York, 2006.

ENGEL, David M., "Injury and Identity: The Damaged Self in Three Cultures", en GOLDBERG D, MUSHENO M. y BOWER L (eds.), *Between Law and Culture: Relocating Legal Studies. Minneapolis*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2001, pp. 3-21.

GARCÍA RINCÓN, María Fernanda, "Governance of Street Trade in Caracas, Venezuela", en BHOWMIK, Sharit K. (ed.), *Street Vendors in the Global Urban Economy*, Routledge, Londres, 2010, pp. 241-255.

GENOVA, Nicholas P. de, "The Legal Production of Mexican/Migrant 'Illegality'",*Latino Studies,* vol. 2, núm. 2, julio 2004, pp.160-185. DOI:10.1057/palgrave.lst.8600085.

GRIFFITHS, Anne; KANDEL, Randy F., "The Myth of the Transparent Table: Reconstructing Space and Legal Intervention in Scottish Children's Hearings", en BENDA-BECKMANN, Franz von, BENDA-BECKMANN, Keebet von y GRIFFITHS Anne (eds.), *An Anthropological Geography of Law in Society,* Ashgate Publishing, Nueva York, 2009, pp. 157-176.

GROSSBERG, Michael, *A Judgment for Salomon: The D'Hauteville Case and Legal Experience in Antebellum America*, Cambridge University Press, MA, 1996

HOCH, Charles, "Planning Craft: How Planners Compose Plans", *Planning Theory,* vol. 8, núm. 3, julio 2009, pp. 219-241.

ILLY, Hans F., "Regulation and evasion: Street-vendors in Manila", *Policy Sciences,* vol. 19, núm. 1, 1986, pp. 61-81.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO) "Women and men in the informal economy: A statistical picture", 2002. Disponible en: http://wiego.org/sites/wiego.org/files/publications/files/ILOWomen-Men-Informal-2002.pdf.

JAFFE, Rivke, KLAUFUS, Christien y COLOMBIJN, Freek, "Mobilities and Mobilizations of the Urban Poor", *International Journal of Urban and Regional Research,* vol. 36, núm. 4, 2012, pp. 643-654.

MELÉ, Patrice, "Conflits et controverses: de nouvelles scènes de production territorial", GARAT R., Isabelle, SÉCHET, Raymonde, Zeneidi, Djémilla (dir.) *Espaces en (trans)action, PUR,* Rennes, 2008, pp. 239-250.

MENESES-REYES, Rodrigo, "Out of place, still in motion: Shaping immobility/mobility through urban regulation", *Social & Legal Studies,* vol. 22, núm. 3, 2013, pp. 335-356. DOI: 10.1177/0964663912469644.

MITCHELL, Don, *The Right to the City: Social Justice and the Fight for Public Space,* Guilford, Nueva York, 2003.

MÜLLER, Markus M., "The Rise of the Penal State in Latin America", *Contemporary Justice Review,* vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 57-76.

MUNDLAK, Guy, "The Right to Work: Linking Human Rights and Employment Policy", *International Labour Review,* vol. 146, núm. 3-4, 2007, pp. 189-215.

MURPHY, Tim, "Legal fabrications and the case of "cultural property", en POTTAGE, Alain y MUNDY, Martha (eds.), *Law Anthropology and the Constitution of the Social*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 115-141.

RAJAGOPAL, Balakrishnan, "Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective", *Human Rights Review,* vol. 18, núm. 3, agosto 2007, pp. 157-141.

ROY, Ananya, "Urbanisms, Worlding Practices and the Theory of Planning", *Planning Theory,* vol. 10, núm. 1, 2011, pp.6-15. DOI: 10.1177/1473095210386065.

SANYAL, Bishwapriya, "Planning as anticipation of resistance", *Planning Theory,* vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 225-245.

SARKIN, Jeremy y KOENIG, Mark A., "Developing the Right to Work: Intersecting and Dialoguing Human Rights and Economic Policy", *Human Rights Quarterly,* vol. 33, núm. 1, 2011, p. 9.

SHAPIRO, Jonathan, "Street Hawkers and Public Space in Mumbai", *Economic and Political Weekly,* vol. 27, mayo 2006, pp. 2140-2146.

SHATKIN, Gavin, "Coping with Actually Existing Urbanisms: The Real Politics of Planning in the Global Era", *Planning Theory,* vol. 10, núm. 1., 2011, pp. 79-80

SIEDER, Rachel, *et al., The Judicialization of Politics in Latin America (Studies of the Americas)*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005.

STAEHELI, Lynn y MITCHELL, Don, The People's Property: Power, Politics, and the Public, Routledge, Nueva York, 2010.

VALVERDE, Mariana, "The Ethic of Diversity: Local Law and the Negotiation of Urban Norms", *Law & Social Inquiry*, vol. 33, núm. 4, diciembre 2008, pp. 895-923.

YATMO, Yandi Andri, "Street Vendors as 'Out of place' Urban Elements", *Journal of Urban Design,* vol. 13, núm. 3, ocubre 2008, pp.387-402.

Casos citados

Corte Constitucional de Colombia (CCC)

T-225, 17 July 1992. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-225-92.htm (revisado el 3 junio de 2013).

T-617, 13 December 1995. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-617-95.htm (revisado el 3 junio de 2013).

T-508, 28 August 1992. Disponible en:http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-508-92.htm (revisado el 3 junio de 2013).

T-550, 1 October 1998. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-550-98.htm (revisado el 27 de agosto de 2013).

T-578, 14 December 1994. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-578-94.htm (revisado el 3 junio de 2013).

T-115, 16 March 1995. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-115-95.htm (revisado el 3 junio de 2013).

Supreme Court of India

Sodan Singh And Ors. vs. New Delhi Municipal Committee & Anr. And Ors. Date Of Judgment: 30 August 1989. Disponible en: http://judis.nic.in/supremecourt/imgst.aspx?filename=7835 (revisado el 3 junio de 2013).

Gainda Ram And Ors. vs. M.C.D. And Ors. Date of Judgment: 08 October 2010. Disponible en: http://judis.nic.in/supremecourt/imgst.aspx?filename=37261 (revisado el 3 junio de 2013).

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México

Amparo administrativo. Revisión del incidente de suspensión 2477/31. Olmos Rafael y coagraviados.

22 de octubre de 1932. [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXVI; Pág. 1252. Disponible en: http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78fffff3f7f&;Apendice=1000000000000&Expresion=ambulantes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=44&Epp=20&Desde=1931&Hasta=2012&Index=2&ID=336952&Hit=41&IDs=336952,337746,817285,817397 (revisado el 3 junio de 2013).

Incidente de inejecución 5/78. Jorge Robledo Barragán y otros. 15 de marzo de 1989. [TA]; 8a.Época; Sala Aux.; S.J.F.; Tomo III, Primera Parte, Enero-Junio de 1989; Pág. 449 Disponible en:http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=208049&;Clase=DetalleTesisBL (revisado el 3 junio de 2013).

Amparo administrativo en revisión 3140/44. Mora de Anda Timoteo. 10 de julio de 1944. [TA];5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXXI; Pág. 541 Disponible en: http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78fffff3f7f&;Apendice=1000000000000&Expresion=ambulantes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=16&Epp=20&Desde=1939&Hasta=1950&Index=0&ID=323218&Hit=5&IDs=805621,320634,322984,373781,323218,325566,325660,807969,326057,308458,326806,335524,329311,37869

1, 329767,817285 (revisado el 3 junio de 2013).

Amparo en revisión 174/95. Ismael Ponce Herrera y coagraviados. 16 de junio de 1995. [TA];9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Agosto de 1995; Pág. 533. Disponible en: http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78fffff3f7f&;Apendice=1000000000000&Expresion=ambulantes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=6&Epp=20&Desde=1992&Hasta=1998&Index=0&ID=204519&Hit=2&IDs=199550,204519,204531,214211,214216,214280 (revisado el 3 junio de 2013).

Amparo en revisión 1943/91. Flor Gabino Bustamante. 10 de julio de 1991. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Octubre de 1991; Pág. 148. Disponible en: http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78fffff3f7f&;Apendice=1000000000000&Expresion=ambulantes&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=8&Epp=20&Desde=1989&Hasta=1995&Index=0&ID=221634&Hit=8IDs=204519,204531,207247,208049,214211,214216,214280,221634 (revisado el 3 junio de 2013).

La Constitución en acción

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS REFUGIADOS EN ECUADOR: RETROCESOS NORMATIVOS Y SU CONVALIDACIÓN JURISPRUDENCIAL

THE LEGAL PROTECTION OF REFUGEES IN ECUADOR: NORMATIVE SETBACKS AND THEIR VALIDATION THROUGH JUDICIAL DECISIONS

Daniela Salazar Marín*

Resumen

A pesar del reconocimiento del derecho humano al refugio en la Constitución ecuatoriana de 2008, así como de la incorporación de los tratados e instrumentos de derechos humanos al bloque constitucional, en Ecuador se ha aprobado normativa que establece límites arbitrarios al ejercicio de este derecho. El presente ensayo analiza cómo a través de una acción de inconstitucionalidad se pretendió corregir algunas de las más evidentes arbitrariedades de un Decreto Ejecutivo emitido en 2012 para la aplicación del derecho al refugio en Ecuador. La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, si bien fue premiada en México,[1] convalidó prácticas incompatibles con los estándares

* Profesora del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

[1] En agosto de 2016, el "Segundo Foro Regional sobre el Poder Judicial y los Derechos Humanos de las Personas Migrantes Sujetas de Protección Internacional", organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Sin Fronteras, la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de México, la Sentencia No. 002-14-SIN-CC, del caso Caso No. 0056-12-IN y

internacionales sobre la materia. La Ley Orgánica de Movilidad Humana, emitida en 2017, nuevamente viola el derecho internacional de los refugiados. Ante esta nueva realidad, se vuelve oportuno recordar el litigio constitucional adelantado respecto de la normativa de 2012 con el fin de determinar si resulta o no estratégico litigar en materias relacionadas con el derecho a buscar asilo.

Palabras clave: Refugio, refugiados, asilo, movilidad humana, Ecuador.

Abstract

Despite the recognition of the human right to seek asylum in the Ecuadorian Constitution of 2008, as well as the incorporation of human rights treaties and instruments to the constitutional bloc, the legislation adopted in Ecuador establishes arbitrary limits to the exercise of this right. This essay analyzes how a claim before the Constitutional Court was presented in order to to correct some of the most obvious arbitrariness of an Executive Decree issued in 2012 for the application of the right to refuge in Ecuador. The ruling of the Constitutional Court, although awarded in Mexico, validated practices incompatible with international standards on the subject. The Organic Law of Human Mobility, issued in 2017, again violates international refugee law. Faced with this new reality, it is necessary to look back at the constitutional claim advanced to question the 2012 regulations in order to determine whether or not it is strategic to litigate matters related to the right to seek asylum.

Keywords: Asylum, Refugees, Refugee law, Human movility, Ecuador.

1. Antecedentes

Según datos del Viceministerio de Movilidad Humana, Ecuador ha reconocido a más de 70,000 refugiados, en su mayoría de nacionalidad colombiana. En respuesta a este fenómeno, en Ecuador existen instituciones y políticas públicas diseñadas para proteger a los solicitantes de refugio y refugiados.

0003-12-IA Acumulados, emitida por la Corte Constitucional de Ecuador, recibió el segundo lugar como reconocimiento a sentencias que protegen el derecho al refugio y la no devolución.

No obstante, hasta 2017 el país permaneció en deuda respecto a la aprobación de legislación que haga efectivos los postulados constitucionales relacionados con la protección de los solicitantes de refugio y refugiados en nuestro territorio.

Ecuador ratificó la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional de 1967. Ecuador también suscribió la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados en 1984. Además Ecuador es parte de distintos tratados que protegen el derecho al refugio, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y adicionalmente, la Constitución de 2008 reconoce los principios de movilidad humana y ciudadanía universal, así como "los derechos de asilo y refugio" (art. 41).

A inicios de su gestión, el gobierno de Rafael Correa adoptó una política pública en materia de refugio[2] y se comprometió a impulsar varios programas para promover la regularización de las personas que ameritaban la protección internacional del estatus de refugiado así como a fomentar su inserción social. De especial relevancia fue la implementación de la política de "Registro Ampliado", mecanismo que permitió la protección de miles de personas a través de la determinación grupal de su condición de refugiados, lo que convirtió al país en un referente regional en la materia.

Una de las metas de la política pública en materia de refugio adoptada por Ecuador fue la de "armonizar con el derecho internacional la legislación nacional sobre refugiados". Para hacer efectiva esta meta, el gobierno se comprometió a "emitir una ley específica sobre la problemática de los refugiados, en concordancia con la reforma de la legislación en materia de migración en general que

[2] Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Política del Ecuador en materia de refugio. 2008. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Politica_del_Ecuador_en_materia_de_refugio.pdf?view=1

será resumida en un Código de Movilidad Humana".[3] Tuvieron que transcurrir casi diez años para que, a las puertas de una nueva elección, se priorice el trámite legislativo para la aprobación de una Ley Orgánica de Movilidad Humana que permita, entre otros, la efectiva protección del derecho al refugio y los derechos de los refugiados.

Durante la década del gobierno de la llamada revolución ciudadana en Ecuador, la normativa interna relativa a refugio se limitó a la emisión de decretos ejecutivos. El Decreto 1182[4] adoptado por el gobierno del Presidente Rafael Correa, incluyó restricciones arbitrarias a los derechos de los solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador y dejó a miles de personas sin acceso a la protección.

En septiembre de 2014, la Corte Constitucional aceptó parcialmente las acciones públicas de inconstitucionalidad que habían sido planteadas respecto del Decreto 1182.[5] Si bien la decisión de la Corte contiene algunos avances en la materia –como el relativo a la definición regional de refugiado–, la sentencia convalida preocupantes retrocesos en la protección de los refugiados en el país, entre ellos: los límites en el acceso al procedimiento de elegibilidad; la existencia de un plazo para la presentación de las solicitudes de reconocimiento; y la ampliación de causales de revocatoria del estatus de refugiado. Lo que resulta más grave, la Corte Constitucional determinó que la regulación de la aplicación del derecho al refugio en Ecuador a través de un decreto ejecutivo "no resulta incompatible con el principio de reserva de ley", dejando así la puerta abierta para la

[3] Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Política del Ecuador en materia de refugio (2008). Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/Politica_del_Ecuador_en_materia_de_refugio.pdf?view=1, pág. 46, meta 2.14, Programa 9.5.1.

[4] Decreto Ejecutivo 1182. "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

[5] Corte Constitucional. Sentencia No. 002-14-SIN-CC. Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados. (Por honestidad académica, debo señalar que participé en calidad de demandante de la acción 0003-12-IA presentada por la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito).

restricción de derechos a través de normas aprobadas directamente por el ejecutivo.

En los párrafos siguientes analizaré la protección jurídica de los solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador, con miras a reflexionar si resulta estratégico acudir ante la Corte Constitucional para resolver las nuevas amenazas al derecho al refugio incluidas en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, adoptada en 2017. Cabe aclarar que este estudio no pretende ser un análisis exhaustivo de todas las iniciativas adoptadas por el Estado para hacer efectivos los derechos de los refugiados, particularmente a través de políticas públicas, sino que se limita a analizar la normativa adoptada para proteger a los solicitantes de refugio y refugiados.

2. El derecho de asilo y la protección jurídica de los refugiados en Ecuador

a. Normativa internacional

El refugio es un derecho humano. Así fue reconocido en 1948 cuando en el marco de la OEA se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVII establece que toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en caso de persecución. Meses más tarde, cuando se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados de la ONU reconocieron que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país (artículo 14), excepto cuando se trate de una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Tres años más tarde se adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, cuya definición de refugiado fue ampliada a través del Protocolo

Adicional de 1967. Ecuador ratificó tanto la Convención como su Protocolo (en 1955 y 1969, respectivamente), donde además de definirse quién es un refugiado, se establecen los derechos de los refugiados y las correspondientes obligaciones de los Estados. Además, Ecuador suscribió la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina de 2004, instrumentos que aportan un enfoque regional importante a las obligaciones internacionales con respecto a los derechos humanos. De particular relevancia resulta la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena, a través de la cual se amplía la definición original de refugiado contenida en la Convención de 1951, para ofrecer protección internacional a las personas que han huido de su país "(...) porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

Ecuador también ha asumido otros compromisos internacionales con respecto a los refugiados a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución (art. 22.7); el derecho de no devolución a un país donde su vida o libertad estén en riesgo (art. 22.8); y el derecho de los extranjeros a no ser sometidos a expulsiones colectivas (art. 22.9). Ecuador es parte también de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 13 consagra el principio de no devolución, al igual que la Convención contra la Tortura de la ONU.

Cabe agregar que aún si Ecuador no fuera parte de los mencionados instrumentos internacionales estaría obligado, por lo menos, a respetar el principio de no

devolución, que ha alcanzado el reconocimiento como norma consuetudinaria[6] o como norma *ius cogens*[7] en el derecho internacional público. Pero no hace falta llegar a ese extremo, pues Ecuador es parte de la vasta mayoría de tratados internacionales de derechos humanos y todos los derechos ahí consagrados se entienden incorporados a nuestra Constitución a través del bloque de constitucionalidad así como también a través de la privilegiada jerarquía normativa que los tratados de derechos humanos poseen en Ecuador. Según los artículos 417 y 424 de la Carta Magna, los tratados internacionales de derechos humanos, en cuanto reconozcan derechos más favorables, prevalecen sobre cualquier otra norma o acto del poder público, incluso por sobre la Constitución. Lo que es más, los artículos 417, 426 y 11.3 reconocen que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables en Ecuador por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial.

Ahora bien, aun cuando de manera general se reconoce a los tratados de derechos humanos como normas autoejecutables y de aplicación directa, la propia Constitución en su artículo 84 establece la obligación de la Asamblea Nacional de adecuar las normas jurídicas internas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. El deber de adecuación normativa se encuentra también estipulado en el artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto del cual la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados.[8]

[6] Véase: ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Disponible en: http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf?view=1

[7] Véase, Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) Sección III (5); Declaración y Plan de Acción de México (2004), párrafo preliminar 7.

[8] En particular sobre la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno con respecto al refugio, véase: Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 236.

La consagración constitucional de los derechos no es suficiente para su efectiva vigencia, por lo que resulta relevante analizar si Ecuador ha cumplido con su obligación de adoptar legislación interna que haga efectivo el derecho al refugio reconocido en los tratados internacionales y en la Constitución de 2008.

b. Normativa interna

Debe resaltarse como una buena práctica el que Ecuador haya incluido el reconocimiento del derecho a solicitar asilo en sus Constituciones de 1967,[9] 1979,[10] 1984,[11] 1993,[12] y 1998.[13] La Constitución de 2008[14] representó un avance respecto de sus predecesoras en cuanto que no se limitó a reconocer el derecho de asilo, sino que estableció:

> Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad. El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

La Constitución también hace referencia en varios de sus artículos a la libre movilidad humana y, en el numeral 6 del artículo 416, señala expresamente que el Estado propugna el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad

[9] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967. Artículo 84.
[10] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979. Art. 17.
[11] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984. Artículo 17.
[12] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 183 de 5 de mayo de 1993. Artículo 17.
[13] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Artículo 29.
[14] Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 41.

de todos los habitantes del planeta. Sin embargo, y a pesar de la entrada en vigencia de la Constitución en 2008, hasta la adopción de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en 2017, no existió una norma con rango de ley que regulara el derecho al refugio con miras a hacerlo efectivo. La protección a los refugiados se reguló únicamente a través de Decretos Ejecutivos que no gozan de las garantías de una norma aprobada de conformidad con el procedimiento legislativo vigente.

El primer decreto sobre la materia fue el Decreto Ejecutivo 3293[15] de 1987, denominado "Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". El Decreto 3293 contenía una definición de refugiado consistente con aquella establecida en la Convención de 1951; así como con la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984, aunque otorgaba amplias facultades discrecionales al Ministerio de Relaciones Exteriores con respecto a la determinación de la condición de refugiado. El Decreto 3293 fue reemplazado por el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992,[16] denominado también "Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". La definición de refugiado continuó siendo respetuosa de los compromisos internacionales asumidos bajo la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena y se creó la Comisión para determinar la Condición de Refugiado en el Ecuador como instancia competente para conocer y resolver las solicitudes de la condición de refugiado.

[15] Decreto Ejecutivo No. 3293. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967*. Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.

[16] Decreto Ejecutivo No. 3301 de 6 de mayo de 1992, *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967.* Registro Oficial 933 del 12 de mayo de 1992.

En el año 2009, mientras se aplaudía a Ecuador a nivel internacional por su política de registro ampliado, se expidió el Decreto Ejecutivo 1635[17] que –sin reemplazarlo– modificó ciertas disposiciones del Decreto 3301. Entre otras reformas, este Decreto introdujo un procedimiento acelerado y sin salvaguardas que permitía a los funcionarios de la Dirección de Refugio identificar y rechazar solicitudes de refugio manifiestamente infundadas o abusivas (artículo 3). El Decreto 1635 fue un aviso de lo que se venía: una nueva normativa caracterizada por restricciones al derecho al refugio y preocupantes retrocesos sobre la materia. Así, el 30 de mayo de 2012 se expidió el Decreto Ejecutivo 1182,[18] denominado "Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio Establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las Normas Contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967". Más adelante señalaré algunos de los cambios más relevantes introducidos por este controversial decreto.

Además de los Decretos, en diciembre de 2013 la Defensoría del Pueblo presentó un Anteproyecto de Ley de Movilidad Humana ante las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. El proyecto dedicaba su capítulo IV a los solicitantes de refugio y refugiados y, en términos generales, era respetuoso de las obligaciones internacionales sobre la materia. Ese Anteproyecto nunca llegó a la Asamblea. Si bien la presidenta de la Asamblea, Gabriela Rivadeneira, afirmó que la Ley de Movilidad Humana sería debatida en el año 2014 y estaba incluida dentro de la lista de leyes prioritarias para la Asamblea

[17] Decreto Ejecutivo No. 1635. *Reforma Decreto Ejecutivo 3301, Registro Oficial 933, 12 de Mayo de 1992 que contiene el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957*. Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009. Art. 1

[18] Decreto Ejecutivo No. 1182. "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Nacional[19] que debía ser debatida en el segundo trimestre del año,[20] recién en junio de 2015 ingresó a la Asamblea un Proyecto de Ley Orgánica de Movilidad Humana, distinto a aquel trabajado por la Defensoría del Pueblo,[21] y sumamente regresivo en materia de refugio. La Asamblea Nacional discutió y aprobó este proyecto, en primer debate el 22 de noviembre de 2016 y en segundo debate el 4 y 5 de enero de 2017. La Ley Orgánica de Movilidad Humana fue promulgada el 6 de febrero de 2017.[22]

Si bien la Ley Orgánica de Movilidad Humana ha sido celebrada por distintos organismos, incluido el ACNUR, lo cierto es que esta legislación contiene serias deficiencias al momento de proteger a los solicitantes de refugio y refugiado. Por ello, resulta oportuno que reflexionemos sobre el litigio constitucional adelantado contra el Decreto 1182, con miras a determinar si es estratégico, o no, acudir nuevamente ante la Corte Constitucional para resolver las deficiencias de la nueva ley.

i. El Decreto 1182: indiscutible retroceso en la protección de solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador

A continuación describiré cómo, a través del Decreto Ejecutivo 1182 emitido por el gobierno del Presidente Correa en mayo de 2012, se restringieron los derechos de los solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador, así como también las

[19] Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Cancillería y Asamblea Nacional avanzan en la construcción de la Ley de Movilidad Humana*. 28 de mayo de 2014. Disponible en: http://cancilleria.gob.ec/cancilleria-y-asamblea-nacional-avanzan-en-la-construccion-de-la-ley-de-movilidad-humana/

[20] Así lo publicó El Telégrafo el 15 de abril de 2014. http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/el-543-esta-a-favor-de-la-reeleccion.html

[21] Asamblea Nacional. Memorando Interno remitido por el Asambleísta Eduardo Alfonso Zambrano Cabanella el 16 de julio de 2015. Disponible en: http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/70b576e9-371a-4729-8fb4-29c7ba3ab6fc/Proyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Movilidad%20Humana%20Tr.%20219452.pdf

[22] *Ley Orgánica de Movilidad Humana,* Registro Oficial 938 Suplemento del 6 de febrero de 2017.

garantías mínimas de las que deben gozar los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

- El Decreto 1182 limitó la definición de refugiado

Como se expresó en líneas anteriores, la Declaración de Cartagena de 1984, suscrita por Ecuador, reconoció que

> la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

El Decreto Ejecutivo 3293 de 1987, así como el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992, habían respetado esta definición ampliada de refugiado, por ser la más consistente con la realidad de la región. Argentina, Bolivia, Belice, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay también incorporaron a su legislación nacional la definición ampliada de Cartagena.[23] Sin embargo, en su artículo 8, el Decreto Ejecutivo 1182 optó por

[23] Argentina: *Acta resolutiva No. 465 del 24 de febrero de 1998 del Comité de Elegibilidad para Refugiados; Ley No. 26.165 del 8 de noviembre de 2006 - Ley General de Reconocimiento y protección de refugiados*. Belice: *Ley de Refugiados de 1991*. Bolivia: *Ley No. 251 de 2012 - Ley de protección a personas refugiadas; Decreto Supremo No. 19.640 del 4 de julio de 1983; Decreto Supremo No. 28.329 de 2005*. Brasil: *Lei No. 9.474, de 22 de julho de 1997 - Define Mecanismos para a Implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e Determina outras Providências*. Chile: *Ley No. 20.430 de 8 abril de 2010 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados*. Colombia: *Decreto No. 2840 del 6 de diciembre de 2013, por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones.* El Salvador: *Decreto No. 918 del 22 de agosto de 2002 - Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas.* Guatemala: *Acuerdo Gubernativo No. 383 del 14 de septiembre de 2001 - Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala.* Honduras: *Decreto No. 208 del 3 de marzo de 2003 - Ley de migración y extranjería.* México: *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, 2011*; *Ley General de Población del 7 de enero de 1974 y sus*

una definición que excluyó a aquellas personas a las que se había comprometido a proteger en virtud de la Declaración de Cartagena y retrocedió a la definición tradicional de refugiado contenida en la Convención de 1951. La omisión no fue involuntaria.[24]

- El Decreto 1182 estableció un plazo brevísimo para la presentación de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado

Otra novedad incluida en el Decreto 1182 que permitió al Estado ecuatoriano excluir de la protección internacional a solicitantes de refugio merecedores de dicha protección fue el establecimiento de un plazo de 15 días desde la entrada al país para la presentación de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. El artículo 27 del Decreto estableció que las solicitudes que no sean presentadas ante las autoridades pertinentes dentro de ese brevísimo plazo, no serían admitidas. Esta restricción al derecho a solicitar y obtener el reconocimiento de la condición de refugiado no sólo que es innecesaria, desproporcionada y carente de un objetivo legítimo, sino que además es ignorante de la situación que atraviesan los solicitantes de refugio al ingresar a territorio ecuatoriano. Por lo general, quienes cruzan la frontera ecuatoriana en búsqueda de protección, se preocupan primero de garantizar su seguridad, su integridad personal, su alimentación y vivienda, y sólo después de haber encontrado un espacio seguro se informan sobre la necesidad de regularizar su condición migratoria. El desconocimiento de su derecho a recibir protección internacional, cuando han huido de su país a causa de persecución o violencia generalizada,

reformas. Nicaragua: *Ley No. 655 del 9 de julio de 2008 - Ley de Protección de Refugiados*. Paraguay: *Ley No. 1.938 del 9 de julio de 2002 - Ley general sobre refugiados.* Perú: *Ley No. 27.891 del 20 de diciembre de 2002 - Ley del Refugiado.* Uruguay: *Ley No. 18.076 del 14 de noviembre de 2006 - Ley sobre el Estatuto de Refugiados.*

[24] Así puede evidenciarse de las contestaciones que Cancillería y Procuraduría enviaron a la Corte Constitucional en el marco de la demanda de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1182.

sumado al temor a denunciar lo vivido ante las autoridades, genera que muchas personas no soliciten formalmente el refugio dentro de los quince días posteriores a su entrada al país, y sean excluidos de la protección que ameritan.

- El Decreto 1182 estableció restricciones ilegítimas al derecho a solicitar asilo

En el derecho internacional se reconocen dos categorías: los solicitantes de refugio y los refugiados. Tanto los solicitantes de refugio como los refugiados tienen derechos y obligaciones, y están protegidos frente a la devolución. No obstante, en sus artículos 19 y 20, el Decreto Ejecutivo creó una tercera categoría que podría denominarse solicitante de la condición de solicitante de refugio. Y es que a través de estos artículos se estableció que toda solicitud de la condición de refugiado debe pasar por un proceso de admisibilidad previo. Una solicitud podría no superar el examen de admisibilidad, que según el Decreto podría durar hasta cuatro meses, y por tanto el solicitante nunca sería considerado como tal, se le niega por completo el acceso al procedimiento de solicitud de refugio. El Decreto no aclaró qué tipo de protección se ofrece para quienes están a la espera de ser considerados solicitantes de refugio.

Adicionalmente, el Decreto Ejecutivo 1182 estableció en sus artículos 24, 25 y 26 la posibilidad de que una solicitud de la condición de refugiado sea declarada inadmisible por ser ilegítima, infundada o abusiva, sin que para ello sea necesaria una resolución por parte de la Comisión de Elegibilidad, de conformidad con el artículo 33. Si bien se ha reconocido que los Estados pueden establecer procedimientos expeditos que les permitan responder a solicitudes fraudulentas, manifiestamente infundadas o abusivas, esos procedimientos deben gozar de una serie de salvaguardias con el fin de garantizar que las solicitudes no sean rechazadas sin haber pasado por un procedimiento que le permita evaluar cada caso de forma individual, concediendo al solicitante una entrevista personal y

asegurando que la decisión sea adoptada luego de haberse analizado los méritos del caso por la misma autoridad competente para reconocer como refugiados a los solicitantes y no únicamente por aquella que recibió la solicitud. En Ecuador estas garantías no se cumplen, pues las solicitudes declaradas ilegítimas, infundadas o abusivas podrían no ser admitidas a trámite, y en consecuencia se impide a los solicitantes el acceso a un procedimiento que garantice su derecho a ser oídos en una entrevista; más aún, una autoridad distinta a la Comisión de Elegibilidad podría rechazar su solicitud sin que se hayan considerado los méritos de su solicitud. Esta disposición tuvo un impacto negativo en los derechos de los solicitantes de refugio. Según cifras del ACNUR, sólo en los primeros meses de vigencia del Decreto, alrededor del 50% de las solicitudes de refugio presentadas fueron inadmitidas al trámite, es decir, que la mayoría de casos fueron rechazados sin haberse realizado un análisis a profundidad sobre el mérito de la solicitud y la necesidad de protección internacional de la persona solicitante.[25]

Adicionalmente, a través de estos artículos el Decreto permitía que se inadmitan por ser ilegítimas solicitudes que según las reglas del derecho internacional sólo podrían ser excluidas de la protección de refugiados luego de haber pasado un examen de inclusión. Así, por ejemplo, el artículo 26 confundía o equiparaba la cláusula de exclusión, establecida por la Convención de 1951 para personas que hayan cometido delitos particularmente graves, con una solicitud ilegítima que ni siquiera se admite a trámite. En consecuencia, aquellas personas que habían cometido delitos graves eran ser devueltas sin que las autoridades competentes analicen, por ejemplo, si la persona culpable de un delito de derecho común está expuesta a un castigo excesivo equiparable a la persecución en el sentido de la definición de refugiado.

[25] ACNUR. Resumen de las actividades, logros y alcances de la operación para refugiados en Ecuador del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. 2013.

- El Decreto 1182 amplió las causales que permiten dar por terminada la condición de refugiado

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados establece cláusulas *taxativas* para dar por terminada la protección de un refugiado. Así, la Convención permite cesar la condición de refugiado a una persona que fue adecuadamente reconocida como tal, pero respecto de quien las circunstancias han cambiado, como por ejemplo cuando haya adquirido una nueva nacionalidad y se encuentre disfrutando de la protección de ese país. La Convención también permite cancelar el reconocimiento de refugiado, es decir, invalidar este reconocimiento con base en información que determine que ese reconocimiento nunca debió concederse. Finalmente, la Convención establece la posibilidad de revocar la condición de refugiado, retirándole la protección a una persona que se reconoció apropiadamente como tal, con base en que su conducta posterior al reconocimiento esté contemplada dentro del alcance del Artículo 1F(a) o (c) de la Convención de 1951.

La Corte Interamericana ha reconocido que las "cláusulas de cesación, además de requerir un procedimiento riguroso para ser aplicadas, tienen carácter negativo y su enunciación es exhaustiva. Por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente y no pueden aducirse, por analogía, otras causas para justificar la privación de la condición de refugiado".[26] En aplicación de una interpretación restrictiva, la Convención permite exclusivamente revocar la protección a un refugiado que a) haya cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad o, b) haya cometido actos que ameriten la aplicación de una cláusula de cesación, pero no permite revocar la condición de refugiado a

[26] Corte IDH. Caso Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, párr. 189. Véase también, ACNUR, *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 116.

una persona que haya cometido un delito o haya atentado contra la seguridad del Ecuador, como establece el artículo 55 del Decreto Ejecutivo.

En la misma línea, la Convención permite cesar la condición de refugiado a toda persona que se haya acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, pero no permite, como pretendió el Decreto 1182 en su artículo 52, cesar dicha condición a una persona que retorne a su país de origen "sin la autorización escrita de la autoridad competente". Si las circunstancias fuerzan a un refugiado a retornar brevemente a su país de origen y por desconocimiento lo hace sin una autorización previa, esto no permite al Estado desconocer su condición de refugiado y su necesidad de protección internacional.

El Decreto Ejecutivo también incumplía las disposiciones de la Convención de 1951 que únicamente permiten cesar, cancelar o revocar el reconocimiento de la condición de refugiado en situaciones taxativas, al incluir en su artículo 54 una nueva circunstancia llamada extinción.

- El Decreto 1182 estableció plazos brevísimos de impugnación de las decisiones

Sin que exista razón fundada para establecer una diferenciación respecto de otros plazos establecidos para la impugnación de las decisiones adoptadas por autoridades administrativas en Ecuador, según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), el Decreto 1182 estableció que las decisiones que calificaban como inadmisible una solicitud sólo podían ser apeladas dentro de un plazo de 3 días, mientras que las decisiones de rechazo de la solicitud de reconocimiento de refugiado sólo podían ser apeladas dentro de un plazo de 5 días. Si a estos plazos brevísimos se le sumaban las recurrentes

restricciones al derecho de acceso a la información que enfrentan los refugiados,[27] los recursos de impugnación resultaban virtualmente ilusorios.

Lo que es más, el artículo 50 del Decreto Ejecutivo 1182 posibilitó la deportación de personas a pesar de estarse sustanciando un recurso extraordinario de revisión, en abierta contradicción con el principio de no devolución.

- El Decreto 1182 incumplió el principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley, en palabras de la propia Corte Constitucional, "constituye el eje de las relaciones entre el legislador y el ejecutivo en lo referente a la producción de las normas. *Lo que persigue... es precisamente, excluir, para ciertas materias, la posibilidad de normación por vía distinta a la legislativa*".[28] Al respecto, la Constitución ecuatoriana reconoce el principio de reserva de ley y en su artículo 133 claramente establece que para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales se requiere una Ley Orgánica. También la Convención Americana, en su artículo 30, señala que sólo se puede restringir el goce y ejercicio de los derechos a través de "leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Consultada sobre el significado de la palabra "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana, la Corte Interamericana señaló que "la palabra "leyes" en el artículo 30 de la Convención significa: norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.[29]

[27] Véase, por ejemplo, el Acuerdo Ministerial 00071 que declara como reservados los documentos con base en los cuales la Comisión de Elegibilidad adopta sus decisiones e impide a los solicitantes conocer los fundamentos del rechazo de su solicitud.

[28] Resolución de la Corte Constitucional 5, Registro Oficial Suplemento 714 de 31 de Mayo del 2012.

[29] Corte IDH. Opinión Consultiva 6/86.

Cuando una ley es emanada por el órgano legislativo, según el procedimiento establecido para tal efecto, goza de garantías de debate y publicidad de los que no gozan otros actos normativos, como por ejemplo los Decretos Ejecutivos que pueden emitirse por el ejecutivo sin ningún tipo de consulta o debate de la población o sus representantes elegidos.

La propia Declaración de Cartagena, en su primera conclusión, recomienda a los países promover la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados que se inspiren en principios y criterios de la Convención y el Protocolo. Adicionalmente, órganos de tratados de Naciones Unidas han observado que Ecuador aún no cuenta con una norma con rango de ley que garantice el derecho al refugio. Así, el Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas recomendó en 2010 a Ecuador revisar las leyes secundarias que no sean compatibles con la Constitución y aprobar una Ley de Movilidad Humana que asegure en la práctica los derechos y principios reconocidos incluyendo el principio de no discriminación.[30] Sobre la necesidad de adecuación de la legislación interna de Ecuador a sus obligaciones internacionales sobre refugio, también se pronunciaron el Comité de la ONU contra la Tortura en el año 2010[31] y el Comité de la ONU para la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones finales respecto de Ecuador, en el año 2012.[32] A nivel interno, la Agenda Nacional de Igualdad para la Movilidad Humana, propone: "Incorporar en la nueva Legislación para la Movilidad Humana, una visión del asilo, refugio y apatridia

[30] Comité de Trabajadores Migratorios de la ONU, Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 155o. período de sesiones, 3 de diciembre de 2010, CMW/C/ECU/CO/2, p. 3.

[31] CAT, Observaciones finales respecto de Ecuador, CAT/C/ECU/CO/4-6, 7 de diciembre de 2010, recomendaciones 13-16.

[32] CDESC, Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe de Ecuador, E/C.12/ECU/CO/3, 2012, p. 4.

acorde con la Constitución y a las obligaciones internacionales asumidas por el estado, además de procedimientos de asilo, refugio y apátrida eficientes".[33]

La regulación de una materia tan delicada como la protección de refugiados exigía una ley que permita impedir que, por decisión del poder Ejecutivo, se restrinjan arbitrariamente los derechos de los solicitantes de refugio en Ecuador o las garantías que deben revestir los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, como sucedió con el Decreto 1182. Si bien la vigencia de una ley sobre la materia no es una garantía de que se respetará y garantizará el derecho al refugio en Ecuador –como sucedió con la Ley Orgánica de Movilidad Humana– constituye un paso imprescindible en la reducción de espacios de arbitrariedad de las instituciones y autoridades a cargo de decisiones relativas a la protección de este derecho.

ii. La sentencia de la Corte Constitucional relativa al Decreto 1182: insuficientes avances en la protección de los refugiados en Ecuador

Con base en las razones expuestas en la sección anterior, entre otras, en el año 2012 se presentaron dos acciones públicas de inconstitucionalidad contra el Decreto 1182. La primera, por la organización *Asylum Access* de Ecuador, y la segunda por la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito. Ambas acciones fueron acumuladas por la Corte Constitucional a un mismo proceso y por casi dos años aguardaron una decisión de la Corte. Finalmente, luego de preocupantes e inadmisibles violaciones de trámite por parte del organismo que debería velar por el cumplimiento de las garantías de debido proceso en todo procedimiento, como por ejemplo el no notificar a las accionantes con las contestaciones a la demanda para permitirles ejercer su derecho de contradictorio, el 12 septiembre de 2014 la Corte notificó su decisión adoptada el 14 de agosto

[33] Agenda Nacional de Igualdad para la movilidad humana**.** 2014. Sección 6.1.2. Política 2.c.

de 2014 a través de la cual aceptó parcialmente las demandas de acción pública de inconstitucionalidad del Decreto 1182.

- La sentencia amplía la definición de refugiado

En su decisión, la Corte Constitucional destaca que la Declaración de Cartagena sobre Refugiados es un instrumento de carácter no vinculante, aunque reconoce que la ampliación del concepto de refugiado establece un mayor fortalecimiento de su protección. Según la Corte, "la Declaración de Cartagena constituye un instrumento internacional de derechos humanos y la definición de refugiada o refugiado que consta en su conclusión tercera corresponde a una proposición más favorable al contenido y ejercicio del derecho humano al refugio". La Corte concluye que

> la Declaración de Cartagena constituye un instrumento internacional de derechos humanos y la ampliación de la definición de refugiada o refugiado que consta en su conclusión tercera corresponde a una proposición más favorable al contenido y ejercicio del derecho humano al refugio, el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No.1182 debió considerar tal definición junto con aquella que establece la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951.

Cabe destacar en este punto, el análisis realizado por la Corte con respecto a la aplicación directa de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a la luz de los artículos 11.3 y 426 de la Constitución, siempre que contengan normas más favorables, aún cuando no se trate de tratados vinculantes para Ecuador. Ese es el fundamento que permite a la Corte declarar que el artículo 8 del Decreto Ejecutivo 1182 es constitucional, únicamente si a la definición se le agrega como segundo inciso la definición ampliada, contenida en la Declaración de Cartagena, y se incluye a "las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la

violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

Si bien la decisión de la Corte es positiva con respecto a la ampliación de la definición de personas refugiadas en Ecuador, así como en relación con la aplicabilidad directa de los instrumentos que consagren derechos más favorables, la Corte guarda silencio con respecto a las decisiones ya adoptadas con base en el Decreto 1182 que no reconocieron como refugiadas a personas que cumplen los criterios de la Declaración de Cartagena. Así las cosas, podría decirse que en términos de la definición de refugiado, la decisión de la Corte, más que avanzar en la protección jurídica de los refugiados en Ecuador, devolvió las cosas al momento en el que se encontraban antes de la vigencia del Decreto 1182, bajo la protección de Decretos Ejecutivos vigentes desde 1987 hasta 2012.

En todo caso, Ecuador volvió a integrar la lista de los países de la región latinoamericana que han adoptado en su legislación la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. Esta buena práctica permite que la definición de refugiado sea más flexible y pueda acoger, por ejemplo, a víctimas que huyen de la violencia generalizada de pandillas organizadas o del narcotráfico, aun cuando no cumpla con todos los requerimientos de la Convención de 1951. La Ley Orgánica de Movilidad Humana incluyó también en su definición de refugiado, la definición ampliada recomendada por la Declaración de Cartagena.

- *La sentencia convalida la existencia de un plazo para la presentación de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado*

La Corte Constitucional coincidió con los demandantes en que "conminar a una persona que esté sometida al padecimiento de sentimientos de desarraigo y reconstrucción en territorio ajeno al cumplimiento de un breve espacio de tiempo

para la presentación de una solicitud de refugio [...] deriva inevitablemente en la agudización de la difícil situación que representa el desplazamiento forzoso". No obstante, en vez de eliminar por completo el requisito de un plazo dentro del cual deban presentarse las solicitudes para ser tramitadas, la Corte Constitucional sustituyó el plazo de 15 días para presentar la solicitud luego del ingreso al territorio ecuatoriano, por un plazo de tres meses.

Si bien el plazo resulta más razonable que el anterior, la Corte convalidó en su sentencia la existencia de un plazo para la presentación de solicitudes de refugio, lo que resulta contrario a las buenas prácticas sobre la materia conforme a las cuales no debería existir dicho plazo. La Corte no estableció, por lo menos, algún tipo de flexibilidad que permita examinar el mérito de las solicitudes antes de rechazarlas, por ser presentadas fuera del plazo de tres meses. La Corte no respondió a los alegatos de los demandantes con respecto a la necesidad de reconocer a los refugiados *sur place*, es decir, a aquellos que pueden haber ingresado al país por otras razones, pero que, por un cambio en las circunstancias posteriores a su ingreso al país, se convierten en refugiados que requieren de protección internacional. Y finalmente, la Corte tampoco establece algún tipo de solución con respecto a las solicitudes rechazadas con base, únicamente, en su presentación fuera del plazo de 15 días desde la entrada en vigencia del Decreto 1182 hasta la publicación de la sentencia de la Corte.

Limitar el reconocimiento del estatuto de refugiado a la formalización de la solicitud de asilo dentro de un plazo resulta contrario al principio según el cual el refugio tiene carácter únicamente declarativo y no constitutivo, pues el transcurso del tiempo no incide en la calidad de refugiado de una persona que el Estado no declara a través del acto administrativo sino que únicamente reconoce. El incumplimiento de un requisito formal no debería significar que automáticamente se niegue a la solicitud la debida consideración (aunque podría afectar la credibilidad del solicitante de asilo, esto debería ser parte de un análisis de los méritos de su solicitud).

La decisión de la Corte que convalida estos plazos es contraria a los estándares internacionales sobre la materia[34] y podría llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado, como ha sucedido en Europa.[35] Como mínimo, la Corte debió incluir una salvaguarda fundamental, en el sentido de que la falta de presentación de la solicitud dentro de un período específico o la falta de cumplimiento de otros requisitos formales no debería conducir *per se* a que la solicitud no reciba la debida consideración. La nueva Ley Orgánica de Movilidad Humana, si bien mantiene el plazo de 90 días para la presentación de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, deja abierta la puerta para que en casos excepcionales puedan presentarse solicitudes fuera de este plazo.

- *La sentencia convalida las restricciones ilegítimas al derecho a solicitar asilo*

La Corte Constitucional, en su sentencia, no estimó contrarias a la Constitución y los instrumentos internacionales sobre la materia, las disposiciones del Decreto 1182 que establecían la posibilidad de inadmitir solicitudes de refugio de manera previa a que la persona sea reconocida como solicitante de refugio, sin necesidad de pasar por una entrevista, y sin que la decisión sea adoptada por el único organismo competente para reconocer o rechazar una solicitud de refugio: la Comisión de Elegibilidad. Es decir, la Corte reconoció que el Estado puede inadmitir solicitudes de refugio sin salvaguardas mínimas de un debido proceso que permitan garantizar el derecho a solicitar refugio.

Para llegar a esta conclusión, la Corte realiza un razonamiento que demuestra su ignorancia respecto del derecho al refugio. De manera reiterada e incuestio-

[34] Véase Comité Ejecutivo del ACNUR sobre refugiados sin un país de asilo. Conclusión No. 15 (XXX) de 1979.

[35] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jabari vs. Turquía.* Sentencia de 10 de julio de 2000, párr. 40.

nable se ha reconocido a nivel internacional que el reconocimiento de la condición de refugiado tiene únicamente un carácter declarativo y no un carácter constitutivo. Una persona es refugiada en el momento en que reúne los requisitos de la definición y no en el momento en el que el Estado emite un acto administrativo reconociendo esa situación. La persona no adquiere la condición de refugiado en virtud de la decisión de la Comisión de Elegibilidad, sino que esta autoridad le reconoce tal condición. En consecuencia, no se puede dejar de reconocer el derecho al refugio con base en meras formalidades del proceso de determinación. La propia Corte Interamericana ha reafirmado que

> de acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.[36]

En absoluto desconocimiento de lo anterior, en uno de los párrafos más burdos de la sentencia, la Corte Constitucional señala que:

> la calidad de refugiada o refugiado se *adquiere*, internacionalmente, luego de solicitar su admisión en un país de asilo seguro para el *otorgamiento* de tal calidad, el que le garantiza el derecho a no ser regresado forzosamente al país donde su supervivencia se encuentra amenazada. No obstante, el *otorgamiento* de esa calidad procede sólo después de la sustanciación de un proceso tendiente a determinar si de conformidad con los requisitos que establece el marco legal nacional e internacional es posible *conceder* a una persona la condición de refugiada. Si bien el refugio equivale a un derecho

[36] Corte IDH. *Caso Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, párr. 145. Véase también: ACNUR. *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Diciembre de 2011. HCR/1P/4/ENG/REV.3. Disponible en: http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html, párr. 28.

> humano, eso no implica que pueda ser *concedido* sin un análisis previo […]. (el resaltado me pertenece).

Es, con base en este razonamiento contrario a los estándares internacionales sobre la materia, que la Corte llega a la conclusión de que el derecho al refugio no se reconoce o declara, sino que se otorga o concede, y por tanto "no puede restringirse la potestad del Estado para determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de una petición de refugio, siempre que tal procedimiento asegure las garantías del debido proceso". Luego, la Corte desconoce que el procedimiento de admisibilidad que establece el Decreto 1182 tampoco cumple con las garantías de debido proceso.

En relación con la posibilidad de inadmitir solicitudes ilegítimas, infundadas o abusivas, sin pasar por un procedimiento con las debidas salvaguardias que permita evaluar cada caso de forma individual y sobre la base de los méritos del caso, la Corte se limita a señalar que "si bien estas cuestiones derivan en la inadmisión de la solicitud de refugio, y en el caso de las solicitudes ilegítimas en la expulsión inmediata del país, debe señalarse que la consagración plena del derecho humano al refugio no puede tener lugar en razón de abusos o fraudes deliberados". Esto, en abierta contradicción con las buenas prácticas sobre la materia que reconocen en su legislación la prohibición de rechazar o expulsar a una persona en la frontera.

La Corte convalidó también que ciertas solicitudes –que a la luz del Derecho internacional podrían ser excluidas sólo con posterioridad a un análisis de inclusión, como por ejemplo las solicitudes de personas que hayan cometido delitos particularmente graves antes de entrar al Ecuador– sean simplemente inadmitidas, sin que los organismos pertinentes puedan considerar los méritos de la solicitud. Según el análisis de la Corte, personas que hayan cometido un delito contra la paz, un delito de guerra, un delito contra la humanidad o un grave delito común fuera del país de refugio, "no pueden acceder a tal condición".

La Corte ignora en ese análisis que el artículo 1(f) de la Convención de 1951 contiene cláusulas de exclusión, que sólo pueden ser aplicadas con posterioridad a un análisis de inclusión. Las cláusulas de exclusión no niegan el acceso a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado, como asegura la Corte, sino que excluyen a la persona de la protección luego de haber accedido a un procedimiento de determinación de su condición de refugiado.

Como consecuencia de la aplicación del Decreto 1182 y de la decisión de la Corte, las autoridades podrían expulsar a una persona del territorio en contravención con el principio de no devolución y vulnerar también estándares del sistema interamericano. Vale la pena recordar que el principio de no devolución es aplicable incluso a personas que podrían ser excluidas de la protección como refugiadas, en aplicación de una cláusula de exclusión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que, en aplicación del artículo 22.8 de la Convención Americana: "en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre".[37] También el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha afirmado que no se puede extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado, si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente.[38] La Convención contra la Tortura impide deportar a una persona a un país donde exista el riesgo de tortura, aun cuando esa persona no sea refugiada. Ecuador podría vulnerar el principio de no devolución al inadmitir una solicitud de refugio

[37] Corte IDH. Caso Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Párrafo 135.

[38] CDH. *Jonny Rubin Byahuranga Vs. Dinamarca*,CCPR/C/82/D/1222/2003, 82 periodo de sesiones, 18 de octubre a 5 de noviembre de 2004, párr. 11.3; *Jama Warsame Vs. Canadá*,CCPR/C/102/D/1959/2010, 102 periodo de sesiones, 11 a 29 de julio de 2011, párr. 8.3

sin tomar en consideración el mérito de la solicitud, expulsar al solicitante del territorio sin otorgarle una oportunidad de ser entrevistado y acceder al proceso de determinación de la condición de refugiado con miras a evaluar su solicitud.

En contradicción con lo que sucede en Ecuador, es posible identificar buenas prácticas sobre la materia en países como México, Argentina, Costa Rica y Nicaragua. Países que han adoptado normativa interna, consagrando la protección complementaria a extranjeros que no son refugiados pero que necesitan protección, porque no pueden ser devueltos al país de origen o a un tercer país sin que ello implique un riesgo para su vida o su seguridad por alguno de los motivos protegidos en la Convención Americana. La Ley Orgánica de Movilidad Humana, de manera similar al Decreto 1182, también admite la posibilidad de inadmitir solicitudes ilegítimas, infundadas o abusivas sin pasar por un procedimiento con las debidas salvaguardias.

- *La sentencia convalida la ampliación de causales que permiten dar por terminada la condición de refugiado*

La Corte Constitucional, en su decisión, desconoció la existencia de cláusulas *taxativas* de cesación, cancelación o revocación que permiten poner fin a la protección de un refugiado. La Corte estimó que Ecuador podría revocar legítimamente la protección a un refugiado que haya cometido un delito o haya atentado contra la seguridad en Ecuador, aun cuando ese delito no sea un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. Los refugiados no deben gozar de impunidad frente a los delitos pero, si los cometieran, deberían recibir la sanción penal que corresponda según el derecho interno, sin que esto implique que podrían ser devueltos a un país donde se ha reconocido que su vida o integridad corren peligro. Esto atenta abiertamente contra el principio de no devolución.

El principio de no devolución es una norma *ius cogens*, esto es, una norma imperativa de derecho internacional que no admite excepciones ni interpretaciones en contrario. La Corte Constitucional convalida con su decisión la posibilidad de violar el principio de no devolución respecto de las personas que cometan delitos en Ecuador, con base en el siguiente razonamiento:

> no se observa inconstitucionalidad en la inaplicación del principio de no devolución para quienes por razones debidamente fundamentadas sean considerados un peligro para la seguridad del país o el orden público, o que habiendo recibido una condena definitiva por un delito particularmente grave constituyan una amenaza para la comunidad ecuatoriana.

Nótese el uso de la conjunción "o", que denota que no sólo se incumple el principio de no devolución respecto de personas que hayan sido condenadas por delitos particularmente graves en Ecuador, sino también respecto de cualquier persona considerada un peligro para el orden público, lo que abre mayores espacios de discrecionalidad al momento de devolver a una persona a un país donde su vida o integridad corran peligro.

De la misma forma, la Corte permite con su decisión que Ecuador viole el derecho de no devolución de una persona merecedora de la protección internacional, únicamente por haber retornado a su país de origen sin autorización de la Dirección de Refugio, desconociendo que pueden existir circunstancias que obliguen a una persona a retornar a su país de origen de forma urgente o que impidan que la persona obtenga dicha autorización.

En resumen, la Corte estableció que "las decisiones de cesación, revocatoria o extinción de la condición de refugiada o refugiado no son arbitrarias en la medida en que [sean] adecuadamente motivadas"; y llegó a afirmar que "la enunciación de las causales para cesación, revocatoria o extinción es exhaustiva y recoge aquellas que constan en instrumentos internacionales pertinentes", afirmación

que no resiste el más mínimo análisis. La Ley Orgánica de Movilidad Humana, en este aspecto, es aún peor que el Decreto 1182, en cuanto permite dar por terminada la protección a los refugiados que hayan cometido un delito, sin considerar siquiera la gravedad del mismo.

- *La sentencia amplió los plazos de impugnación de las decisiones relativas a la solicitud de refugio y garantizó su efecto suspensivo*

La Corte encontró que las disposiciones del Decreto 1182, al otorgar plazos brevísimos de impugnación a las personas que solicitan su reconocimiento como refugiados, "vulneran el derecho a la igualdad, en tanto existe una injustificada diferencia entre estos plazos y aquellos que establece el ERJAFE para el procedimiento administrativo común". En consideración de lo anterior, la Corte sustituyó el plazo de 3 días para recurrir de la decisión que califica de inadmisible la solicitud, por uno de 15 días, y el plazo de 5 días para apelar las decisiones emitidas por la Dirección de Refugio o por la Comisión para determinar la condición de refugiado, por uno de 15 días.

La Corte Constitucional también observó que el recurso de revisión tiene efectos suspensivos respecto de otros actos administrativos, pero el Decreto 1182 permitía devolver a una persona que hubiése planteado el recurso de revisión. Al respecto, la Corte señaló que "no es claro el motivo por el cual el artículo 50 del Decreto Ejecutivo 1182 posibilita la deportación de una persona mientras se está sustanciando un recurso extraordinario de revisión […]. La disposición jurídica acusada, efectivamente, vulnera el principio constitucional que garantiza la no devolución de un solicitante de refugio cuando aún no se ha decidido definitivamente su situación jurídica, poniendo en riesgo la vida o libertad de una persona". En consecuencia, la Corte modificó el artículo 50 del decreto para establecer que "la resolución que se dicte en última instancia será susceptible del recurso extraordinario de revisión".

En este punto, la decisión de la Corte elimina algunas de las restricciones arbitrarias que estableció el Decreto 1182 respecto de las garantías mínimas del debido proceso aplicables al procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

- *La sentencia desconoce el principio de reserva de ley y abre nuevos espacios de arbitrariedad*

Quizá la sección más preocupante de la sentencia, por los efectos que esta decisión podría tener respecto de otros actos normativos del poder ejecutivo, tanto relativos a refugio como relativos a cualquier derecho humano, es la que se refiere al principio de reserva de ley.

La Corte Constitucional reconoce que "es claro que a través del principio de reserva legal se busca asegurar la protección de los derechos y garantías constitucionales encargando la regulación de su ejercicio a una norma de carácter general emanada del órgano legislativo, constitucionalmente previsto y democráticamente elegido". No obstante, a línea seguida, la Corte afirma que "eso no significa que todos los derechos constitucionales deban ser desarrollados por el legislador mediante una ley orgánica"; y en el párrafo siguiente señala que "una interpretación literal del numeral 2 del artículo 133 de la Constitución […] derivaría en imponer al legislador exclusivamente la emisión de leyes orgánicas, sobre la base que todas las normas regulan de cierto modo el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución". No es claro por qué la Corte no aplica una interpretación literal del artículo 133, como lo exigen los propios principios de interpretación constitucional en Ecuador.

Según la interpretación de la Corte, la obligación de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales a través de leyes orgánicas, contenida en el numeral 2 del artículo 133, se cumplió cuando la Asamblea Nacional emitió la

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. A criterio de la Corte, la existencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional exime a la Asamblea de la obligación de dotar de carácter orgánico a las normas a través de las cuales se regulen los derechos, así como también exime al ejecutivo de abstenerse de emitir reglamentos, decretos, acuerdos y otros actos administrativos de carácter general a través de los cuales se regulen derechos constitucionales. La Corte afirma que las normas de carácter infralegal no pueden "restringir o limitar derechos y/o garantías, lo que no significa que no puedan complementar o pormenorizar la regulación de los derechos constitucionales". No escapa a la Corte que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales no regula el derecho al refugio ni ningún derecho en particular, y que no existía norma con rango de ley que regule el derecho al refugio garantizado en el artículo 41, lo que permitiría que se aprueben reglamentos para regular con mayor detalle –aunque nunca con más límites– el derecho al refugio. Pero la Corte encuentra que el Decreto 1182 complementa la Ley de Extranjería en relación a la situación de los extranjeros residentes en Ecuador, razón por la cual el Decreto Ejecutivo 1182, a juicio de la Corte, "no resulta incompatible con el principio de reserva de ley".

Es incuestionable que el Decreto 1182 estableció límites y restricciones al derecho al refugio sin limitarse a pormenorizar una regulación contenida en la Ley de Extranjería. La existencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no exime a la Asamblea de su obligación de emitir leyes que permitan hacer efectivos los derechos que garantiza la Constitución, ni tampoco es garantía suficiente de que no se limitarán o restringirán de forma arbitraria a través de reglamentos, decretos o acuerdos, los derechos consagrados en la Constitución. Con esta decisión, la Corte Constitucional abrió una puerta que permite al ejecutivo aprobar actos administrativos de efectos generales que restrinjan derechos humanos más allá de lo establecido por la Constitución o la ley.

- ¿Es estratégico acudir a la Corte Constitucional frente a las disposiciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana que restringen la protección jurídica de los refugiados?

Si bien Ecuador se ha caracterizado por una generosa tradición de asilo, el país no es un ejemplo de buenas prácticas normativas para la protección de los solicitantes de refugio y refugiados; y la Corte Constitucional no ha logrado ofrecer una respuesta satisfactoria ante las deficiencias de la legislación ecuatoriana en la materia. La sentencia de la Corte Constitucional corrigió algunas de las más evidentes arbitrariedades del Decreto 1182, pero la decisión convalidó también prácticas abiertamente contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y no ofreció una solución a las miles de personas afectadas por la aplicación del Decreto.

El presente ensayo incluye razones suficientes por las que el "Segundo Foro Regional sobre el Poder Judicial y los Derechos Humanos de las Personas Migrantes Sujetas de Protección Internacional", organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Sin Fronteras, la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia y la Suprema Corte de Justicia de México, debieron abstenerse de premiar a la Sentencia No. 002-14-SIN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador como una decisión judicial digna de reconocimiento internacional por su protección del derecho al refugio y la no devolución.

Más allá de este inmerecido reconocimiento, cabe preguntarse cómo la decisión de la Corte Constitucional impactará un posible litigio relacionado con la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, vigente desde febrero de 2017. Recordemos que una de las principales críticas al Decreto estuvo relacionada con el irrespeto al principio de reserva de Ley. De hecho, la exigencia de una ley que regule el derecho al refugio y el derecho a migrar consagrados en la Constitución ha sido bandera de lucha de las organizaciones de derechos humanos en Ecuador. En ese sentido, deberíamos cele-

brar la entrada en vigencia de una ley –es más, una ley orgánica– que finalmente haga realidad los postulados constitucionales sobre la materia. Pero la existencia de una ley no puede celebrarse si su contenido sigue siendo incompatible con la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia.

La Ley Orgánica de Movilidad Humana respetó la decisión de la Corte Constitucional al momento de considerar la Declaración de Cartagena al momento de definir quiénes son refugiados, lo cual es positivvo. Pero la ley también se valió de la sentencia de la Corte Constitucional para convalidar la existencia de plazos máximos para la presentación de solicitudes de reonocimiento de la condición de refugiado (aunque con mayor flexibilidad); para inadmitir solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado que considera ilegítimas, infundadas o abusivas; y para ampliar las causales que permiten dar por terminada la condición de refugiado más allá de las cláusulas taxativas contenidas en la Convención de 1951. Dado que ya existe una decisión de la Corte Constitucional sobre disposiciones que la Ley Orgánica de Movilidad Humana no modificó sustancialmente respecto de las que incluía el Decreto 1182, pretender que la Corte se pronuncie sobre la incompatibilidad de estas disposiciones con la Constitución, revisando sus propios estándares, parece iluso.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Movilidad Humana también contiene disposiciones preocupantes que no estaban incluidas en el Decreto y por tanto no fueron materia de análisis por la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la nueva Ley la "amenaza o riesgo para la seguridad interna" constituye una causal para la inadmisión alterritorio (art. 137.6) así como también para no reconocer a una persona como refugiada (art. 104.4). La nueva Ley también permite inadmitir al territorio a solicitantes de refugio que pretendan ingresar con documentación falsaa o adulterada (art. 137.1), violando el principio de no sanción por ingreso ilegal contenido en la Convención de 1951. Esta nueva legislación además permite revocar la protección internacional a refugiados que hayan sido "sentenciados por

el cometimiento de un delito" (art. 108), ampliando de manera peligrosa las cláusulas taxativas que permiten dar por terminada la protección a los refugiados. Finalmente, según la nueva ley, los solicitantes de refugio cuya solicitud ha sido inadmitida están obligados a salir del país, y si no cumplen esta obligación son deportados (art. 103) sin que se les ofrezca alguna otra oportunidad de regularizar su condición migratoria. ¿Vale la pena demandar la inconstitucionalidad de estas disposiciones ante la Corte Constitucional?

Quizá el premio que se entregó en México a la Sentencia No. 002-14-SIN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador no sea tan negativo, después de todo. El reconocimiento, aunque inmerecido, envía el mensaje de que alguien está mirando, de que lo que ocurre en Ecuador importa también en otros países. Si la protección de los refugiados no constituye en sí misma una motivación suficiente para que la Corte Constitucional expulse del ordenamiento jurídico a las normas que restringen el derecho al refugio e incumplen con el principio de no devolución, al menos la atención de la comunidad internacional podría motivar que la Corte Constitucional de Ecuador sea mucho más cuidadosa al momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. Me temo que la Ley Orgánica de Movilidad Humana será objeto de una nueva demanda de inconstitucionalidad en un futuro muy próximo.

Referencias

ACNUR, *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*.

ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*.

ACNUR. *Resumen de las actividades, logros y alcances de la operación para refugiados en Ecuador del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. 2013.

Comité contra la Tortura. *Observaciones finales respecto de Ecuador,* 7 de diciembre de 2010. CAT/C/ECU/CO/4-6.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales sobre el tercer informe de Ecuador*, 2012. E/C.12/ECU/CO/3.

Comité de Derechos Humanos. *Jama Warsame Vs. Canadá*. CCPR/C/102/D/1959/2010, 102 periodo de sesiones, 11 a 29 de julio de 2011.

Comité de Derechos Humanos. *Jonny Rubin Byahuranga Vs. Dinamarca*. CCPR/C/82/D/1222/2003, 82 periodo de sesiones, 18 de octubre a 5 de noviembre de 2004.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares *Observaciones finales respecto de Ecuador*. 3 de diciembre de 2010, CMW/C/ECU/CO/2.

Comité Ejecutivo del ACNUR. Sobre refugiados sin un país de asilo. Conclusión No. 15 (XXX) de 1979.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

Corte Constitucional. Resolución 5, Registro Oficial Suplemento 714 de 31 de Mayo del 2012.

Corte Constitucional. Sentencia No. 002-14-SIN-CC. Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas, Párr. 236.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva 6/86. 9 de mayo de 1986.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984).

Declaración y Plan de Acción de México (2004).

Decreto Ejecutivo 1182. "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Decreto Ejecutivo No. 1635. *Reforma Decreto Ejecutivo 3301, Registro Oficial 933, 12 de Mayo de 1992 que contiene el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957*. Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009.

Decreto Ejecutivo No. 3293. *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967*. Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.

Decreto Ejecutivo No. 3301 de 6 de mayo de 1992, *Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967.* Registro Oficial 933 del 12 de mayo de 1992.

El Telégrafo. *El 54,3% está a favor de la reelección.* 15 de abril de 2014.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. Registro Oficial 938 Suplemento del 6 de febrero de 2017.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Cancillería y Asamblea Nacional avanzan en la construcción de la Ley de Movilidad Humana*. 28 de mayo de 2014.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange*. Disponible en: http://www.mmrree.gob.ec/2012/com042.asp

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Política del Ecuador en materia de refugio*. 2008.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Servicios. *Estadísticas Refugiados*.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.. *Agenda Nacional de Igualdad para la Movilidad Humana.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jabari v. Turquía. S*entencia de 10 de julio de 2000.

LA DERROTABILIDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: A PROPÓSITO DE LA C.T. 299/2013

THE DEFEATABILITY OF THE CONSTITUTIONAL PRECEDENT: A PURPOSE OF THE C.T 299/2013

Rodrigo Camarena González*

Resumen

En este artículo se discute la derrotabilidad del precedente constitucional desde una perspectiva analítica y normativa. Analíticamente, se sostiene que la derrotabilidad es una *propiedad* contingente de los precedentes que se manifiesta cuando nuevas normas adscritas reducen o eliminan el campo de aplicación del precedente original. Normativamente, se propone que la derrotabilidad es una colisión entre los principio formales de igualdad y seguridad jurídica y principios de justicia sustantiva. Una norma se derrota cuando circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes ausentes en el precedente, pero presentes en el caso posterior, justifican emitir una nueva norma que funciona como excepción o invalidación de la norma anterior. De manera más práctica, se proponen cuatro *técnica*s argumentativas que hacen manifiesta la derrotabilidad de

* Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Macquarie (Sídney, Australia.) y becario de la Universidad de Guadalajara. Agradezco a Carlos Bernal, Damiano Canale, Giovanni Tuzet, Alessio Sardo, Alexis *Galán,* Mauro Barberis, Roberto Lara, Alejandra Martínez, Camilo Saavedra y Fernanda Aguilar por sus valiosos comentarios respecto a versiones anteriores de este artículo.

los precedentes. Estas técnicas son la distinción de casos, la circunscripción, la inaplicación y la desaplicación del precedente. Así, el artículo busca contribuir al debate teórico y práctico que ha surgido a partir de que el Pleno de la Suprema Corte resolviera la C.T. 299/2013.

Palabras clave: Precedente constitucional, derecho constitucional, Jurisprudencia México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract

This article discusses the defeatability of the constitutional precedent from an analytical and normative perspective. Analytically, it is argued that defeatability is a contingent property of precedents that manifests itself when new ascribed standards reduce or eliminate the scope of the original precedent. Normatively, it is proposed that the defeatability is a collision between the formal principle of equality and legal certainty and principles of substantive justice. A rule is defeated when circumstances or constitutionally relevant sources absent in the preceding, but present in the later case, justify issuing a new rule that functions as an exception or override the previous rule. In a more practical way, four argumentative techniques are proposed that make manifest the defeatability of the precedents. These techniques are the distinction of cases, the circumscription, the inapplicability and the deapplication of the precedent. Thus, the article seeks to contribute to the theoretical and practical debate that has emerged since the plenary of the Supreme Court resolved the C.T. 299/2013.

Keywords: Constitutional precedent-constitutional, law-jurisprudence, Mexico-Supreme Court.

1. Introducción: ¿Existe una obligación absoluta de seguir el precedente vertical?

¿Tienen los juzgadores una obligación absoluta de seguir el precedente de sus superiores jerárquicos? La comunidad judicial en México se encuentra dividida en torno a esta pregunta. Dos tribunales colegiados sostu-

vieron criterios contradictorios al respecto. Ambos tribunales discutieron el presunto crimen de contrabando de vehículos extranjeros y el criterio jurisprudencial que lo interpretaban a la luz del principio de presunción de inocencia.[1] Un tribunal sostuvo que si bien los órganos judiciales pueden inaplicar disposiciones legislativas por ser inconstitucionales, no es posible inaplicar precedentes obligatorios.[2] En cambio, el otro tribunal sostuvo que los precedentes pueden ser inaplicados por un inferior cuando violan derechos constitucionales.[3]

Este conflicto interpretativo dio lugar a la contradicción de tesis 299/2013. En este asunto el Pleno de la Suprema Corte se preguntó: ¿puede la jurisprudencia de la Corte ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad?[4] Una mayoría dividida respondió en sentido negativo. Según la mayoría, el principio de seguridad jurídica implica que los Jueces inferiores tienen la obligación absoluta de seguir las normas emitidas por los órganos superiores.[5] Una vez que la interpretación judicial se convierte en jurisprudencia, todos los Jueces inferiores están estrictamente vinculados a ésta, sin excepción alguna.[6] La mayoría aseguró que los tribunales colegiados "carecen de atribuciones para reinterpretar"[7] la jurisprudencia, pues su aplicación es "inexcusable".[8] A decir de los Ministros, esto no "congela" la jurisprudencia ya que es posible modificarla mediante el mecanismo de sustitución de criterios. Es decir, solo el órgano que emitió la

[1] El precedente era Primera Sala, C. T. 158/2004, Juan Silva Meza, 26 junio 2005.

[2] A.D. 210/2013, Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito, Susana Magdalena González Rodríguez, 2 junio 2013, pp. 164-77.

[3] A.D. 122/2013, Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Elba Sánchez Pozos. 25 abril 2013, pp. 38, 54-60, 66. Donde se desaplicó la C. T. 158/2004 (n 1).

[4] C.T.299/2013, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de octubre 2014.

[5] *Ibid*, considerando 5, sección 2. Sobre la obligación *prima facie* de seguir el precedente en el *common law,* véase, PERRY, Stephen R., "Judicial Obligation, Precedent and The Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 215, 1987.

[6] Ley de amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano*, arts. 215-230.

[7] C.T.299/2013, (n 4), p. 25.

[8] *Idem*, p. 32.

norma judicial puede alterarla y únicamente después de que los tribunales colegiados han aplicado el precedente.[9]

No obstante, algunos Ministros cuestionaron la naturaleza absoluta de la obligación de seguir el precedente de los tribunales superiores. Tres Ministros coincidieron con el resultado, pero consideraron que era necesario diferenciar entre "inaplicar" una jurisprudencia y considerarla "no aplicable".[10] Al parecer, inaplicar es derogar una norma jurisprudencial por considerarla inconstitucional o inconvencional, mientras que considerar una norma "no aplicable" significa que el precedente y el caso por resolver abordan cuestiones jurídicas distintas.[11] Para los tres Ministros, los Jueces inferiores pueden considerar la jurisprudencia como no aplicable, pero no la pueden inaplicar cuando la cuestión jurídica ya haya sido resuelta por un orden superior.

Otros dos Ministros disintieron. El Ministro Silva consideró que toda fuente jurídica debe estar sujeta a control de la constitucionalidad y la convencionalidad, lo que puede ocasionar que normas jurisprudenciales sean inaplicadas por inconstitucionales.[12]

El Ministro Cossío disintió con mayor contundencia. Éste consideró que si la Corte puede inaplicar leyes expedidas por el Congreso democrático, entonces no hay razón para hacer inmune a la jurisprudencia de control de constitucionalidad o convencionalidad.[13] En su opinión, al decir que solo la Suprema Corte

[9] Ley de amparo, art. 230.

[10] Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014, Arturo *Zaldívar Lelo de Larrea, pp.* 21-23, José *Fernando Franco González Salas p. 37,* Olga *Sánchez Cordero, p. 38; CT. 299-2013, p. 25. Véase también, C.T.299-2013, (Fernando Franco, voto concurrente).*

[11] C.T.299-2013, considerando 5, sección 2, p. 24.

[12] Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014*, Juan Silva Meza p. 25; C.T.299-2013, Juan Silva Meza (voto disidente).*

[13] Sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 14 de octubre de 2014, *José Ramón Cossío Díaz, pp. 27-28.*

puede inaplicar su jurisprudencia, la mayoría estaba proclamando una *infalibilidad* epistémica incompatible con la naturaleza discursiva de los derechos fundamentales.[14] Es decir, la esencia de los derechos fundamentales se construye intersubjetivamente a través del diálogo racional, no se impone. Entonces, los Jueces inferiores tienen la facultad y la obligación no solo de considerar una norma judicial como no aplicable, sino también de inaplicarla, siempre y cuando cumplan con la carga de la argumentación correspondiente.[15] El Ministro Cossío publicó un artículo junto con Roberto Lara, en el que insistían que tanto los Ministros de la Corte, al igual que cualquier otro intérprete jurídico, son falibles y es posible que los tribunales superiores violen derechos fundamentales con sus interpretaciones, por lo que los Jueces inferiores pueden detectar dichas violaciones y remediarlas.[16]

En otro asunto previo a la C.T.299/2013, la Segunda Sala revocó una sentencia de un tribunal colegiado que inaplicó un precedente de dicha Sala por inconstitucional e inconvencional.[17] El tribunal inaplicó un precedente obligatorio de la Sala que sostuvo que la ley federal del trabajo no es aplicable supletoriamente a casos de despido injustificado de policías o personal del ministerio público.[18] El colegiado inaplicó la jurisprudencia al considerar que violaba el derecho a la igualdad de los trabajadores, y aplicó supletoriamente la ley federal de trabajo que otorga mayores beneficios que la Constitución y las leyes, para equiparar a los trabajadores de seguridad pública con los privados.[19] La Sala condenó enérgicamente esta práctica de inaplicar precedentes. La Sala no solo revocó la sentencia del inferior, sino que ordenó que se suprimiera la publicación del

[14] C.T.299/2013, *José Ramón Cossío Díaz (voto disidente), párr. 18-20.*

[15] *Ibid*, párr. 31 y 41.

[16] COSSÍO DÍAZ, José Ramón y LARA CHAGOYÁN, Roberto, "¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?", *Cuestiones constitucionales,* vol. 32 núm. 81, 2015.

[17] Segunda Sala, A.D.R. 2126/2012, Margarita Beatriz Luna Ramos, 21 noviembre 2012.

[18] Segunda Sala, C.T. 61/2011, Luis María Aguilar Morales, 22 June 2011.

[19] A.D. 76/2012, Eduardo López Pérez, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, 24 mayo 2012. Que inaplicó la C.T.61/2011.

precedente del Semanario Judicial de la Federación y le dio vista al Consejo de la Judicatura para que, de ser procedente, iniciara un procedimiento administrativo en contra de los magistrados.[20] En esta ocasión, la Sala defendió la obligación absoluta de seguir el precedente que después sería refrendada por el Pleno, pero cuestionada por los disidentes.

A la luz de esta discusión, este artículo niega el carácter absoluto de la obligación de seguir el precedente y, en su lugar, sostiene que la vinculación de los precedentes es *prima facie*. Existe una presunción que obliga a los Jueces inferiores a seguir el precedente de órganos superiores pero esta presunción admite excepciones. El carácter *prima facie* de los precedentes está presente tanto en la tradición romano-germánica como en la de *common law*,[21] y consiste en que los precedentes generalmente se siguen, pero también pueden haber razones que justifican derrotar estos precedentes. De hecho, la misma Segunda Sala parece haber sugerido este tratamiento *prima facie.* La Sala ha sostenido que las partes solo deben identificar los precedentes, pero las autoridades deben justificar su aplicabilidad al caso concreto.[22] Esto implica que aun cuando un precedente parece aplicable a primera vista, una vez que se analizan los hechos y las razones de la sentencia se puede concluir que en realidad el tema abordado es otro y por ende no puede aplicársele el precedente. El carácter *prima facie* de los precedentes radica en que un esfuerzo argumentativo puede demostrar que una norma judicial no es aplicable, mientras que la omisión de este esfuerzo se

[20] C.T.2126/2012 (n 17), pp. 53-55, 64-65.

[21] Sobre el carácter *prima facie* del precedente vertical en la tradición romano-germánica, véase, p. ej, ALEXY, Robert, *A Theory Of Legal Argumentation*, traducción de,Ruth Adler y Neil Maccormick Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 277-279; ALEXY, Robert y DREIER, Ralf, "Precedent in the Federal Republic of Germany", en MACCORMICK, D. Neil y SUMMERS, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents,* Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 36. Sobre la obligación *prima facie* de seguir el precedente en el *common law,* véase DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Nueva york, 2008, p. 23.

[22] Segunda Sala C.T. 14/2008 PL, José Fernando Franco González Salas, 2 julio 2008, pp. 35-6, 38-43, especialmente pp. 45-6.

traduciría en que una norma que en realidad regula otro escenario se aplica indebidamente al caso.

Así, este artículo fundamenta el carácter *prima facie* de los precedentes no en la falibilidad subjetiva de los intérpretes como sugerían los disidentes en la C.T.299/2013, sino en la *derrotabilidad* objetiva de las normas judiciales. La derrotabilidad es la posibilidad de que una fuente jurídica *prima facie* aplicable, en realidad sea "derrotada" por circunstancias o fuentes no consideraras en el precedente, de manera que una nueva norma funciona como excepción a la regla y reduce el ámbito de aplicación del precedente.

En este contexto, la tesis central de este artículo es que la obligación de seguir el precedente vertical es general pero no absoluta, ya que las normas son potencialmente derrotables. La derrotabilidad debe ser entendida como una colisión entre los principio formales de igualdad formal y seguridad jurídica que apoyan la norma adscrita y principios de justicia sustantiva que sugieren la necesidad de emitir una nueva norma. Una norma se derrota cuando circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes ausentes en el precedente pero presentes en el caso posterior justifican la emisión de una nueva norma judicial que funciona como excepción o invalidación de la norma anterior. En todo caso, la carga de la argumentación recae sobre el intérprete que busca derrotar la norma.

Para defender esta tesis, el artículo cuenta con la siguiente estructura. La sección II conecta la discusión práctica de la C.T.299/2013 con el debate teórico de la derrotabilidad jurídica. La sección III propone cuatro técnicas argumentativas que hacen manifiesta la propiedad de la derrotabilidad de las normas adscritas. Estas técnicas son la distinción de casos, la circunscripción, la revocación anticipada del precedente y la inaplicación del precedente. Finalmente, la sección IV concluye que la obligación *prima facie* de seguir el precedente alcanza un sano

equilibrio entre los principios formales que requieren aplicar el precedente y principios sustantivos que requieren la emisión de una nueva norma.

2. La derrotabilidad argumentativa de las normas adscritas

a. La derrotabilidad argumentativa y el argumento teleológico

Dentro de la teoría jurídica existen al menos tres posturas sobre la derrotabilidad de las fuentes. En un extremo, algunos autores sugieren que ésta es una propiedad universal de los sistemas jurídicos. Para ellos, todas y cada una de las aseveraciones acerca de la fuente jurídica aplicable son derrotables, o sea, siempre hay excepciones implícitas ignoradas por el legislador que emitió la ley o el Juez que adscribió la norma judicial que son capaces de derrotar la norma.[23] En el otro extremo, otros autores consideran que la derrotabilidad en realidad es algo infrecuente, y en cambio la inderrotabilidad es una característica general de los sistemas jurídicos desarrollados, de manera que las fuentes en realidad rara vez son derrotadas.[24] Frederick Schauer defiende una postura intermedia que sostiene la derrotabilidad no es una propiedad universal de los sistemas jurídicos, sino una característica contingente acerca de "la manera en que ciertos sistemas jurídicos eligen *tratar* sus reglas".[25] De acuerdo con Schauer, la derrotabilidad no es una propiedad conceptual del derecho, sino una postura normativa de algunos autores que sostienen que los Jueces deben estar facultados para derrotar las normas cuando su aplicación contradice el propósito para el

[23] TUR, Rischard H. S., "Defeasibility and Adjudication",en FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility,* Oxford university Press, Oxford, 2012.

[24] NASH, Jonathan R., "Legal Defeasibility in Context and the Emergence of Substantial Indefeasibility", *Idem*, p. 377.

[25] SCHAUER, Frederick, "Is Defeasibility a Essential Property of the Law?", *Ibidem*, p. 87 (cursiva en original). Nota: todas las traducciones son del autor a menos que se indique lo contrario. Del original: 'how some decision-making system will choose to *treat* its rules'.

que fueron creadas.[26] La tesis intermedia de Schauer sostiene que solo en casos de extrema injusticia o marcada ineficiencia deben derrotarse las fuentes.[27]

Aquí se sigue la postura intermedia de Schauer relativa a que la derrotabilidad es *contingente*, pero se aclara que es más frecuente de lo que él está dispuesto a aceptar. La contingencia depende de dos factores. Primero, que las circunstancias o razones relevantes estén presentes en un caso posterior pero ausentes en el precedente. Y segundo, que dichas circunstancias o razones sean argumentadas por un intérprete de manera que derroten la obligación *prima facie* de seguir el precedente. Este fenómeno es más común en la práctica judicial de lo que Schauer parece aceptar. En efecto, una de las críticas a la teoría de Schauer, es que su concepción de las reglas como razones blindadas *(entrenched)* o difíciles de modificar, se contradice por la práctica judicial en la que comúnmente Jueces inferiores modifican el precedente emanado de cortes superiores mediante la técnica de la distinción.[28] Luego, Schauer tiene razón al sostener que los precedentes judiciales generalmente producen reglas,[29] pero éstas suelen ser derrotables.

Los precedentes de los tribunales superiores producen *normas* que aclaran o complementan los textos jurídicos, pero los Jueces intermedios pueden aportar buenas razones para derrotarlas. La Suprema Corte ha utilizado la distinción entre disposición y norma para adscribir la interpretación "correcta" a la

[26] SCHAUER, Frederick, "On The Supposed Defeasibility of Legal Rules", *Current Legal Problems* vol. 51, núm. 223, 1998, pp. 237-8.

[27] SCHAUER, F., "Is Defeasibility…", *art. cit.,* p. 80.

[28] LAMOND, Grant, "Do Precedents Create Rules?", *Legal Theory,* vol. 11, núm. 1, 2005, p. 8; RIGONI, Adam, "Common-Law Judicial Reasoning and Analogy", *Legal Theory,* vol. 20, núm. 2, 2014, pp. 133-156. Schauer objeta que las teorías analógicas del precedente no pueden explicar cómo las normas judiciales constriñen a los Jueces, sólo las reglas pueden. Véase, SCHAUER, Frederick, "Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy", en DAHLMAN, Christian y FETERIS, Eveline (eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives* Springer, Países Bajos, 2013, pp. 45-56.

[29] SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford,1991, p. 187.

Constitución, tratados y leyes mediante sus precedentes.[30] De acuerdo con esta distinción, una disposición es el texto aun sin interpretar, mientras que una norma es el resultado de la interpretación.[31] Cuando una determinada disposición D^x puede dar lugar a diferentes interpretaciones, los Jueces identifican estas como N^1, N^2 o N^3, seleccionan la norma que es más compatible con los principios y valores constitucionales y justifican esta selección.

De esta manera, la interpretación judicial reduce el grado de ambigüedad o vaguedad de una disposición jurídica, y estas interpretaciones funcionan como *normas adscritas* al texto.[32] El carácter de esta norma es *prima facie*, ya que los Jueces deben seguirlas a menos que tengan buenas razones para derrotarlas. Estas razones pueden ser que el caso posterior realmente aborda una cuestión jurídica distinta –lo que los Ministros en la C.T.299/2013 llamaron como "no aplicable"– por lo que es necesario crear o identificar una nueva norma adscrita para resolver el caso que funciona como excepción a la norma original. El otro escenario se da cuando el tribunal inferior considera que la norma adscrita es incorrecta por contradecir una fuente de rango constitucional. En este escenario el tribunal intermedio no crea una excepción, sino que emite una nueva norma que contradice directamente la original. En ambos escenarios, una norma adscrita es derrotada cuando los intérpretes invocan circunstancias o fuentes no previstas por el tribunal anterior que son capaces de reducir o eliminar el ámbito de aplicación de la norma original.

La controversia práctica sobre la obligación de seguir el precedente vertical puede enriquecerse con base en el debate teórico acerca de la derrotabilidad de

[30] C.T. 293-2011, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 13 septiembre 2013, p. 57.

[31] CRISAFULLI, Vezio, *Disposición (Y Norma)* en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.), *Disposicion vs. Norma*, Palestra, Lima, 2011, pp. 67-110; CRISAFULLI, Vezio, "Lezioni di dirrito costitucionale: L'Ordinamento costituzionale italiano", CEDAM, 5a. ed., 1984, § 2, pp. 4-10, 26, 34-38, 39-44.

[32] BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales,* 3a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007,. pp. 104.

las fuentes jurídicas. Parece que cuando los Ministros concurrentes en la C.T-299-2013 mencionaron que era necesario distinguir entre "inaplicar" y considerarlo "inaplicable", se referían a que una norma adscrita puede ser derrotada porque el caso por resolver cuenta con un hecho relevante que lo distingue del precedente. Tal y como lo ha sostenido la Segunda Sala, los tribunales deben demostrar que la norma adscrita y el caso por resolver tratan sobre cuestiones jurídicas suficientemente similares para que la norma sea aplicable al caso posterior.[33] En cambio, cuando existen distintos hechos relevantes entre el precedente y el caso por resolver, una nueva norma debe ser emitida, aun si a primera vista el caso entraba dentro del ámbito de aplicación de la norma original. De esta manera, la norma adscrita es derrotada ya que una excepción que estaba implícita en la norma se convierte en explícita una vez que circunstancias no previstas por el tribunal anterior generan una reinterpretación de la norma. La posibilidad de que las fuentes jurídicas estén sujetas a excepciones implícitas es una de las concepciones de la derrotabilidad jurídica.[34]

Existen al menos tres concepciones de la derrotabilidad jurídica que deben ser distinguidas ya que solo una de ellas es la que nos interesa. Puede hablarse de derrotabilidad procesal, lógica e interpretativa. La derrotabilidad *procesal* implica que una determinada pretensión jurídica en el contexto del litigio puede ser negada por la contraparte de manera que la pretensión es derrotada por una excepción.[35] Por ejemplo, un abogado puede afirmar la validez jurídica de un contrato pero la contraparte puede derrotar esta pretensión si demuestra que hubo vicios de consentimiento. Autores como Juan Carlos Bayón han minimizado este tipo de derrotabilidad, ya que en el litigio los Jueces deben seguir las reglas procesales y respetar las presunciones y las cargas de la prueba y la argumen-

[33] C.T. 14/2008, (n 22).

[34] Véase, ALCHOURRON, Carlos E., "On Law and Logic", *Ratio Juris,* vol. 9, núm 4, 1996, 331-348, esp. p. 341.

[35] HART, H.L.A, "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 49 (1948-1949), pp. 171-194, esp. p. 193.

tación.[36] No obstante, vale la pena tener en cuenta el elemento competitivo de la derrotabilidad procesal; es en el contexto de un diálogo entre Jueces y abogados que se derrotan las normas.

El segundo tipo es la derrotabilidad *lógica.* Esta concepción debate si la lógica formal o deductiva es aplicable a los enunciados jurídicos.[37] Algunos autores como John Dewey consideran que la lógica deductiva y la estructura silogística del *modus ponens* (si se dan los hechos H^1, H^2, luego la conclusión debe ser X) no es aplicable al contexto jurídico ya que el antecedente (si se da el hecho X) siempre puede ser refutado o cualificado.[38] Entonces, las reglas jurídicas deberían de usar otro tipo de lógica y representar los enunciados de manera derrotable: si se dan los hechos H^1, H^2, entonces la conclusión debe ser X, *a menos que* ocurran las excepciones E^1 o E^2. Además, los críticos del deductivismo sostienen que esta lista de excepciones es infinita y los intérpretes no pueden conocer estas excepciones sino hasta que circunstancias imprevistas tienen lugar, por lo que las fuentes jurídicas no pueden realmente guiar el comportamiento humano.[39] En cambio, los deductivistas sostienen que las excepciones son finitas y se encuentran presentes en el sistema jurídico, por lo que aún si es algo difícil reformular en la práctica todas estas excepciones de manera exhaustiva, eso no quiere decir que sea conceptualmente imposible.[40] Jordi Ferrer y Giovanni Battista han sostenido convincentemente que es posible representar las fuentes jurídicas dentro del esquema deductivo pero sólo después de agotar un proceso de interpretación.[41] Es decir, las fuentes jurídicas pueden transformarse en proposiciones

[36] BAYÓN, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en GAIDO, Paula, *et al.* (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 269-78; MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007. p. 224.

[37] GUASTINI, Riccardo, "Defeasibility and Legality: A Survey", en FERRER BELTRÁN, Jordi y BATTISTA, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 11, 15.

[38] DEWEY, John, "Logical Method and Law", *The Philosophical Review,* vol. 33, 1924, pp. 560, esp. p. 564.

[39] BAYÓN, J.C., "¿Por qué es derrotable…", *op. cit.*, p. 294.

[40] RODRÍGUEZ, J.L., *art. cit.*, pp. 91-101.

[41] FERRER, J. y Battista, G., *art. cit.,* p. 21.

lógicas pero sólo después de que los intérpretes han propuesto y argumentado cómo deben interpretarse y cómo se ha llegado a un consenso. En definitiva, la derrotabilidad lógica presupone un paso previo de interpretación.

Finalmente, la tercera concepción, y la que nos interesa para este artículo es la derrotabilidad *interpretativa*.[42] En esta concepción lo que se derrota es la norma adscrita, es decir, la interpretación estándar que se le ha asignado a un texto jurídico, y se derrota una vez que circunstancias o fuentes no consideradas por el tribunal anterior generan una reinterpretación de la norma. Más precisamente, la derrotabilidad que interesa es la *argumentativa*. Las normas se discuten y se derrotan en el contexto competitivo al momento concreto de aplicar el derecho en sede judicial, a diferencia la interpretación en abstracto. En el contexto del litigio es insuficiente identificar las circunstancias o fuentes que no fueron tomadas en cuenta por el tribunal posterior. Además de identificar estos elementos, los abogados o Jueces deben proporcionar argumentos *sustantivo*s basados en otras fuentes que justifiquen la emisión de una nueva norma para resolver el caso, de manera que estos prevalezcan sobre el principio *formal* de seguridad jurídica que requiere aplicar una norma adscrita.

Dentro del campo de la derrotabilidad argumentativa, el argumento *teleológico* identificado por Schauer ilustra cómo es que las normas adscritas pueden ser derrotadas. La aplicación de una norma no depende sólo de que ésta cubra los hechos del caso por resolver, sino que es necesario también que su aplicación contribuya a alcanzar el propósito de la norma.[43] En algunos contextos, una excepción surge cuando se aplica a un caso no previsto por el legislador o el autor de la norma. Según el ejemplo de Schauer, la prohibición de la entrada a los perros en un restaurante se justifica en el propósito de que los perros pueden ser ruidosos y molestos y pueden irritar a los clientes. Sin embargo, puede darse

[42] *Idem*, p. 17

[43] SCHAUER, F., "On The Supposed Defeasibility…", *art. cit.,* pp. 236-9.

el caso de que un perro se comporte adecuadamente sin irritar a los clientes por lo que se podría permitir su entrada.[44] Así, la norma original es derrotada, pero su propósito permanece vigente. En este caso, el argumento teleológico se utiliza para justificar una excepción que en realidad contribuye a alcanzar el propósito original.

Un ejemplo del derecho constitucional puede aterrizar el cómo se derrota una norma, pero a la vez confirma el propósito. En un caso en que un ciudadano *acaudalado* busca la protección del derecho social a la salud, el tribunal puede distinguir con base en un precedente que protegió el derecho de individuos *vulnerables* de la sociedad, si subraya que el propósito de los derechos sociales es el disminuir la desigualdad económica no el proteger a la clase favorecida. De esta manera, la nueva norma reduce el ámbito de aplicación de la norma original pero aun protege el propósito original.

En otros escenarios puede ser que una nueva norma no confirme el propósito originario sino que otro propósito debe prevalecer sobre el original. Schauer demuestra esta colisión entre propósitos con el clásico ejemplo de la norma que prohíbe la entrada de vehículos en el parque.[45] El propósito de esta norma es proteger la tranquilidad y evitar la contaminación del parque, por lo que la entrada de una bicicleta o un triciclo derrota la interpretación original de la fuente, pero alcanza el mismo propósito. No obstante, este propósito puede ser derrotado transitoriamente para permitir un desfile de automóviles que atraviese el parque en honor a un atleta olímpico que ha regresado a su pueblo natal.[46] En esta

[44] SCHAUER, F., "Playing by the Rules…", *op. cit.,* p. 32.

[45] El ejemplo es de Hart. *Cfr.* H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review,* vol. 71, 1958, pp. 593, esp. p. 607.

[46] SCHAUER, F., "Playing by the Rules", *op. cit.,* pp. 75-7. Schauer admite que los precedentes judiciales son mas derrotables que las disposiciones legislativas ya que los Jueces pueden cambiar el derecho al mismo tiempo que lo aplican. Véase SCHAUER, Frederick, "Is the Common Law Law?", *California Law Review,* vol. 77, 1989, pp. 455, esp. pp. 455-6, 464-70; SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, Chicago, 2009, pp. 104-18.

ocasión, la nueva norma no sólo derrota la fuente anterior, sino que derrota el propósito también, pues colisiona con el propósito de honrar a un habitante distinguido y unir a la comunidad. De esta manera, Schauer muestra con la interpretación teleológica cómo el propósito original es derrotado y surge una nueva norma que toma en cuenta otro propósito. Para que la interpretación teleológica tenga éxito en un litigio es necesario que el intérprete demuestre la existencia de hechos relevantes distintos entre los anticipados por la norma original y los hechos del caso por resolver, de manera que esta diferencia justifique un trato diferenciado y la formulación de una nueva norma.

Otro ejemplo de derecho constitucional puede ilustrar cómo se derrota un propósito por otro superior. En un precedente la Primera Sala resolvió que el hecho de que una revista acuse a otra de ser cómplice de terroristas no puede dar lugar a una condena por daños morales, ya que fue un ejercicio adecuado de la libertad de expresión, en tanto que los periódicos se encuentran en una situación de simetría y cualquier acusación se puede responder por otras notas.[47] En esta ocasión, el prestigio de una revista cedió ante el propósito de la libre difusión de las ideas. En un juicio posterior, la Primera Sala resolvió que la acusación de un periodista a otros periodistas de ser "maricones" y "puñales" no era un ejercicio válido de la libertad de expresión pues vulneraba la dignidad de las minorías sexuales.[48] En esta ocasión el propósito de la libertad de expresión cedió ante el propósito superior de erradicar la discriminación en contra de las minorías.

b. Los tres elementos de las normas adscritas

El uso del argumento teleológico para derrotar normas se vuelve más claro una vez que se toman en cuenta los *tres* elementos que forman una norma adscrita. Estos son: *a)* un antecedente que consiste en un conjunto de hechos relevantes;

[47] A.D. 28/2010, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 23 noviembre 2011.
[48] A.D.R. 2806/2012, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 6 marzo 2013.

b) un consecuente que sugiere que a dichos hechos corresponde o una prohibición, permisión, obligación o una norma de competencia; y *c)* el propósito que persigue la regla, el cual suele tener la estructura de un principio jurídico que vincula el antecedente con el consecuente.[49] A su vez, estos propósitos pueden ser c^1) las razones explicitas que el tribunal ofreció para justificar su fallo, o bien, c^2) el principio constitucional que prevaleció en el caso concreto. Estos tres elementos son paralelos a la estructura tradicional de las sentencias: i) los hechos del caso; ii) la proposición y iii) los considerandos. Así, los hechos de un caso, después son los hechos que forman el antecedente de una noma adscrita, la proposición se convierte en el consecuente, y los considerandos se convierten en el propósito de la norma.

Aunque Schauer defiende la postura tradicional de que el antecedente y el consecuente son los únicos dos elementos de una norma,[50] hay razones para defender el propósito como un tercer elemento. Tratándose de normas adscritas en materia constitucional, el tercer elemento es necesario al menos por tres razones. Primero, los Jueces en la tradición romano-germánica tienen la obligación formal de motivar cada una de sus decisiones.[51] En el contexto de la interpretación constitucional, esta obligación consiste en seleccionar la norma conforme a la Constitución cuando una disposición jurídica pueda tener varias interpretaciones.[52]Además, las sentencias constitucionales suelen emplear el método de ponderación para resolver colisiones entre principios jurídicos, en las que se concluye que en ciertas condiciones un propósito debe prevalecer

[49] Sobre las razones que justifican una regla que suelen tener la estructura de principios jurídicos, véase, ALEXY, Robert, "Two or Three?", en BOROWSKI, Martin, *On the Nature of Legal Principles* (ed.), Franz Steiner Verlag, Berlín, 2010, p. 14. Sobre la idea de que los hechos solo tienen relevancia en el discurso jurídico como elementos del antecedente de una regla, véase WRÓBLEWSKY, Jerzy, "Il precedente nei sistemi di "civil law", en VISINTINI, Giovanna (ed.), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile,* Padova, CEDAM, Italia,1988, pp. 26, 29-30.

[50] SCHAUER, F., "Playing by the Rules…": *op. cit.,* p. 23.

[51] Articulo 16, primer párrafo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

[52] La inaplicación de una disposición solo procede cuando no se puede inferir una norma constitucional del texto. Véase Varios 912-2010, José Ramón Cossío Díaz, 14 Julio 2011, párrafo 33.

sobre otro.[53] Finalmente, la idea de que las normas deben tener un propósito válido hace suya la práctica existente de la interpretación de leyes que las reglas tienen una *ratio legis*. La *ratio legis* es la justificación subyacente de una regla, o sea, el principio que la justifica.[54] Aquí se toma la idea de la *ratio legis* y se aplica para interpretar los precedentes.

Una razón adicional para defender el propósito como un tercer elemento de las normas adscritas es que éste es útil para identificar cuáles son los hechos y razones *relevantes* para derrotar normas. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen entre la tesis y la hipótesis de relevancia.[55] La tesis de relevancia es el conjunto de propiedades de los hechos jurídicos que son jurídicamente relevantes según la autoridad que emitió la fuente, mientras que la hipótesis de relevancia es el conjunto de propiedades relevantes identificadas por el intérprete para alcanzar un propósito.[56] Lo interesante es que un intérprete puede acudir a la Constitución para utilizarla como tesis de relevancia. Así, los intérpretes pueden identificar circunstancias o fuentes que fueron ignoradas en un precedente por el tribunal anterior pero que los redactores de la Constitución consideraron relevantes. La Constitución funciona como tesis de relevancia para identificar las circunstancias que ameritan ser reguladas pues alcanzan un propósito constitucionalmente valioso o fuentes relevantes para resolver un juicio constitucional.

Los tres elementos de las normas adscritas pueden ser utilizados para derrotar normas anteriores. La comparación entre el antecedente, el consecuente y el propósito de una norma adscrita con los hechos, la posible solución y la moti-

[53] Véase ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 388-425.

[54] Véase BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto,* Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 133-7.

[55] ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodologia de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires,1987. cap. 6, sec. 4.

[56] *Idem*, p. 154.

vación permite identificar diferencias entre ambos casos y justificar un trato diferenciado pero razonable.

c. La derrotabilidad como propiedad objetiva de las normas

Los tres elementos de las normas adscritas son herramientas útiles para disminuir la *subjetividad* al momento de derrotar normas. Sólo cuando se omitieron circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes se debe derrotar una norma. Riccardo Guastini considera que la derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las fuentes sino una actitud subjetiva del intérprete.[57] Según Guastini, cuando un intérprete está en desacuerdo con las consecuencias que provocan aplicar una fuente, el intérprete buscará derrotar la fuente de acuerdo a sus preferencias ideológicas. Sin embargo, en el contexto de la argumentación judicial, la derrotabilidad debe estar presente como una *propiedad* objetiva o al menos intersubjetiva. Esta propiedad justifica derrotar una norma pues su aplicación generaría un resultado injusto o absurdo. Los intérpretes no analizan la derrotabilidad en un monólogo sino que lo hacen como parte de un diálogo racional con otros individuos. Los abogados buscan persuadir al Juez para ganar un juicio y los Jueces buscan justificar su decisión de manera imparcial. Por lo tanto, en la argumentación judicial es necesario que el intérprete demuestre que existe un hecho (H^3) presente en el caso por decidir pero ausente en los hechos del antecedente de la norma adscrita (H^1, H^2). Con esta distinción el intérprete busca demostrar que la norma en realidad regula otro escenario fáctico y que aplicarla al caso por resolver genera resultados absurdos o injustos. Ciertamente, lo "absurdo" o "injusto" de las consecuencias es algo que en sí mismo debe justificarse racionalmente,[58] pero no es algo esencialmente subjetivo.

[57] GUASTINI, R., "Defeasibility, Axiological Gaps…" *op. cit.,* .p.190.
[58] Véase MACCORMICK, Neil, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris*, vol. 6, 1993, p. 27.

Los intérpretes llevan la carga de argumentación de identificar las propiedades que justifican este trato diferenciado. La diferencia puede estar implícita en el caso, pero los intérpretes deben hacer explícita esta diferencia para justificar el trato diferenciado y la formulación de una nueva norma. Luego, seguir una norma adscrita genera resultados absurdos si y solo si existen principios constitucionales *sustantivos* que prevalecen sobre el principio *formal* de seguridad jurídica. Es decir, derrotar una norma adscrita quiere decir que en una colisión entre principios sustantivos y formales, los primeros prevalecieron sobre los segundos.[59]

Retomando la discusión de la C.T-299/2013, se insiste en que sí existe una obligación de seguir el precedente, pero esta obligación no es absoluta ya que las normas adscritas pueden ser derrotables. No existe una prevalencia absoluta de la seguridad jurídica sobre los principios sustantivos pues la presunción de seguir las normas adscritas admite argumentos en contrario. Entonces, al menos en algunos escenarios, los principios sustantivos prevalecen sobre la obligación de seguir el precedente vertical. Teniendo en mente la estructura de las normas adscritas y a la luz del contexto argumentativo en el que se discute la derrotabilidad, la siguiente sección propone el uso de cuatro técnicas para derrotar el precedente de manera razonable.

3. Cuatro técnicas argumentativas
para derrotar las normas adscritas

Esta sección propone cuatro técnicas argumentativas que hacen manifiesta la derrotabilidad de las normas adscritas. Se vinculan estas cuatro técnicas con la discusión de la C.T. 299/2013 sobre la diferencia entre considerar un precedente no aplicable, revocarlo anticipadamente e inaplicarlo. Sin embargo, la manera

[59] Sobre la colisión entre principios formales y sustantivos, véase ALEXY, R., "A Theory of Constitutional…",. *op. cit.,* pp. 58, 82, 414.

en que se presenta puede o no coincidir con lo que la mayoría de Ministros tenian en mente al utilizar estos términos.

a. Una norma adscrita no es aplicable: la distinción de los precedentes de control constitucional concreto

Cuando los Ministros concurrentes en la C.T. 299/2013 argumentaron que los Jueces inferiores podían considerar que un precedente no era aplicable, parecía que estaban invocando la posibilidad de *distinguir* precedentes tal y como lo hacen los Jueces en el *common law*. La técnica de la distinción de precedentes consiste en identificar diferencias entre los hechos relevantes del precedente y los del caso por resolver, de manera que sea razonable resolver ambos juicios de manera distinta.[60] Por medio de la distinción, un precedente *prima facie* aplicable al caso posterior es derrotado una vez que se realiza el esfuerzo argumentativo de identificar diferencias entre los hechos del antecedente de la norma y los hechos del caso por resolver.

De hecho, Guastini considera que la derrotabilidad solo es un nuevo término para referirse a las viejas técnicas de la distinción de casos en el *common law*, y de la interpretación restrictiva de leyes en la tradición romano-germánica.[61] Ambas técnicas interpretativas introducen excepciones a la norma original cuando ésta no anticipó circunstancias relevantes. Una vez que se identifican las diferencias, el Juez emite una nueva norma que funciona como excepción y reduce el ámbito de aplicación de la norma original.[62]

[60] STARKE, J. G., "Techniques in the Distinguishing of Precedents", *Australian Law Journal,* vol. 62, 1988, p.191 y ss..

[61] GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 188.

[62] Sobre la interpretación restrictiva véase GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, IIJ-UNAM, México, 1981, p.72.

En contra de Guastini, se puede sostener que la derrotabilidad es una propiedad de las normas, y la distinción de casos y la interpretación restrictiva de leyes, entre otras, son *técnicas* argumentativas que manifiestan dicha propiedad. La propiedad puede estar presente en una norma pero puede pasar inadvertida por el intérprete. Las técnicas consisten en pasos argumentativos que un intérprete puede seguir para demostrar ante otros intérpretes que una norma debe ser derrotada.

De hecho, el análisis de Chaïm Perelman y Lucie Olbrecths-Tyteca de la técnica de la interpretación restrictiva (también conocida como el argumento de la disociación) puede servir para aclarar el proceso y función de la distinción de casos. Esta técnica consiste en *disociar* un presunto vinculo entre un objeto o hechos y una categoría.[63] El intérprete busca demostrar que, si bien, un objeto o hecho parece entrar en cierta categoría porque cuenta con ciertas características, en realidad otras características son más relevantes y justifican subsumirlo dentro de otra categoría. Si el argumento convence a otros intérpretes, entonces se identifica otra categoría autónoma o se crea una nueva categoría y se subsume el objeto o hechos dentro de ésta.

El ejemplo antes mencionado ilustra cómo puede funcionar el argumento de la disociación en el derecho constitucional. La manifestación de ideas controversiales de un periodista puede ser subsumida dentro de varias categorías. Bien puede ser *a)* un acto protegido por el derecho de la libertad de expresión, *b)* un acto no protegido por la libertad de expresión por ser una declaración evidentemente falsa o, *c)* un acto no protegido por la libertad de expresión por reproducir estereotipos en contra de minorías que perpetúan su discriminación. Las diferencias que justifican un trato diferenciado pueden estar presentes pero pasar

[63] PERELMAN, Chaïm y OLBRECTHS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación,* traducción de Julia Sevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1989, pp. 627-29, 632-34, 647-49, 673-4, 683.

inadvertidas. Los intérpretes deben realizar un esfuerzo argumentativo para demostrar que los hechos son subsumibles en una categoría y no la otra.

Mas recientemente, Joseph Raz ha analizado la función de la distinción de casos. Raz considera que solo las cortes supremas están facultadas para revocar el precedente, pero son los Jueces inferiores quienes están facultados para distinguirlos.[64] Según Raz, los Jueces pueden identificar diferencias relevantes entre el precedente y el caso por resolver, por lo que el Juez posterior emite una nueva regla que funciona como excepción, pero que se justifica con la motivación de la regla original.

Una vez que se tiene en mente la técnica de la distinción de precedentes, es claro que existen al menos dos pasos para aplicar una norma adscrita. Primero, se invoca una norma adscrita ya que su antecedente aparentemente contempla los hechos del caso por resolver. Después, si la contraparte busca desafiar la aplicación de dicha norma debe identificar hechos distintos entre el antecedente y el caso posterior de manera que justifique la formulación de una nueva norma adscrita que funciona como excepción.

En el contexto del *common law*, Larry Alexander ha cuestionado la práctica judicial de distinguir casos ya que para él solo un modelo de normas estrictas (no derrotables) puede constreñir a los Jueces.[65] Alexander considera que la técnica de distinción de precedentes es un elemento presente en el modelo de resultado del precedente, defendido por autores como Raz. Según Alexander la técnica de la distinción permite que los Jueces derroten los precedentes cada vez que les plazca, ya que siempre es posible encontrar una propiedad distinta en el caso por resolver y evadir la obligación de seguir el precedente. Por ejemplo,

[64] RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 185-9.

[65] ALEXANDER, Larry, "Constrained by Precedent", *Southern California Law Review,* vol. 63, 1989, pp. 1-69.

Alexander sugiere que si existe un precedente en el que un tribunal declaró que la posesión de un oso como mascota en una zona residencial es causa de responsabilidad extracontractual, en un caso posterior este precedente puede ser distinguido fácilmente. Después, en un caso en que un residente tiene un cocodrilo en su casa, un Juez puede evadir el precedente, si reformula la regla del precedente de manera que la norma nueva regla es: "la posesión de animales peludos y salvajes en zona residenciales es constitutivo de responsabilidad extracontractual."[66] Entonces, según Alexander, un modelo que permite distinguir precedentes hace que todas las reglas sean derrotables. Para Alexander sólo se pueden hacer dos cosas con los precedentes: o se aplican o se revocan. Por lo tanto, según Alexander, sólo un modelo de reglas estrictas puede constreñir a los Jueces.

Sin embargo, Alexander ignora el contexto argumentativo en que la distinción de precedentes tiene lugar, y el papel que desempeña el propósito de las normas adscritas para distinguir razonablemente. Los abogados y los Jueces intercambian argumentos relativos a la distinción entre el antecedente de la norma adscrita y su propósito en relación con los hechos del caso por decidir. Sería extraño que una distinción como la que sugiere Alexander fuera formulada por un Juez y confirmada por el tribunal superior. Es cuestionable sostener que la posesión de un cocodrilo no es causa de responsabilidad extracontractual pero tener un oso sí lo es, y que la diferencia radica en la falta de pelaje del cocodrilo. Los intérpretes discuten las diferencias del antecedente a la luz del propósito de la norma original.[67] La regla original en el ejemplo de Alexander busca al menos

[66] ALEXANDER, Larry, "Precedential Constraint, Its Scope and Strength: a Brief Survey of the Possibilities and their Merits", en BERNAL PULIDO, Carlos y BUSTAMANTE, Thomas (eds.), *On the Philosophy of Precedent*, Franz Steiner Verlag, Berlín, 2012, pp. 77-9.

[67] La manera intersubjetiva en que se discute la *ratio decidendi* de un precedente es similar a como se discute la *ratio legis* de una regla legislativa. Para un análisis de como la *ratio legis* se infiere inter-subjetivamente en el contexto del litigio, véase CANALE, Damiano y TUZET, Giovanni, "What is the Reason for this Rule? An Inferential Account of the Ratio Legis", *Argumentation,* vol. 24, 2010, p. 200.

un propósito: la protección de zonas residenciales de animales salvajes. Luego, si tener un oso es constitutivo de responsabilidad extracontractual, por la misma razón un cocodrilo debe serlo. En cambio, una distinción razonable sería sostener que la posesión de un perro no es causa de responsabilidad extracontractual, pues no es un animal salvaje que ponga en peligro la vida de los residentes. Es en este contexto intersubjetivo y a la luz de los propósitos de las normas adscritas en el que los intérpretes distinguen precedentes.

De hecho, Raz parece sugerir la relevancia del propósito de las normas judiciales, similar a la *ratio legis* de las disposiciones legislativas. Raz sostiene que la regla modificada usualmente se justifica con una motivación similar a la regla original.[68] Raz también afirma que los tribunales pueden modificar las reglas judiciales "siempre y cuando se conserve la razón fundamental que justificó la regla original".[69] Así, Raz identifica implícitamente lo que realmente constriñe a los Jueces al momento de distinguir: los hechos y el propósito de la norma.

En consecuencia, en contra de Alexander, se afirma que un modelo de normas adscritas que permite la distinción de precedentes *sí constriñe* a los Jueces. Sin embargo, lo que constriñe a los intérpretes no es el texto canónico de una norma adscrita, más bien son los hechos del antecedente a la luz del propósito de la norma que la justificó.

Un ejemplo real ilustra cómo la técnica de la distinción puede ser utilizada racionalmente en la práctica judicial. Como se mencionó en la introducción, la C.T.299/2013 fue ocasionada por una resolución de un tribunal colegiado que inaplicó una jurisprudencia de la Primera Sala. Sin embargo, era posible que el colegiado distinguiera el precedente en vez de inaplicarlo, pues ambos juicios trataron sobre cuestiones jurídicas diversas. En el precedente, la Sala analizó

[68] RAZ, J., *op. cit.,* p. 187.
[69] *Ibid*. Del original: "so long as they preserve its fundamental rationale", p. 188.

un conflicto sobre interpretaciones *legislativas* acerca de los hechos necesarios para probar el delito de contrabando presunto de vehículos extranjeros. La Sala determinó que la posesión de un vehículo extranjero en territorio nacional sin la documentación que acredite su legítima introducción a México son hechos suficientes para probar el delito y la carga de la prueba recae en el acusado para refutar esta presunción.[70] En cambio, el tribunal colegiado resolvió una controversia *constitucional* en la que el tema central era si el delito de contrabando violaba o no el derecho del acusado a la presunción de inocencia. En el caso del colegiado, las declaraciones de los policías y demás autoridades fueron negadas por el acusado y algunos de los testigos.[71]

La distinción entre el precedente y el caso ilustra cómo, en realidad, la cuestión jurídica era diferente. En la norma adscrita los elementos eran *a)* el antecedente: H^1 la posesión de un vehículo extranjero, H^2 en territorio mexicano y H^3 sin la documentación que justifique su introducción a México; *b)* la consecuencia: las autoridades están jurídicamente obligadas a condenar al acusado; y *c)* el propósito: interés social y público en castigar el contrabando. En cambio, en el caso del tribunal colegiado los elementos eran *a)* H^1 , H^2, H^3 + H^4, la acción procesal se basa en declaraciones de policías que entran en tensión con las manifestaciones del acusado y testigos; *b)* las autoridades se encuentran constitucionalmente impedidas de condenar al acusado; *c)* un propósito: el derecho constitucional a la presunción de inocencia. En el último caso, existe un hecho que en realidad no fue discutido profundamente en el precedente de la Sala. El precedente y el caso por decidir trataron diversas cuestiones jurídicas: el primero trató acerca de los hechos necesarios para comprobar un delito desde la perspectiva legislativa, y el otro acerca de la constitucionalidad en si misma

[70] C-T.158/2004, (n 1), pp. 31 y 42.

[71] A.D.122/2013, (n 3), pp. 16-26. El acusado afirmó que había comprado el vehículo en México y que nunca había estado en Estados Unidos. Los testigos afirmaron que la compra había ocurrido en territorio mexicano, pero mencionaron que el acusado sí había estado en Estados Unidos. El ministerio publico fundó su acción en las declaraciones de los policías y los dictámenes sobre la procedencia del vehículo.

del delito a la luz del derecho a la presunción de inocencia. Por lo tanto, era al menos plausible sostener un trato diferenciado que justificase no condenar al acusado debido a los hechos diferentes y el propósito de no castigar inocentes prevalecería sobre el intereses de castigar el contrabando.

El ejemplo también ilustra que puede haber dos tipos de distinciones. La primera, lo que puede llamarse una *distinción positiva* cuando *a)* existen diferentes hechos, y *b)* la nueva norma derrota a la norma anterior pero confirma su propósito original. Este tipo de distinción es el analizado por Raz cuando sostiene que los tribunales pueden distinguir el precedente; siempre y cuando, la norma sea compatible con la motivación original.

El segundo tipo puede llamarse una *distinción negativa*. Una distinción negativa tiene lugar cuando: *a)* existen hechos diferentes; y *b)* un propósito prevalece sobre el propósito original. Este es el ejemplo que ilustra el precedente antes citado de la libertad de expresión mediante expresiones homofóbicas. El propósito de la libertad de expresión cedió ante el de erradicar la discriminación de minorías sexuales.

Para que la distinción negativa sea razonable es necesario demostrar que un propósito es jerárquicamente superior a otro. Esta jerarquía puede basarse en la fuente jurídica o en una escala de principios. En el ejemplo anterior el propósito legislativo de castigar a los criminales cedió ante el propósito constitucional de presunción de inocencia. No obstante, los escenarios más controversiales se dan cuando los propósitos tienen la misma fuente jurídica, como es el caso de los conflictos constitucionales. Primero, puede existir que una regla constitucional prevalezca sobre un principio constitucional. En los casos en que el conflicto es entre dos principios, la jerarquía es casuística; por medio del método de la ponderación se determina bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro. Sin embargo, también puede existir una escala más general: una línea de precedentes que demuestra que en ciertas condiciones un

determinado principio prevalece sobre otro.[72] Para resumir, la jerarquía de los propósitos se puede demostrar cuando se identifica: *a)* un propósito constitucional prevalece sobre uno legislativo; *b)* una regla constitucional prevalece sobre un principio constitucional; *c)* un principio constitucional prevalece sobre otro principio mediante la ponderación o *d)* un principio constitucional, sobre otro con base en una línea de precedentes.

Es necesario subrayar que en la mayoría de casos esta jerarquía no estará predeterminada, sino que requiere de un proceso de argumentación y reconstrucción de las fuentes. De la misma manera que no existe una lista exhaustiva de fuente legislativa o judicial que prevea todas las excepciones, no existe una jerarquía de propósitos que determine *a priori* cada una de las relaciones de precedencia. Los intérpretes deben cumplir con la carga de la argumentación para demostrar que un propósito prevalece sobre otro.

La técnica de la distinción puede ser utilizada para derrotar razonablemente normas adscritas o propósitos de estas normas. Para distinguir un precedente no basta con analizar los hechos del antecedente de la norma sino también su propósito, de manera que la distinción justifica una conclusión diversa a la del precedente.

b. Una norma adscrita no es aplicable: la circunscripción de precedentes de control constitucional abstracto

La técnica de la distinción de precedentes es útil para contrastar controversias de control concreto como el Amparo, pero es problemática cuando se interpretan precedentes de control constitucional abstracto. En demandas de control abstracto como las Acciones de Inconstitucionalidad no existen circunstancias

[72] Sobre las redes de precedentes como escalas *prima facie* de principios, véase ALEXY, R., *op. cit.*, p. 99; BERNAL PULIDO, C., "Precedents and Balancing", *op. cit.,* p. 58.

concretas suficientes para formar el antecedente de una norma adscrita. En estas demandas la Corte se limita a contrastar una disposición constitucional con otras fuentes infraconstitucionales, y cuando éstas contradicen la primera, se declaran inconstitucionales.

Un ejemplo ilustra lo inconveniente que es la distinción para derrotar precedentes de control abstracto. En una acción de inconstitucionalidad, el Pleno declaró la validez de una ley estatal que *permitía* al Congreso revocar el mandato de miembros de los ayuntamientos por tener una incapacidad física o mental permanente. La mayoría aclaró que las "discapacidades" físicas son menoscabos relativos que merman las funciones laborales y pueden ser compatibles con la función pública, mientras que las "incapacidades" son imposibilidades absolutas para desempeñar una función y pueden justificar la remoción de un funcionario.[73] Esta sentencia se convirtió en un precedente vinculante pero fue después distinguido por la Primera Sala en un amparo. En esta ocasión, la Sala resolvió en contra de una empresa de seguros que había reclamado la inconstitucionalidad de una ley que prohibía discriminar a individuos con base a sus discapacidades físicas. La Sala distinguió el precedente de control abstracto y lo consideró insuficiente para resolver el juicio. A decir de la Sala, el Pleno solo había discutido las diferencias conceptuales entre "incapacidad" y "discapacidad".[74] Contrario a lo establecido en el precedente, la Sala sostuvo que la discriminación con base en discapacidades físicas estaba constitucional y convencionalmente *prohibida*. Según la Sala, las autoridades y los particulares deben modificar sus instalaciones y prácticas para promover medidas universales que integren a las personas con discapacidades.

Lo resuelto por Sala es preferible en términos éticos, pero el uso de la distinción de casos es cuestionable como técnica argumentativa. En el precedente del

[73] A.I. 3/2010, José Fernando Franco González Salas, 19 enero 2012, pp. 48-9.
[74] A.I.R 410/2012, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 21 noviembre 2012, pp. 20-1.

Pleno existían pocos hechos: H^1, la existencia de una ley que permite distinguir con base en sus incapacidades físicas y H^2, la posibilidad de distinguir entre incapacidad y discapacidad. De ahí, se concluyó que era constitucionalmente *permitido* remover funcionarios por sus incapacidades físicas una vez seguido el proceso correspondiente. El problema fundamental es que los hechos son insuficientes para formar el antecedente de una norma adscrita y para distinguir el precedente del caso por resolver. Entonces, la vaguedad del antecedente da lugar a muchas incógnitas: ¿la diferencia entre una incapacidad y una discapacidad es categórica o gradual? ¿Una persona con esclerosis lateral amiotrófica (la enfermedad que padece Stephen Hawking) es capaz de cumplir sus funciones como servidor público? ¿Es constitucionalmente válido distinguir a personas por sus problemas de vista?

El uso de la distinción es inapropiado ya que los hechos del precedente son insuficientes para contrastar el precedente y el caso por resolver. Más aún, ambos criterios están en tensión. Según el Pleno, está constitucionalmente *permitido* remover a funcionarios públicos debido a sus incapacidades físicas. Pero para la Sala, la distinción con base en discapacidades físicas no sólo está constitucionalmente *prohibida,* sino que se *deben* tomar medidas positivas para integrar a las personas con discapacidades físicas.

El ejemplo demuestra que en el control constitucional abstracto los hechos pueden ser demasiado vagos como para formar el antecedente de una clara norma adscrita. Así, se vuelve claro que la Sala derrotó el precedente del Pleno, pero parece que no lo hizo mediante una distinción entre los hechos. En estos escenarios, surge la duda: ¿se puede derrotar racionalmente un precedente a pesar de la falta de hechos que formen el antecedente?

La técnica de la *circunscripción* es útil para reducir el ámbito de aplicación de un precedente cuando hay pocos hechos que formen el antecedente de una

norma adscrita.[75] Cuando no se puede formar el antecedente de una norma adscrita es necesario identificar otros precedentes relevantes que compensen la falta de información. De esta manera, el precedente original se circunscribe, ya que su ámbito original de aplicación se reduce una vez que es analizado holísticamente a la luz de otros precedentes. Al igual que las disposiciones de un código no se deben interpretar de manera aislada, los precedentes no deben ser interpretados como proposiciones atomizadas, sino como parte de un conjunto coherente de normas. Los Jueces deben esforzarse para que sus precedentes formen un subconjunto de normas que integren un todo tan coherente como sea posible. Así, la circunscripción reduce el ámbito de aplicación de una norma una vez que se ve como parte de un todo.

En vez de la técnica de la distinción, la Sala podría haber circunscrito precedente del Pleno sobre las discapacidades. La Sala podía analizar un conjunto de precedentes sobre el derecho a la no discriminación y los derechos de las personas con discapacidades. Así, de un análisis holístico se encuentra que un precedente del Pleno diferenció entre vulnerabilidad y pobreza, para subrayar que las personas con discapacidad pueden ser vulnerables aun si no se encuentran en situaciones de desigualdad económica.[76] Otro precedente del Pleno declaró que el retiro por "inutilidad" de miembros de las fuerzas armadas que padecen VIH es inconstitucional. El Pleno declaró la inconstitucionalidad pues se puede contraer dicho virus y ser un miembro útil de las fuerzas armadas. Además, el virus no es contagiable casualmente por lo que no se pone en riesgo la integridad

[75] Se toma la circunscripción *(confining)* de la obra de Jeffrey Marshall pero se le agrega el elemento coherentista y holístico. Marshall también sugiere el enfoque holístico para interpretar precedentes cuando menciona la técnica del "napping", la cual sugiere ver a los precedentes como naipes en un juego de cartas: no es lo mismo tener un par que una escalera. Véase MARSHALL, Jeffrey, "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti: Un dizionario di common law", *Ragion Pratica,* vol. 6 1996, pp. 30, 32. Véase también, CHIASSONI, Pierluigi, "The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction", en BUSTAMANTE, T. y BERNAL PULIDO, C., *op. cit.,* p. 24.

[76] C.C.41/2006., José Ramón Cossío Díaz, 3 marzo 2008, p. 176.

de otros trabajadores.[77] Sin embargo, poco después la Segunda Sala distinguió el precedente. La Sala consideró que el retiro por inutilidad es constitucional cuando se trata de una disminución de agudeza visual (queratocono bilateral), aunque la autoridad-patrón debe demostrar que el trabajador no puede desempeñar la función.[78] Otro precedente de la misma Sala declaró la validez del régimen de seguridad social que trata distinto a los asegurados según el grado de merma de la función: a mayor la incapacidad, menor es la posibilidad de seguir en la ocupación laboral.[79]

Por lo tanto, una vez que los precedentes se interpretaban como un conjunto de normas, era posible circunscribir el ámbito de aplicación del precedente. Parece que los precedentes prohíben toda discriminación por motivos de VIH, pero permiten distinguir las discapacidades gradualmente hasta que una merma llega a ser absoluta y puede ser clasificada como incapacidad. Aun así, es discutible que se afirme que una discapacidad física puede ser un obstáculo para cumplir la función pública. Además, sigue existiendo una tensión entre los precedentes. Según el Pleno, en algunos casos el propósito de tener un ayuntamiento eficiente prevalece sobre el interés de un funcionario con discapacidades físicas ya que no se pueden superar estos obstáculos. En cambio, según la Primera Sala la obligación es precisamente eliminar esos obstáculos. La tensión se podría haber resuelto identificado los hechos relevantes pero la sentencia de la Primera Sala es muy breve en este tema.

En realidad, más que distinguir o circunscribir un precedente, parece que lo que la Primera Sala hizo fue *inaplicar* el precedente del Pleno. Es decir, sometió la norma adscrita a un control de convencionalidad y la inaplicó por contradecir una norma superior. En efecto, en la resolución de la Primera Sala el modelo

[77] A.I.R. 2146/2005, Margarita Beatriz Luna Ramos, 27 febrero 2007.
[78] 2a. Sala A.I.R. 495/2009, José Fernando Franco González Salas, 17 junio 2009.
[79] 2a. Sala A.I. R. 711/2011, Sergio A. Valls Hernández, 9 noviembre 2011, pp. 23-4

social de la discapacidad, previsto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llevó a concluir que la discriminación de personas con discapacidades está prohibida, y que las autoridades y particulares deben tomar medidas positivas para eliminar barreras físicas y sociales para erradicar esta discriminación por diversidad en las funciones físicas.[80] En cambio, en el precedente del Pleno, si bien se citó la Convención,[81] el modelo social pasó casi desapercibido y la discusión se centró en la distinción entre incapacidad y discapacidad. Así, ahora parece que no sólo había razones éticas, sino también *jurídicas,* para derrotar el precedente del Pleno, pero esto significaba refutar frontalmente el precedente y subrayar el carácter *prima facie* de la obligación de seguir el precedente.

c. La revocación anticipada del precedente

Antes de discutir la inaplicación de una norma adscrita por ser inconstitucional o inconvencional se analizará lo que los Jueces del *common law* llaman revocación anticipada del precedente *(anticipatory overruling)*. Esta técnica consiste en que los tribunales inferiores citan precedentes recientes de un órgano superior que parecen contradecir un precedente anterior del mismo órgano. Se puede decir que la revocación anticipada es una aplicación extensiva del principio hermenéutico que sostiene que la norma posterior deroga la anterior.

En Estados Unidos, al menos hasta 1989, la técnica de la revocación anticipada del precedente permitía a los Jueces inferiores revocar el precedente vertical.[82]

[80] A.I.R 410/2012, (n 74), pp. 12-13, 18-9, 24-5, 45-8.

[81] A.I. 3/2010, (n 73), pp. 39, 58-61, 66.

[82] Véase, KNIFFIN, Margaret N., "Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals", *Fordham Law Review*, vol. 51, 1982, p. 53; BRADFORD, C. Steven, "Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling", *Fordham Law Review,* vol. 59, 1990. Para una crítica de la revocación anticipada del precedente, véase HEYDON, John D., "How Far Can Trial Courts and Intermediate Appelate Courts Develop the Law?", Oxford University Commonwealth Law Journal, vol. 9, 2009. pp. 39-45.

Si bien el principio de seguridad jurídica y de autoridad fundamenta una presunción en contra de la revocación del precedente, esta presunción podía ser refutada cuando precedentes más recientes del Tribunal Supremo contradecían los precedentes antiguos.[83] Los Jueces inferiores se "anticipaban" al Tribunal Supremo, y predecían que, con base en sus mismos precedentes, la Corte revocaría su propio precedente, ya que había sido implícitamente superado por precedentes nuevos.

La posibilidad jurídica de revocar el precedente vertical terminó cuando el Tribunal Supremo, sin una profunda discusión, declaró que sólo el mismo Tribunal podía revocar sus propios precedentes.[84] No obstante, la eventualidad de que los tribunales inferiores revoquen el precedente vertical sigue siendo una posibilidad empírica y una contribución plausible en la construcción colectiva de los precedentes judiciales. Por un lado, es empíricamente imposible que las cortes supremas monitoreen el seguimiento de todos sus precedentes. Por otro lado, es posible y plausible que los Jueces inferiores detecten precedentes que violan derechos constitucionales. Por lo tanto, en circunstancias excepcionales, es apropiado que los tribunales inferiores derroten el precedente vertical por razones sustantivas.

De manera similar al modelo de Estado Unidos, el modelo difuso y semiconcentrado del control de la constitucionalidad mexicano implica la posibilidad de que un Juez de distrito o un tribunal colegiado revoque un precedente vertical. El mecanismo de sustitución de criterios que permite solo a los órganos supremos desaplicar sus propios precedentes prospectivamente no es congruente con el esfuerzo argumentativo que demuestra que un precedente está equivocado.

[83] BRADFORD, S., *art. cit.,* pp. 45-51.
[84] Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc., 490 U.S. 477 (1989).

Para revocar anticipadamente el precedente vertical es necesario que el intérprete demuestre que *a)* ha habido reformas del texto constitucional que afectan el status del precedente *b)* el tribunal superior ha desarrollado una línea jurisprudencial que contradice el precedente original.

d. La inaplicación de una norma adscrita: invalidación de un precedente por ser inconstitucional o inconvencional

A diferencia de las técnicas de la distinción y la circunscripción de precedentes que derrotan parcialmente la norma adscrita, la *inaplicación* del precedente es una confrontación directa del precedente vertical. En este escenario el tribunal intermedio admite que el precedente es exactamente aplicable al caso, pero afirma que el tribunal superior ignoró fuentes jurídicas vinculantes, por lo que el precedente debe inaplicarse. Al inaplicar un precedente el tribunal intermedio derrota la norma adscrita y la correspondiente obligación de seguir el precedente vertical. Esta inaplicación se puede justificar razonablemente si y solo si existen razones jurídicas substantivas que prevalecen sobre el principio formal de seguridad jurídica.

Esta confrontación directa parece haber tenido lugar cuando un tribunal colegiado inaplicó un precedente de la Segunda Sala. El tribunal colegiado inaplicó una norma adscrita de la Segunda Sala que declaró que es constitucionalmente válido el trato diferenciado entre trabajadores privados y trabajadores del sector de seguridad pública para efectos de la indemnización por despido injustificado. Así, un órgano inferior inaplicó el precedente no con base en diferencias fácticas como sucede en la distinción, sino con fundamento en un tratado internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad mexicano.

A pesar de que los órganos inferiores buscaron justificar la inaplicación de un precedente, el Pleno y la Segunda Sala han condenado esta práctica con base en el principio formal de seguridad jurídica. Ambos órganos tienen razón al

sostener que la desaplicación de un precedente vertical está en tensión con el principio de certeza jurídica. Las partes en un juicio tienen la expectativa racional de que sus juicios serán resueltos de acuerdo a como se han resuelto los precedentes. Además, la desaplicación del precedente también está en tensión con el derecho a la igualdad, en el sentido de tratar igual a los miembros de la misma categoría jurídica.[85] No hay duda de que desaplicar un precedente es una colisión entre principios sustantivos y los principios formales de certeza e igualdad jurídica.

Sin embargo, es necesario considerar dos salvedades con relación a los principios formales. En primer lugar, no existe una prevalencia absoluta de los principios formales sobre los sustantivos. Puede existir una prevalencia *prima facie* de los principios formales sobre los sustantivos. Sin embargo, la obligación general de seguir el precedente vertical puede ser derrotada si el tribunal inferior demuestra que el superior ignoró fuentes que influyeron en la resolución del juicio. En este escenario, la omisión de una fuente vinculante justifica la excepción a la obligación general de seguir el precedente cuando se cumple con la carga de la argumentación apropiada. En segundo lugar, el principio de seguridad jurídica también protege las fuentes que contradicen una norma adscrita. Cuando la fuente que contradice la norma adscrita es de jerarquía superior, el principio de autoridad justifica que la disposición constitucional o tratado internacional prevalezca sobre la interpretación judicial.

De esta manera, los principios formales que apoyan una norma adscrita deben ceder ante los sustantivos cuando el intérprete demuestra que el tribunal superior omitió considerar una fuente superior –también respaldada por los principios formales– que afectó la resolución del fallo. Si a partir de una disposición D^x los intérpretes pueden inferir varias normas ya sea N^1 N^2 o N^3, entonces es obligación

[85] Sobre el derecho a la igualdad y sus dos facetas, véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 257-61.

del tribunal seleccionar la norma que protege en mayor medida los valores y principios constitucionales. Es al menos posible que los tribunales superiores cometan un error en este proceso interpretativo y omitan fuentes que afectaron la resolución del juicio. En otras palabras, las disposiciones son interpretables por el Poder judicial y dan lugar a normas adscritas, pero las normas son interpretables y revisables en sí mismas. De hecho, este fue el argumento en que el Ministro Cossío fundó su voto disidente en la C.T.299/2013.[86] Es posible que la elección del superior de la norma N^1 no haya sido acorde a la Constitución o a los tratados internacionales, y Jueces inferiores pueden detectar este error interpretativo y subsanarlo mediante la inaplicación del precedente.

En efecto, la posibilidad de que los Jueces inapliquen una norma adscrita por inconstitucional no es algo nuevo en la tradición romano-germánica. En Colombia, la Corte Constitucional ha determinado que, en casos excepcionales, las normas adscritas emitidas por las cortes ordinarias están sujetas al control de la constitucionalidad.[87] En este escenario, las normas adscritas se someten a análisis constitucional ya que es posible que los Jueces violen derechos constitucionales vía interpretación. De manera similar en Italia, la doctrina del derecho viviente obliga a que la Corte Constitucional tome en cuenta no sólo el texto legislativo, sino también las normas adscritas que han formulado las cortes supremas en materia de legalidad.[88] En algunas ocasiones existe acuerdo entre la Corte y demás cortes acerca de cuál es la interpretación "correcta", pero en otras ocasiones la Corte Constitucional puede imponer la interpretación constitucional ya que a las otras cortes les competen solo asuntos de legalidad. Ambos ejemplos

[86] C.T.299/2013, (n 4) (voto disidente del Ministro Cossío), párr. 23.

[87] Véase, p. ej. C-1436-2000, Alfredo Beltrán Sierra, 25 septiembre 2000; C-426-2002, Rodrigo Escobar Gil, 29 mayo 2002; C-207-2003, Rodrigo Escobar Gil, 11 marzo 2003; C-1093-03, Alfredo Beltrán Sierra, 20 noviembre 2003; C-1199/08, Nilson Pinilla Pinilla, 4 diciembre 2008.

[88] Sobre la doctrina del derecho viviente en Italia, véase, ZAGREBELSKY, Gustavo, "Realismo y Concreción del Control de Constitucionalidad de las Leyes en Italia", *Estudios Constitucionales*, año. 6, núm. 1, 2008, pp. 325-335.

ilustran que es posible que un Juez, sea de rango inferior o superior, elija una norma que contradice la Constitución y por lo tanto, sería posible desaplicar dicha norma.

De hecho, este esfuerzo por demostrar la inconstitucionalidad de una norma adscrita ya se ha tratado de realizar en la práctica judicial mexicana. Uno de los tribunales colegiados que consideró que la obligación de seguir el precedente es general, pero no absoluta realizó este esfuerzo. El tribunal buscó derrotar una norma adscrita de la Segunda Sala por considerarla discriminatoria en perjuicio de los trabajadores de seguridad pública.[89] El colegiado citó un precedente reciente la Segunda Sala que determinó que si bien el interés público justifica diferenciar a los trabajadores de seguridad pública de los privados, esta prevalencia no puede ser utilizada para violar derechos laborales.[90] También invocó un precedente de la misma Sala que sostuvo que el interés público no puede justificar que la indemnización por despido injustificado se calcule con base en el tiempo trabajado, sino que se debe calcular a partir de que el trabajador fue indebidamente despedido.[91] No obstante, las normas adscritas de la Sala determinaron que la Ley Federal del Trabajo no era supletoria para casos de trabajadores de seguridad pública, por lo que se debía aplicar la Constitución directamente, no la ley del trabajo aún si esta última es más protectora que la Constitución.[92]Así, en vista de que la ley brindaba una mayor protección, el colegiado invocó el Convenio número 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, que prohíbe la discriminación laboral, para culminar su carga de la argumentación.[93]

[89] A.D.76-2012, (n 19), pp. 102, 111-2.

[90] 2a. Sala A.D.R. 489/2011, Sergio A. Valls Hernández, 25 mayo 2011, p. 38.

[91] 2a. Sala, C.T.489/2011, Sergio A. Valls Hernández, 1 febrero 2012, p. 31.

[92] La ley establece una indemnización adicional de 20 días por cada año laborado algo que la Constitución no establece para el caso de trabajadores de seguridad pública.

[93] Convenio número 11 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958. Ratificado 11 noviembre 1961. *D.O.F.* 11 agosto 1962.

De esta manera, el colegiado identificó fuentes constitucionalmente relevantes para derrotar el precedente de la Sala y así extender la protección laboral para incluir a los trabajadores de seguridad pública. Aun si la Sala ya había discutido la cuestión jurídica, se podría sostener que no se analizaron a profundidad las implicaciones de la Convención. El colegiado intentó cumplir su carga de la argumentación al citar: *a)* al conjunto de precedentes que parecían justificar la expansión de la protección laboral, para incluir a los trabajadores de seguridad pública en la misma categoría que los privados, y *b)* una convención internacional cuyo contenido podría influir en la resolución del fallo.

El ejemplo ilustra que los Jueces inferiores pueden inaplicar el precedente sólo una vez que se ha cumplido con una exigente carga de la argumentación. Los Jueces de distritito y los tribunales colegiados pueden contribuir al desarrollo de precedentes que protejan los valores constitucionales. Cuando esta inaplicación sea injustificada el órgano superior está facultado para confirmar sus precedentes y revocar la decisión del inferior, pero esta decisión debe ser motivada. La inaplicación del precedente permite la posibilidad de que un Juez inferior convenza a un órgano superior acerca de la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una norma adscrita.

4. Conclusión: la obligación *prima facie* de seguir el precedente

Este artículo ha sostenido que las normas adscritas formuladas por los tribunales superiores pueden ser derrotadas razonablemente. La razonabilidad depende de que el tribunal anterior no haya considerado circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes que autorizan una conclusión distinta al de la norma adscrita.

De esta manera, tal y como se discutió en el apartado 2, la idea de que la derrotabilidad es una propiedad contingente de las normas adscritas debe interpre-

tarse en el contexto competitivo del litigio. La derrotabilidad es una colisión entre principios formales de igualdad y seguridad jurídica que sostienen que una determinada norma adscrita debe ser seguida y principios sustantivos que sostienen que una nueva norma debe ser emitida. Pero estos principios sustantivos también están respaldados por los principios formales. La disposiciones constitucionales o convencionales más favorables también están respaldas por los principios de seguridad e igualdad jurídica. Por lo tanto, la derrotabilidad de una norma depende, primero, de que existan circunstancias o fuentes constitucionalmente relevantes omitidas, y segundo, de que el intérprete invoque estas razones de manera que el principio sustantivo prevalece sobre los formales. Es posible que el tribunal superior no haya anticipado una circunstancia o haya omitido una fuente al emitir una norma adscrita. En estos escenarios es posible que los tribunales inferiores detecten esta omisión y emitan una nueva norma adscrita.

Los tribunales inferiores pueden derrotar una norma adscrita por un tribunal superior mediante el uso de las cuatro técnicas mencionadas en el tercer apartado. La primera técnica es la distinción de casos. Por medio de la distinción de casos se identifican circunstancias presentes en el caso por resolver que ameritan un trato diferenciado con relación al precedente. Así, se identifica o crea una categoría autónoma para subsumir el caso contrario al sugerido por el precedente. La segunda técnica es la circunscripción. Por medio de la circunscripción, el ámbito de aplicación de un precedente se reduce una vez que se analiza a la luz de un conjunto de precedentes que resolvieron cuestiones jurídicas similares. La tercera técnica es la revocación anticipada del precedente. Esta técnica consiste que los tribunales inferiores citan precedente posteriores emitidos por el superior que parecen contradecir el original. De esta manera, el tribunal inferior se anticipa a lo que el superior resolverá, de acuerdo con una interpretación extensiva del principio de que la norma posterior deroga a la anterior. Finalmente, la técnica que desafía más contundentemente la obligación de seguir el precedente vertical es la inaplicación del precedente. Esta técnica consiste en

identificar una fuente constitucional o convencional omitida por el tribunal superior y que afectó el resultado del fallo. Si bien los principios de seguridad e igualdad jurídica sugieren aplicar una norma adscrita preexistente, estos principios, además del principio de jerarquía de fuentes, también respaldan el derrotar la norma y emitir una nueva a luz de fuentes constitucionales o convencionales.

El uso razonable de estas cuatro técnicas produce a medio plazo un conjunto de precedentes con mayor precisión que de hecho protegen los principios formales. Por medio de la distinción o la circunscripción, los Jueces inferiores formulan normas adscritas más concretas que protegen el derecho a la igualdad en sus dos facetas: se trata igual a los miembros de la misma categoría y diferente a los miembros de otra, pero siempre se deben proporcionar razones para justificar este trato diferenciado. De manera similar, la revocación anticipada del precedente simplemente extiende el ámbito de aplicación de una fuente reciente y derrota una norma adscrita anterior. La inaplicación del precedente puede encontrar un equilibrio entre la seguridad jurídica y los principios sustantivos cuando el superior omitió analizar una fuente de rango constitucional ya que ésta también está respaldada por los principios de seguridad jurídica y goza de mayor jerarquía que una interpretación judicial.

En resumidas cuentas, las técnicas para derrotar el precedente son útiles para aproximarse al ideal de la coherencia en el derecho constitucional. Tanto los Jueces inferiores como los superiores pueden construir colectivamente un sistema de normas adscritas racionales en las que las distinciones no son *ad hoc*, sino justificadas en diferencias relevantes o en propósitos superiores. El uso de las técnicas confirma la presunción de que el precedente debe seguirse generalmente, pero esta obligación es *prima facie,* pues admite excepciones.

LOS CONCURSOS "SOLO PARA MUJERES"

CONTEST FOR WOMEN ONLY

Estefanía Vela*

Resumen

Este artículo analiza y explica en qué sentido se incorporó la perspectiva de género en la argumentación de la sentencia SUP-JDC.1080/2013 y sus acumulados, mediante la cual, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación declara el "concurso solo para mujeres" como una medida constitucionalmente válida. Para la autora, las acciones afirmativas *tienen que* responder a un problema de desigualdad *real*, para lo cual brinda datos sobre el fenómeno de la discriminación en el empleo en México, debate que, concluye, faltó en la sustentación de dicha sentencia.

Palabras clave: Perspectiva de género, acciones afirmativas, discriminación laboral, derechos laborales.

* Maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Profesora asociada y responsable del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos por el CIDE.

Abstract

This article analyses and explains in what sense the gender perspective was incorporated in the argumentation of the sentence SUP-JDC. 080/2013 and its accumulated, by which the Federal Electoral Court declares the "Contest for women only" as a constitutionally valid measure. Affirmative actions have to respond to a problem of real inequality, for the author, and she provides data to show the phenomenon of discrimination in employment in Mexico, a debate that, she concludes, lacked in the support of that sentence.

Keywords: Gender perspective, Affirmative action, Discrimination at work, Labour rights.

Este artículo ofrece un análisis del SUP-JDC-1080/2013 y sus acumulados, resueltos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el 21 de octubre de 2013. Esta sentencia fue una de las ganadoras del reconocimiento que la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia le extendió en el 2014 a cuatro distintos fallos por cómo incorporaron la "perspectiva de género" en sus razonamientos.[1]

El propósito de este artículo es doble: por un lado, trata de explicar cómo esta resolución, que versa sobre la constitucionalidad de los concursos solo para mujeres, tomó en cuenta la perspectiva de género en su actuar. ¿Qué razonamientos realizó la Sala Superior para, en este caso, justificar un concurso solo para mujeres que había aprobado el entonces Instituto Federal Electoral? ¿Estos razonamientos son válidos? ¿De acuerdo a qué? ¿Y en qué sentido es que se puede decir que "incorporaron la perspectiva de género"? Además de eso, sin embargo, este artículo busca aportar datos adicionales sobre el fenómeno de la discrimi-

[1] Se pueden consultar todas las ganadoras del concurso de ese año aquí: http://www.amij.org.mx/micrositios/reconocimientos2014/egr.html Yo fui parte del jurado que eligió a las ganadoras.

nación en el empleo –que, al final, es lo que está detrás de los concursos solo para mujeres–, con el fin de apuntar a los múltiples factores que Jueces y Juezas pueden tomar en cuenta al resolver casos como este. Es un artículo, por lo tanto, que se enfoca en la perspectiva de género y la discriminación en el empleo, y las formas –posibles– en las que se pueden entrecruzar en un fallo judicial.

1. Síntesis y antecedentes del caso

Este caso versa sobre la composición, en términos de género, del Instituto Federal Electoral (ahora Instituto Nacional Electoral); en concreto: de su Servicio Profesional Electoral (SPE). El SPE, para efectos prácticos, abarca todos los cargos que hacen posible el funcionamiento del IFE, con excepción de los puestos que corresponden a quienes integran el Consejo General y su rama administrativa. Al momento del fallo, el SPE estaba compuesto por 2,246 plazas. Se trata, sin duda, de un cuerpo laboral de un tamaño considerable.

El 29 de agosto de 2013, el Consejo General del IFE emitió el Acuerdo CG224/2013 por el que se aprobaron los "Lineamientos del concurso público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del servicio profesional electoral del Instituto Federal Electoral, como medida especial de carácter temporal". Por virtud de este Acuerdo, se determinó que se realizaría un concurso para ocupar 106 de las 2,246 plazas que existían en el SPE y que en el concurso solo podrían participar mujeres.

Según puede leerse en el Acuerdo, esta medida se tomó para remediar la desigualdad que persistía en el servicio profesional electoral entre hombres y mujeres. Al momento en el que se tomó la decisión de hacer el concurso, los hombres ocupaban el 78.20% de las plazas del SPE, mientras que las mujeres ocupaban

el 21.80%.[2] El 6.06% de las plazas estaban vacantes. Con el concurso, los números cambiarían ligeramente: los hombres pasarían a ocupar el 74.80% del SPE y las mujeres el 25.20 por ciento.

En el Acuerdo se enfatizó que existía una desigualdad no solo en los números totales de la composición del SPE (78.20% de hombres *versus* 21.80% de mujeres), sino en el tipo de cargos que ocupaban. Entre más alto fuera el puesto, menos mujeres podían encontrarse en él; entre más bajo fuera el puesto, más mujeres podían encontrarse en él. El mismo Acuerdo del Consejo General se refiere a esta realidad como un claro ejemplo del fenómeno del "techo de cristal": como evidencia de que existían barreras –invisibles, como el cristal– que impedían que las mujeres escalaran en el Servicio Profesional Electoral.[3] Era necesario comenzar a romperlas.

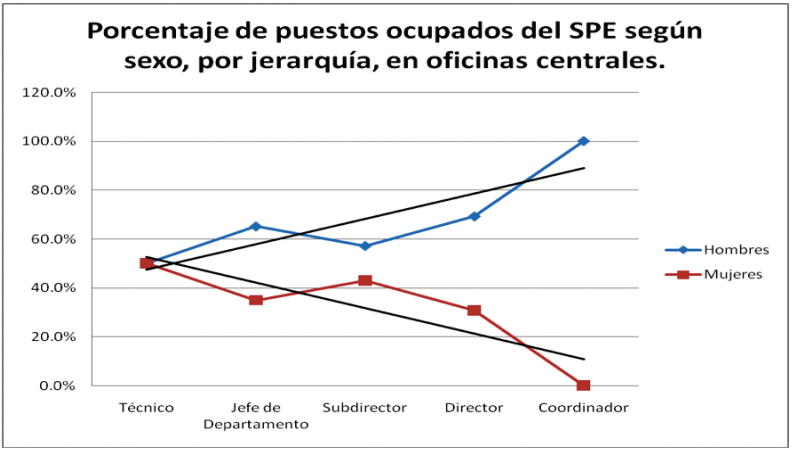
El SPE estaba dividido en las Oficinas Centrales, las Juntas Locales Ejecutivas y las Juntas Distritales Ejecutivas. En cada uno de estos ámbitos, la composición por género según el cargo y la jerarquía era la siguiente:[4]

[2] Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueban, a propuesta de la Junta General Ejecutiva, los Lineamientos del Concurso Público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del Servicio Profesional Electoral del Instituto Federal Electoral, como medida especial de carácter temporal, CG224/2013, p. 27, disponible en: http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2013/Agosto/CGord201308-29/CGo290813ap18.pdf

[3] *Ibidem*, p. 29.

[4] Todas las figuras fueron extraídas del Dossier sobre el "Concurso Público de mujeres para ocupar cargos del Servicio Profesional Electoral 2013-2014" que preparó la oficina del Consejero Electoral Benito Nacif Hernández y que me hicieron el favor de compartirme por correo. Los datos, a su vez, están basados en la información que se contiene en el Acuerdo CG224/2013. Valga mencionar que el Consejero Benito Nacif era uno de los integrantes de la Comisión del Servicio Profesional Electoral al momento en el que esta medida fue aprobada.

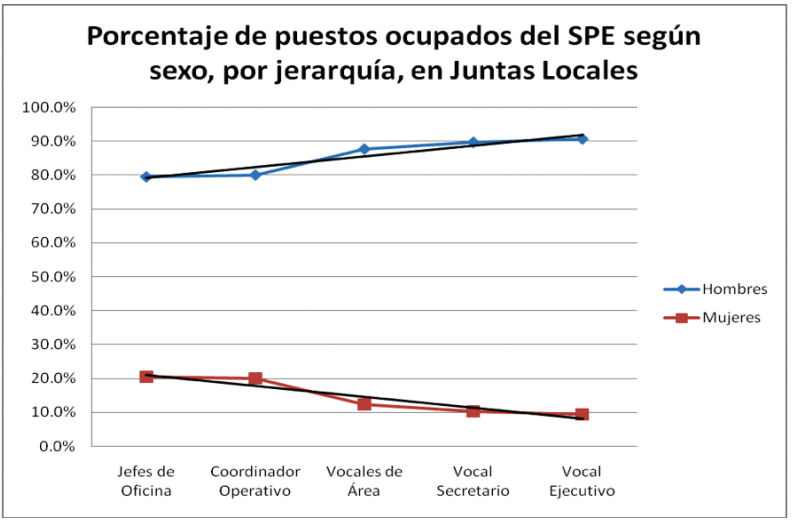
Figura 1



Es claro cómo la brecha de género *aumenta* conforme se escala en la jerarquía: en el puesto de técnico, existe una igualdad absoluta (hay un hombre y una mujer ocupando los dos puestos); llegando a Coordinador, la brecha es absoluta (los dos puestos están ocupados por hombres).[5]

[5] Los números específicos los he sacado directamente del Acuerdo CG224/2013, *supra,* nota 1, p. 27.

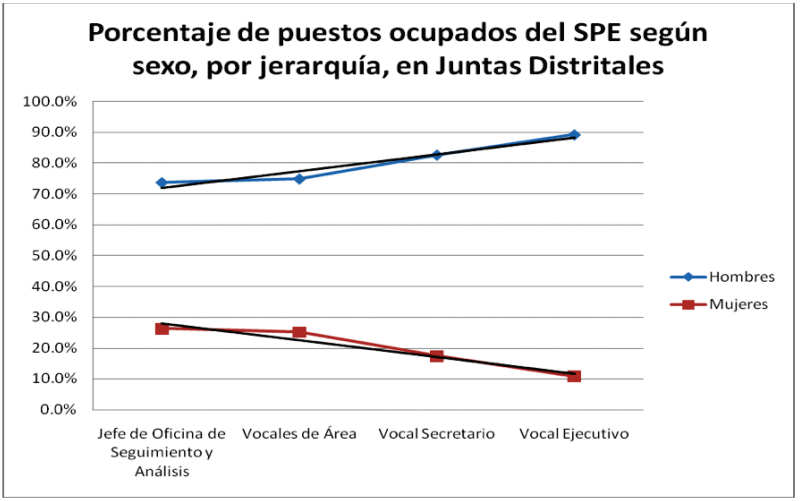
Figura 2



En las Juntas Locales, en ningún punto existe una igualdad en la integración de los puestos. En el puesto más bajo, que es el de Jefe de Oficina, los hombres ocupan 58 puestos, mientras que las mujeres ocupan 15; en el más alto, que es el de Vocal Ejecutivo, los hombres ocupan 29 puestos y las mujeres ocupan tres.[6]

[6] *Ibidem*, pp. 27-28.

Figura 3

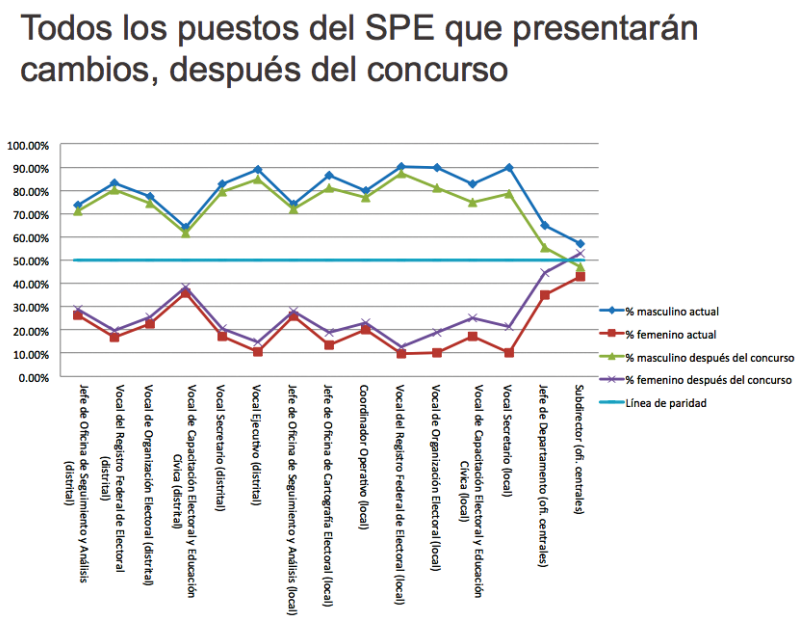


En las Juntas distritales, el fenómeno se repite: la brecha entre hombres y mujeres aumenta conforme se escala en la jerarquía.

Con el Concurso, definitivamente no se erradicaría la desigualdad en términos absolutos, ni se cerraría la brecha para cada uno de los cargos de manera radical, pero habría una leve mejora. Para cada una de las plazas concursadas, los cambios serían los siguientes:[7]

[7] La figura 4 fue extraída de una presentación preparada por el Consejero Electoral Benito Nacif Hernández, que también me hizo el favor de compartirme por correo.

Figura 4



A pesar del esfuerzo del Consejo General de justificar la medida, 27 hombres la impugnaron ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por considerar que violentaba, entre otros, su derecho a la no discriminación por género.

2. La resolución de la Sala

El núcleo[8] de la resolución de la Sala tiene que ver con la constitucionalidad del Acuerdo; en concreto, con una pregunta: ¿violenta el derecho a la igualdad de

[8] Hay un punto interesante en el que no ahondaré, que tiene que ver con el argumento que esgrimió el Consejo General en torno a la procedencia del caso: sostuvo que debía desecharse porque el juicio para hacer valer los derechos políticos no era una vía adecuada para analizar la medida, ya que ésta no violentaba los

los hombres al permitirle solo a las mujeres concursar por las plazas del Servicio Profesional Electoral?[9] La respuesta a la que llega la Sala Superior es que no.

La Sala comienza haciendo referencia a la Constitución; en concreto, al artículo 1o., párrafo quinto y al artículo 4o., párrafo primero, que consagran el derecho a la no discriminación por género y la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer. De ahí, alude a una tesis de la Primera Sala que ofrece una interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que "todas las personas son iguales ante la ley".[10] De estas disposiciones, deriva uno de los puntos clave del derecho a la no discriminación:

> no toda distinción de trato puede considerarse, por sí misma, ofensiva de la dignidad humana, pues sólo es dable considerar discriminatoria una distinción cuando "*carece de una justificación objetiva y razonable*". Por lo tanto, las *distinciones* constituirán diferencias compatibles con dicha Convención, en tanto sean razonables, proporcionales y objetivas; mientras que las *discriminaciones* serán las diferencias arbitrarias que redunden en detrimento de los derechos humanos.[11]

Conforme a esta lógica, la Sala sostiene que es válido que un acto privilegie a las personas "del género femenino", cuando se "derive de una situación de desigualdad entre el hombre y la mujer", siempre que sea "razonable, proporcional

---

derechos políticos de los quejosos. No se estaba afectado su derecho a votar y ser votados. La Sala Superior sostuvo que había que interpretar a los derechos políticos de manera amplia: como los derechos que le permiten a las personas ser *parte del Estado*, sea o no a través del voto. Dado que en pugna estaba un concurso para acceder al IFE –un órgano del Estado encargado nada más y nada menos que de las elecciones–, procedía analizar el caso. SUP-JDC-1080/2013 y sus acumulados, resueltos por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el 21 de octubre de 2013, pp. 13-28.

[9] Los quejosos articulan esta violación como una a su "dignidad humana". Este agravio se desdobla en tres derechos concretos violentados: su derecho a la no discriminación por género, su derecho a la libertad profesional, y su derecho a ocupar un cargo público. SUP-JDC-1080/2013 y sus acumulados, *supra*, p. 50.

[10] IGUALDAD JURÍDICA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XX, mayo 2013, t. I, p. 541, tesis 1a. CXXXIX/2013, registro número 2003583.

[11] SUP-JDC-1080/2013 y sus acumulados, *supra*, p. 56.

y objetiv[o]".[12] Esto es sumamente importante: el acto tiene que estar justificado en una desigualdad *real* (no jurídica) entre los hombres y las mujeres. Es precisamente esta desigualdad *real* la que tiene que buscar remediar; y lo hará a partir de una desigualdad *jurídica*, de un trato diferenciado.

En sociedades como la mexicana pueden existir desigualdades que se derivan del trato que ciertas personas han recibido históricamente, por su pertenencia a ciertos grupos.[13] Este "trato" diferenciado, en la gran mayoría de situaciones, estaba consagrado en la misma ley. De aquí que el primer paso para remediarla sea la "igualdad formal": la erradicación de las diferenciaciones jurídicas.[14] Pero, afirma la Sala, "la igualdad formal no es suficiente" para que deje de existir una desigualdad *real*. De ahí que sea necesario volver a realizar una diferenciación *jurídica*, estableciendo "medidas compensatorias que garanticen la igualdad material a favor de los grupos sociales discriminados, por la posición desventajosa en la cual sus miembros se encuentran respecto del resto de los integrantes de la sociedad."[15] Este tipo de medidas suelen llamarse "acciones afirmativas".

La Sala ofrece una conceptualización de las acciones afirmativas. Comienza por referir a los diferentes objetivos que pueden tener. Estos pueden ser: 1) compensar o remediar una situación de injusticia o discriminación del pasado;[16] 2) la realización de una determinada función social;[17] o 3) alcanzar una representación o un nivel de participación más equilibrada entre los grupos humanos. La Sala afirma que las acciones afirmativas a favor de las mujeres son un ejemplo típico de este último objetivo. En este supuesto se trata de "ir más allá de una igualdad

[12] *Ibid.*, p. 60.
[13] *Ibid.*, p. 61.
[14] *Ibid.*, p. 62.
[15] *Ibidem*.
[16] *Ibid.*, p. 63.
[17] *Ibid.*, p. 64.

en el punto de partida para apostar por una igualdad en el punto de llegada o en las metas que se buscan realizar."[18]

Lo segundo que destaca la Sala sobre las acciones afirmativas refiere a los sujetos que benefician: "a los grupos en situación de vulnerabilidad, es decir, aquellos grupos que debido al contexto social en el que se encuentran insertos carecen de las mismas posibilidades que el resto de los grupos para ejercer sus derechos fundamentales."[19] Después refiere a las entidades que promueven este tipo de acciones. Señala que son los Estados los que están obligados a implementarlas, aunque históricamente se han apoyado también en los particulares.[20]

Sin duda, concede la Sala, las acciones afirmativas, al mismo tiempo en el que benefician a un grupo de personas, pueden limitar los beneficios o perjudicar a las personas que no están incluidas en ese grupo. "No es de extrañar que como consecuencia colateral, los derechos de las personas de los grupos sobre los que no recaen las acciones afirmativas puedan quedar mermados e, incluso, anulados".[21] Lo que justifica este "perjuicio", sin embargo, es el fin que persiguen las acciones afirmativas: lograr una igualdad material.

Pero precisamente por ese daño potencial que pueden implicar es que tienen que diseñarse de manera cuidadosa. De entrada, afirma la Sala, las acciones afirmativas tienen que ser temporales.[22] Deben erradicarse una vez que cumplen su propósito. Y precisamente por eso es que tienen que ser necesarias e idóneas: para que *sirvan* y, finalmente, puedan erradicarse. Una acción afirmativa que no sirva para sus propósitos, no es válida.

[18] *Ibid.*, p. 65.
[19] *Ibid.*, p. 66.
[20] *Ibid.*, p. 68.
[21] *Ibid.*, p. 69.
[22] *Ibid.*, p. 72.

Una vez que la Sala explica las acciones afirmativas, se dedica a buscar su fundamento explícito en el orden jurídico mexicano. Éste se encuentra en diversos instrumentos normativos, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 4o, párrafo 1), la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (artículo 5o, fracción I), la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (artículo 5o, fracción I) y la Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4o de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

Después de haber expuesto todo el marco jurídico, la Sala procede a analizar el "concurso solo para mujeres". Lo primero que hace es retomar los datos que ofrece el Consejo General para justificar la medida, datos que sirven como evidencia de la desigualdad *real* que existe entre hombres y mujeres en el Servicio Profesional Electoral.[23] Esto es fundamental para el ejercicio, ya que comprueba que existe una *necesidad* para tomar medidas que la remedien. No se trata de algún capricho, sino de un problema real. De ahí, la Sala procede a analizar si la medida que busca erradicar este problema cumple con el estándar de proporcionalidad. Afirma que sí, por las razones siguientes:

1) **La medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin propuesto.** La medida está directamente encaminada a remediar el problema para el cual fue diseñada, ya que "provocaría que el porcentaje de cargos ocupados por mujeres pasara del 21.80% al 25.20%, mientras que las plazas ocupadas por hombres pasarían del 78.20% al 74.80%."[24]

2) **La medida es eficaz y se limita a lo objetivamente preciso.** El Acuerdo, afirma la Sala, "circunscribe sus efectos exclusivamente a las plazas

[23] *Ibid.*, pp. 86-88.
[24] *Ibid.*, p. 100.

vacantes a las que esa propia determinación se refiere, sin afectar plazas ocupadas ni referirse a futuras vacantes."[25]

3) **La medida es proporcional en sentido estricto, ya que los perjuicios que ocasiona no son desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.** La medida, sostiene la Sala, no implica que las mujeres por el solo hecho de concursar, ocuparán las plazas. Tienen que cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos. Esto implica que si siguen existiendo plazas vacantes, estas pueden concursarse de una forma distinta.[26] La medida es, además, temporal; por lo que una vez que logra sus objetivos "se agota".[27] Esto abriría la puerta una vez más para que los hombres concursen por las plazas que lleguen a estar disponibles.

Por estas razones, la Sala declara al "concurso solo para mujeres" como una medida constitucionalmente válida.

3. Análisis

a. Los aciertos de la sentencia

Me atrevo a afirmar que uno de los temas más incómodos relacionados con la igualdad de género es el de las acciones afirmativas. Es extraño no encontrar resistencias a ellas. ¿Cómo, en un orden jurídico que sostiene a la igualdad como uno de sus valores fundamentales, se puede justificar un trato diferenciado? ¿Cómo pueden proponerse estas medidas que dan un tratamiento desigual, si una de las mayores quejas del movimiento por los derechos de las mujeres ha

[25] *Ibid.*, p. 101.
[26] *Ibid.*, p. 102.
[27] *Ibid.*, p. 103.

sido el trato desigual que históricamente han recibido las mujeres? Qué contradictorio. Qué injusto. Y puede entenderse la incomodidad: medidas como el "concurso solo para mujeres" parecen tratar a los hombres como se les trataba a las mujeres: impidiéndoles participar en la conformación del Estado. Mal justificadas, fácilmente alimentan uno de los mayores estereotipos sobre los feminismos: que llevan a un "mundo al revés", en el que las privilegiadas ahora son las mujeres. Precisamente por eso son tan importantes los argumentos que se ofrecen para validarlas. Los argumentos son los que sustentan por qué pueden ser *necesarias*: porque existe un problema de desigualdad real y las acciones *pueden* contribuir a resolverlo.

Jurídicamente, queda claro que las acciones afirmativas tienen un fundamento explícito en tratados internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 4o, párrafo 1). La Sala lo reconoce y este es uno de sus aciertos. Pero en esta materia, no basta referir al texto normativo para justificar estas medidas. Vaya, el mismo texto exige que se justifiquen en concreto, ya que no cualquier medida es válida. Esto es clave: la misma manera en la que los derechos humanos funcionan –incluido el derecho a la no discriminación– *exige* que todas las medidas, incluidas las acciones afirmativas, sean justificadas *en concreto*.

En el caso de las acciones afirmativas, lo primero que es clave en la justificación constitucional es la comprobación de que existe una desigualdad *real*. Las acciones afirmativas *tienen que* responder a un problema de desigualdad *real*.

La Sala lo afirma bien: la igualdad *formal* no fue –no es– suficiente para garantizar que las personas gocen de los mismos derechos. Que las leyes establezcan los mismos derechos, no implica que se ejercerán de forma igualitaria. Este es el "gran" reto contemporáneo de la desigualdad de género: sus causas rara vez se encontrarán en los textos legales. Se ha "neutralizado" el orden jurídico, pero ello no ha llevado a la igualdad real en el goce de derechos. Esto significa que para

erradicar la desigualdad de género, primero hay que salirse del derecho e ir a la realidad. ¿Cómo viven, *de hecho*, las personas? ¿Cuáles son las posibilidades *reale*s que tienen para gozar de sus derechos? ¿De qué depende, *fácticamente*, que las personas accedan a ciertos lugares, a ciertas prestaciones, que desarrollen ciertos proyectos de vida? En otras palabras: hay que ser capaces de detectar desigualdades *en los hechos.*

En este punto, la Sala retoma el trabajo que realizó el mismo Consejo General del IFE y los datos son incuestionables: existe una disparidad impresionante entre el número de mujeres y hombres que conforman el Servicio Profesional Electoral. No hay cómo negarlo: ahí están los números, demostrando la desigualdad.

Ahora, que exista un problema de desigualdad real no significa que, automáticamente, cualquier medida que *diga* erradicarlo sea la adecuada. Y esto la Sala lo entiende bien: las medidas tienen que *de hecho* servir para sus propósitos y tienen que hacerlo de una manera que no cause un perjuicio mayor al beneficio que buscan. Que el "concurso solo para mujeres" llevaría a un aumento en el número de mujeres que conforman el Servicio Profesional Electoral es incuestionable. Que afectaría a los hombres, también. Esto es muy importante y la Sala lo reconoce. No se puede pretender que estas medidas no afectan, muchas veces de manera negativa, a ciertas personas; en este caso, a los hombres. Pero la afectación no es eterna, ni gratuita. Esto, insisto, es clave: no es válido afirmar simplemente que una medida "busca" "cerrar la brecha de desigualdad", o "empoderar a las mujeres", o "garantizarles el ejercicio de sus derechos". La medida diferenciadora, para que sea válida, *tiene que ser efectiva*.[28] Y, para que sea

[28] Existe otro acierto de la resolución que me parece importante recalcar. Que el concurso sea solo para mujeres, recuerda la Sala, no significa que cualquier mujer, por el hecho de participar, resulte electa. Tiene que cumplir con los mismos requisitos con los que tendrían que cumplir los hombres. Esto es sumamente importante ya que tiende a existir una conceptualización de las acciones afirmativas como medidas que están peleadas con la "meritocracia", esto es, con un régimen en el que las personas son contratadas o elegidas por

válida, quien la emite tiene que responsabilizarse de sus costos. Porque las medidas –las que sean– por lo general tienen costos. Lo importante es verlos y justificarlos.

b. Las insuficiencias de la sentencia

Valga, en este punto, sin embargo, referir a lo que me hubiera gustado que la Sala incluyera. La resolución es muy buena para justificar cómo el orden jurídico mexicano permite la diferenciación jurídica en ciertos casos (vaya: hasta la exige); también acierta en cómo explica las acciones afirmativas y cómo, finalmente, justifica el "concurso solo para mujeres". Creo, sin embargo, que la sentencia se hubiera fortalecido si hubiera ahondado más en el problema de la desigualdad de género en el trabajo; que es, al final, lo que estaba en juego. Si bien la Sala afirma que la "igualdad formal" es insuficiente para garantizar el ejercicio de derechos, hubiera sido un complemento extraordinario aterrizar esto para el caso del trabajo, particularmente en lo que se refiere a la "igualdad estructural", a la que sí menciona, y define como "el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, [que] provoca que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida,

sus "méritos", por sus talentos puros y no por "otras razones" que nada tienen que ver con el cargo que ocupan.

Es posible, por ejemplo, que las personas vean números como los que ofreció el Consejo General y no los interpreten como indicativos de un problema. Quizá, sostengan, existe una disparidad entre hombres y mujeres en la conformación del Servicio Profesional Electoral, pero ello puede deberse a razones que no tienen que ver con la discriminación. Quizá se deba a que las mujeres simplemente no son tan buenas como los hombres. Desde esta perspectiva, un "concurso solo para mujeres" implicaría que se le está dando entrada a personas que, en otras circunstancias, no accederían al Servicio Profesional Electoral. La "meritocracia" se vería mermada. Por eso es tan importante insistir en que concursos como este no bajan los estándares de admisión; siguen garantizando que personas capacitadas ocupen los cargos. Las acciones afirmativas, bien hechas, no tienen por qué estar peleadas con la "meritocracia". Al contrario: pueden verse como una medida que tiende a garantizar que, *ahora sí*, vivamos en un mundo en el que las personas obtienen ciertos trabajos *exclusivamente* por sus capacidades y no por otras razones.

debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática e históricamente determinada."[29]

Como afirmé anteriormente: para combatir la desigualdad, es necesario, primero, valga la obviedad, identificarla. Comprobar que existe. En esto, el Consejo General ya había aportado los datos idóneos para evidenciar cómo en el Servicio Profesional Electoral existía una disparidad de género importante. El segundo paso necesario, sin embargo, es *explicar* la disparidad: ¿a qué se deben esos números? Esto es sumamente importante porque de la explicación depende qué es visto como un problema –y qué no– y cuál puede ser una de sus posibles soluciones (lo cual sería el tercer paso).

Es clave poder explicar por qué esta desigualdad numérica es reflejo de un problema de discriminación, especialmente porque existen al menos dos narrativas alternativas bastante populares que sostienen lo contrario, esto es, que *no* refleja un problema de discriminación. La primera explicación sostiene que estos números son un reflejo de una disparidad en *talentos*, en *méritos*. Las mujeres –sostienen estas voces– simplemente no están tan capacitadas o no son tan aptas para los trabajos como los hombres. Desde esta lógica, quizá habría que invertirle a la educación –al desarrollo de talento–, pero no necesariamente habría que alterar la dinámica laboral –ya que ésta no es el origen de la desigualdad–. La segunda explicación popular ve en estos números un reflejo de las *preferencias* de las personas: a las mujeres simplemente no les interesa ocupar ciertos espacios o desempeñar ciertos trabajos. Si son pocas las que concursan porque simplemente no les llama la atención, naturalmente serán pocas las que conforman el Servicio Profesional Electoral (o cualquier otro espacio). Desde esta perspectiva, tampoco habría que alterar la dinámica laboral –con medidas como el concurso solo para mujeres–, ya que no hay un problema de discriminación,

[29] *Ibid.*, p. 81.

sino de elección. La "perspectiva de género" es la que nos lleva a resistir y cuestionar estas dos narrativas. ¿Es así de sencillo? ¿Lo que vemos es mero producto de las "elecciones personales" o de los "talentos naturales"?

La *perspectiva* de género es una manera de *ver* la realidad que obliga a ir más allá de discursos "simplistas" y "reduccionistas", como tienden a ser los que en toda disparidad ven un reflejo de "talentos naturales" o de "elecciones personales". La *perspectiva* de género nos obliga a mirar a todo lo que produce un estado de cosas dado. La perspectiva de género, por lo general, nos lleva a ver que las disparidades –en el goce de derechos, en el acceso a espacios, en el acceso a oportunidades, etc.– suelen ser el resultado de una interacción compleja entre múltiples factores económicos, políticos, jurídicos, educativos, familiares, mediáticos, etc. Por eso, esas disparidades se entienden, por lo general, como reflejo de una *discriminación*: porque tienen que ver con arreglos, acuerdos, sistemas, actuaciones injustas que resultan en una exclusión. ¿Como cuáles?[30]

Si bien es imposible ser exhaustiva, me gustaría señalar algunos de los fenómenos que, combinados, producen un problema de discriminación en el empleo que se ve reflejado en una disparidad numérica. Me gustaría aprovechar este espacio para dejar constancia de algunos de los factores que Jueces y Juezas podrían explorar al resolver casos como el del "concurso solo para mujeres".

[30] En este artículo me enfoco en la discriminación laboral por género, especialmente en la que se manifiesta en los procesos de contratación, promoción, trato y despido en un trabajo. El fenómeno, sin embargo, va más allá. El papel que juega, por ejemplo, el sistema educativo en el acceso a las oportunidades laborales sigue siendo fundamental. También están, por supuesto, otros factores múltiples que tienen que ver con el sistema económico en sí. Curiosamente, según ONU Mujeres, más mujeres que hombres trabajan en trabajos precarios, mal pagados y poco reconocidos. (UN Women, "Facts and Figures: Economic Empowerment", disponible en: http://www.unwomen.org/en/what-we-do/economic-empowerment/facts-and-figures) En este caso, el problema es doble: ¿por qué son las mujeres las que tienen acceso a *estos* trabajos? Pero también: ¿por qué hay trabajos así en primer lugar? ¿Dónde están las bases mínimas que se deberían garantizar para todos los trabajos? Hay, en otras palabras, una crisis laboral importantísima que se tiene que abordar. Este, sin embargo, no es el espacio para ello. No me gustaría, sin embargo, dejar de señalar lo fundamental que resulta la lectura de Nancy Fraser, "Feminism, Capitlism, and the Cunning of History", 2012, disponible en: https://www.newschool.edu/uploadedFiles/Faculty/NSSR/Fraser_NLR.pdf?n=4644

En el caso del SUP-JDC-1080/2013, que aquí se analiza, estos factores habrían servido para robustecer la argumentación para validar los concursos solo para mujeres. En otros casos, sin embargo, estos factores podrían servir para fines distintos: para saber qué pruebas solicitar; saber cómo leer o entender qué pruebas; saber qué argumentaciones o normas son problemáticas, etcétera.

Parte del problema que existe en México es que aún no abundan los estudios que se dedican a dilucidar la discriminación laboral al grado de detalle que se requiere para enfrentar este problema.[31] Por esta razón, lo que ofreceré son ejemplos, no siempre mexicanos y no siempre del área electoral para ilustrar cómo opera la discriminación laboral que es **estructural**. La mayoría de los estudios, además, refieren a las experiencias de mujeres cisgénero, heterosexuales, que viven en ciudades, y trabajan en empresas o entidades gubernamentales.[32] Algo no menor, ya que de los pocos estudios que sí hay se deriva que la identidad de género, el origen étnico, la discapacidad, la nacionalidad, el estatus migratorio, la orientación sexual y la clase –por decir lo menos– por supuesto que afectan cuáles son las mujeres que tienen acceso a qué tipo de trabajos. A pesar de estas limitaciones, sin embargo, espero que los ejemplos que aporto sirvan para entender que el mundo que tenemos –un mundo aún desigual en términos de género– no es producto de meras "elecciones", ni de "fuerzas naturales", sino de un entramado social, político, jurídico y económico, que es necesario identificar

[31] Idealmente, no solo cada industria, sino cada institución –empresa, asociación, órgano gubernamental, etc.– requiere de un diagnóstico propio sobre las dinámicas de discriminación que existen a su interior. Esto porque, tal cual, las particularidades de cada institución pueden incidir o exacerbar la discriminación o bien irla disminuyendo. A pesar de las especificidades, sin embargo, por lo general hay ciertos "factores comunes" que inciden en la discriminación. Estos son los que trataré de señalar aquí.

[32] Para leer sobre la discriminación laboral que viven las personas trans, véase MARJANE, Jessica, "La resistencia trans", *Nexos*, 7 de marzo de 2017, disponible en: http://www.nexos.com.mx/?p=31722; OIT, "La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_380831.pdf; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con la orientación sexual o identidad de género*, 2014 (el apartado relativo al trabajo). Para un esbozo de algunos de los factores que inciden, por ejemplo, en la trata laboral –como lo son el estatus migratorio–, véase Shamir, Hila, "A Labor Paradigm for Human Trafficking", *UCLA Law Review*, 2012.

para poderlo desmontar. Específicamente espero que los ejemplos que ofrezco le sirvan a quienes tengan que resolver casos relacionados a la discriminación en el empleo, para que puedan ver todos los distintos factores que se tienen que tomar en cuenta a la hora de resolver un caso.

c. La discriminación en el empleo

Valga conceptualizar al trabajo como un proceso que depende de un conjunto de reglas y prácticas; un proceso que abarca la atracción de talento, su contratación e incorporación, su desarrollo al interior de un lugar y también su despido. Analizar al trabajo con perspectiva de género[33] implica ver todas esas reglas y prácticas –formales e informales, explícitas e implícitas, empresariales, gubernamentales, etc.– que aseguran que ciertas personas entren a un trabajo y otras no; que ciertas personas escalen y otras no; que ciertas personas reciban beneficios y otras no; que ciertas personas sean objeto de ciertos perjuicios y otras no.

¿Cuáles son algunas de las reglas o prácticas que garantizan que sean los hombres y no las mujeres las que entren a ciertos espacios, reciban ciertos

[33] Existe, por lo general, un cuestionamiento sobre si es necesario referir a una "perspectiva de género" y no simplemente insistir en que se haga un análisis minucioso de la realidad. Porque, la verdad, la "perspectiva de género" es a lo que lleva: a analizar la realidad, en toda su complejidad. Este análisis por lo general nos revela que hay muchos factores que condicionan las vidas que de hecho viven las personas, que condicionan los derechos que de hecho disfrutan. El género es uno de esos factores. La raza o la clase o la nacionalidad (o la discapacidad, o la edad o…) son otros. (De ahí el concepto de la "interseccionalidad", también.) Desde aquí, para mí, importa insistir en la "perspectiva de género" no porque aporte, metodológicamente, algo *extraordinario* o *radicalmente* distinto a lo que se supone que se debería de hacer a la hora de juzgar (o de hacer políticas públicas o ciencia…), sino porque la historia revela que incluso cuando creemos ser lo más rigurosos posibles, incluso cuando creemos que estamos apegándonos a los principios científicos, incluso cuando creemos que estamos apegándonos a un análisis moral impecable, tendemos a tener sesgos de género. De ahí que la "perspectiva de género" sirva como un método que simplemente nos obliga a preguntarnos, *constantemente*, por las implicaciones e imbricaciones de género en un caso particular. Para una explicación extraordinaria sobre la metodología jurídica feminista, véase BARLETT, Katherine T., "Métodos jurídicos feministas", *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, RedAlas, Palestra, Lima, 2011 (en especial, véase el apartado sobre "la pregunta de la mujer"); también véase CHARLESWORTH, Hilary, "Feminist Methods in International Law", *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 36, 2004.

reconocimientos o, en su lugar, sean objeto de ciertos perjuicios? Valgan algunos ejemplos:

i. Prácticas de "atracción de talento"

Lo primero que es importante analizar son las formas que se utilizan para "atraer talento" a un trabajo. Cuando existe un puesto disponible ¿dónde se publicita?, ¿quién tiene acceso a ese medio? Por ejemplo, importa si un trabajo se publicita de "voz en voz" y no a través de una convocatoria pública. Si es de "voz en voz", lo que importa es el medio social de la persona que lo está publicitando. ¿Quiénes son sus contactos? ¿A qué "fuente" de talento recurre? Pensemos en algún profesional que acude a las universidades. ¿Cómo están conformadas, en términos de género, las licenciaturas? Si existe una disparidad de género en la licenciatura, lo más probable es que sean más los hombres que tengan la posibilidad de ser llamados a un trabajo después. De aquí viene la idea de que el género es transversal: todo está conectado. Las desigualdades en un espacio, ayudan a que se perpetúen en otro. Al revés: entre más igualdad haya en un espacio, ésta se verá reflejada en otro. Por ejemplo, en un estudio que realizado de los y las Secretarias de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[34] la manera en la que ingresaban a la Corte era sumamente importante para determinar el acceso de hombres y mujeres. La mayoría de las mujeres entraron gracias a la recomendación de "un profesor" (34%) o de "un superior" (34%); de hecho, más mujeres entraron a través de esta forma que hombres (34% *versus* 25%, tratándose de la recomendación de un profesor; y 34% *versus* 28%, tratándose de la recomendación de un superior). En cambio, la forma menos común de entrar a la Corte para las mujeres era a través de un concurso de oposición

[34] "Rutas de ascenso y obstáculos en las trayectorias profesionales de Secretarias y Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", mayo de 2013, disponible en: http://equidad.scjn.gob.mx/rutas-de-ascenso-y-obstaculos-en-las-trayectorias-profesionales-de-secretarias-y-secretarios-de-estudio-y-cuenta-de-la-suprema-corte-de-justicia-de-la-nacion/

(solo el 12% de mujeres entraron así, mientras que el 28% de los hombres entraron así). Valga este ejemplo para ver la importancia de la conformación de género de las licenciaturas.

Si la convocatoria para un trabajo es pública, *¿cómo* se publicita? Todavía es una práctica común, por ejemplo, que se emitan convocatorias que explícitamente busquen a hombres o mujeres para un puesto determinado. Gracias a que se ha empezado a cuestionar su ilegalidad, la Suprema Corte ya se ha pronunciado al respecto, determinando que es violatorio del derecho a la no discriminación emitir este tipo de convocatorias.[35] Ahora, existen estudios que demuestran que importa también cómo se describe un trabajo para atraer a cierto tipo de talento. Se ha visto que, proporcionalmente hablando, es más común que a mujeres les atraigan más los trabajos descritos con adjetivos estereotípicamente femeninos ("compasivo", "comprensivo"), que los estereotípicamente masculinos ("reto", "líder", "proactivo", "ambicioso").[36] Por ejemplo, si se describe a la ingeniería como un trabajo para "diseñar el futuro y hacer un cambio para mejorar al mundo",[37] algunas mujeres lo encuentran más atractivo.

Ahora, importa también la "imagen" o "percepción" que existe de un trabajo. Si éste tiene una reputación de ser un espacio "de hombres" o una historia de discriminación en contra de las mujeres, afecta el número de mujeres que

[35] En el Amparo en Revisión 992/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que dos convocatorias que buscaban mujeres de cierta edad para un puesto de "hostess" y otro de "recepcionista" violentaban el derecho a la no discriminación por edad (y género). Es el precedente más importante en esta materia. Amparo en Revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014.

[36] GAUCHER, Danielle y FRIESEN, Justin, "Evidence that Gendered Wording in Job Advertisements Exists and Sustains Gender Inequality", *Journal of Personality and Social Psychology*, 2011, vol. 101, núm. 1, pp. 109-128, disponible en: https://www.sussex.ac.uk/webteam/gateway/file.php?name=gendered-wording-in-job-adverts.pdf&site=7

[37] SCHMADER, Toni, "The Biases that Bind Us", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, p. 5, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/schmader.pdf

buscarán entrar a él. Por ejemplo, uno de los efectos más importantes del "concurso solo para mujeres" del IFE, es que el número de mujeres que concursaron fue seis veces mayor al que históricamente se había registrado.[38] Esto demuestra que no es que las mujeres no estén "interesadas" en un trabajo; sino que pueden no estar llegando a él por otras razones que tienen que ver con *cómo* se ha desarrollado el trabajo (que asumen, por ejemplo, que no entrarán a él por lo que mejor no solicitan). Otro ejemplo también mexicano: en un estudio sobre la carrera judicial, descubrieron que las mujeres concursan en una menor medida para el cargo de Juez/a de Distrito. La razón no es que las mujeres no estuvieran interesadas en ser Juezas de distrito, sino que la posibilidad de que tuvieran que mudarse a otra ciudad para desempeñarlo representaba una carga desmedida para ellas por lo que implicaba para su vida familiar.[39] De nuevo, todo está conectado: las desigualdades en la familia –quién se encarga de los hijos e hijas, el trabajo de quién es visto como el importante– se reflejan en el ámbito laboral.

Valga un resumen de lo hasta aquí expuesto: si en un trabajo son pocas las mujeres que buscan ingresar, no es necesariamente porque no les interesa. La razón por la cual se pueden ver pocas mujeres puede tener que ver con cómo se publicita el trabajo, con la reputación del lugar del trabajo, con cómo está estructurado el trabajo, o alguna otra razón similar. Antes de *concluir* que todo es culpa de las mujeres, en otras palabras, es necesario explorar estos otros factores que podrían explicar por qué no se ven más mujeres en ciertos espacios.

[38] Tengo entendido que es una cifra con la que no se contaba al momento en el que la Sala Superior resolvió el caso, de ahí su ausencia en la resolución. Este es un dato que viene incluido en el Dossier sobre el "Concurso Público de mujeres para ocupar cargos del Servicio Profesional Electoral 2013-2014" que preparó la oficina del Consejero Electoral Benito Nacif Hernández y que me hicieron el favor de compartirme por correo, como mencioné previamente.

[39] "Carrera judicial y género: de Secretarias a Juezas, un techo de cristal (diagnóstico)", Consejo de la Judicatura Federal, diciembre 2014, p. I-17.

ii. Prácticas de "evaluación y contratación de talento"

Ahora, importa cómo son evaluadas las personas una vez que solicitan un trabajo. La evaluación se puede convertir en una nueva fuente de discriminación. Eva Arceo y Raymundo Campos condujeron un estudio sobre la evaluación de los *currículum* de una variedad de candidatos y candidatas en el mercado mexicano. Encontraron que para las mujeres, importa su estado civil y su "fenotipo": es más probable que las empresas respondan a las mujeres que están solteras, que a las casadas; también es más probable que respondan a las "blancas" o "mestizas" que a las mujeres "indígenas". Este resultado no se pudo observar para los hombres (esto es, no les afecta si son casados o no; "blancos", "mestizos" o "indígenas").[40] Son varios los estudios que demuestran que las mujeres con hijos o hijas también son "penalizadas" en el mercado laboral: o no son contratadas, de plano, o, si lo son, empiezan con un salario mucho más bajo que sus contrapartes.[41] Esto apunta a que importan los prejuicios que tengan quienes evalúan candidatos y candidatas. Prejuicios, valga decirlo, que muchas veces ni siquiera son conscientes.

Por ejemplo, en un estudio sobre cómo estudiantes universitarios "blancos" evalúan a candidatos "blancos" y "negros", se demostró lo siguiente: cuando un candidato tiene credenciales que *evidentemente* lo califican o lo descalifican de un trabajo, no se presentaba una discriminación contra el candidato "negro" (el candidato "negro" altamente calificado tenía las mismas posibilidades de ser

[40] ARCEO-GÓMEZ, Eva O. y CAMPOS-VÁZQUEZ, Raymundo M., "Race and Marriage in the Labor Market: A Discrimination Correspondence Study in a Developing Country", MPRA Paper núm. 48000, Junio 2013, p. 14-15, disponible en: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/48000/1/MPRA_paper_48000.pdf

[41] CUDDY, Amy J. C. y BAILY WOLF, Elizabeth, "Prescriptions and Punishments for Working Moms: How Race and Work Status Affect Judgments of Mothers", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/cuddy.pdf; CORRELL, Shelley J., "Minimizing the Motherhood Penalty", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/correll.pdf

contratado que el "blanco" altamente calificado).[42] Esto cambiaba cuando las calificaciones no eran tan obvias y la decisión era más ambigua. Aquí los estudiantes "blancos" recomendaban más a los candidatos "blancos" que a los "negros". Cuando las calificaciones son variadas, son los prejuicios "inconscientes" los que las dan un peso distinto a unas y a otras. En este supuesto, los estudiantes "blancos" le daban una mayor importancia a las calificaciones en las que los candidatos "blancos" estaban mejor que los "negros". Se ha encontrado que un fenómeno similar ocurre en la academia científica, en donde a pesar de que las personas se dicen ser "igualitarios", sistemáticamente califican mejor a los candidatos hombres que a las mujeres (ofreciéndoles incluso mejores salarios iniciales).[43]

Tratándose de la evaluación de candidatos o candidatas, importa analizar no sólo los prejuicios de quienes contratan, sino los criterios mismos que se utilizan para evaluar. Es posible que existan criterios que parezcan neutrales, pero que resulten problemáticos en términos de género. Por ejemplo, hay un caso muy importante de la Suprema Corte de Estados Unidos en el que evaluó los requisitos para ser un guardia de una prisión de Alabama.[44] Dos de los requisitos tenían que ver con la altura y con el peso del candidato, requisitos que, estadísticamente, descalificaban a una mayor proporción de mujeres que de hombres. La Suprema Corte de Estados Unidos determinó que estos criterios –"neutrales", en principio– eran discriminatorios porque, además de crear una barrera de acceso para las

[42] DOVIDIO, John F., "Included but Invisible?", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, p. 6, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/dovidio.pdf

[43] *Ibid.*, p. 7. Para los prejuicios en la evaluación del trabajo de las mujeres en la academia científica, véase también *Beyond Bias and Barriers: Fulfilling the Potential of Women in Academic Science and Engineering*, Committee on Maximizing the Potential of Women in Academic Science and Engineering, National Academy of Sciences, National Academy of Engineering, & Institute of Medicine, 2006, capítulo 4 ("Success and its Evaluation in Science and Engineering"), disponible en: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK9813/pdf/Bookshelf_NBK9813.pdf

[44] *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977), disponible en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/433/321

mujeres, no se demostró que eran necesarios para el trabajo en cuestión. Este análisis puede extrapolarse a muchos otros criterios en principio "neutrales" que pueden resultar problemáticos en términos de género. Por ejemplo, si se exige algún posgrado para algún trabajo, es necesario preguntarse qué implica eso en términos de género. ¿Qué se requiere para hacer un posgrado? ¿Disponibilidad de tiempo? ¿De qué depende que una persona lo tenga? ¿Qué pasa cuando esa persona tiene un trabajo y una familia de la cual hacerse cargo? Si se ve que un criterio tiene un impacto desproporcionado en términos de género, solo debe emplearse si se justifica de sobremanera que está directamente relacionado con el trabajo en cuestión.

iii. Prácticas para el "desarrollo y retención del talento" al interior de un trabajo

Por último, está el análisis de las prácticas que permiten el desarrollo y la retención del talento una vez que ha ingresado al trabajo. Si una mujer accede a un espacio, ¿qué clase de tratamiento puede esperar en él? ¿Cómo afecta este trato su desarrollo o permanencia en su trabajo?

Uno de los problemas que ha sido señalado en las últimas décadas es el de cómo se espera que las mujeres cumplan, por ponerlo de alguna manera, con un "doble rol": no sólo tienen que cumplir con lo que exige el trabajo en términos de horas, esfuerzos, resultados –"como los hombres"–, sino que tienen que "verse" de cierta forma, tener cierta "imagen" –una imagen "propia de una mujer"–. Esto puede traducirse en la exigencia de que las mujeres se vistan y se arreglen de cierta manera –"femeninamente"–, hasta que presenten o eviten cierto tipo de "actitudes". Por ejemplo, hay estudios que demuestran que una misma respuesta puede ser "leída" de forma distinta si viene de un hombre o de una mujer: algo que en un hombre puede verse como "asertivo", viniendo de una

mujer resulta "chocante".[45] Esta "percepción", basada en estereotipos sobre cómo los hombres y las mujeres se deben comportar, puede afectar las oportunidades laborales de unos y otras, desde los salarios que reciben o hasta las promociones que ganan. Uno de los casos más importantes en esta materia de la Suprema Corte de Estados Unidos tiene que ver precisamente con este problema: es el caso de una mujer que trabajaba en la empresa Price Waterhouse y que, a la hora de ser evaluada para una promoción, resultó que le exigían, entre otras cosas, que tenía que "caminar más femeninamente, hablar más femeninamente, vestirse más femeninamente, usar maquillaje, estilizar su pelo y usar joyería."[46] Este tipo de exigencias, determinó la Corte de Estados Unidos, son violatorias de la igualdad.

El sexismo que las mujeres pueden encontrar en los espacios laborales puede ser de muchos tipos. Las exigencias sobre cómo se presentan y comportan es un ejemplo, pero hay más que vale la pena mencionar. Hay estudios que apuntan a los efectos perniciosos de comentarios que, para muchas personas, pueden ser leídos como "cumplidos". La exaltación de la "belleza" de una mujer es una muestra común. ¿Qué puede tener de malo decirle a una mujer que es atractiva?

[45] En un estudio, por ejemplo, evaluaron cómo respondían las personas ante el siguiente escenario: un hombre y una mujer estaban frente a una computadora. A ambos, se les ofrecía a ayuda para manejarla. Si aceptaban la ayuda, ambos eran vistos como "incompetentes". Si no aceptaban la ayuda, no cambiaba la percepción del hombre, pero sí de la mujer: era vista como "menos cálida". GLICK, Peter, "BS at Work", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, p. 7, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/glick.pdf Hay más ejemplos: "Las mujeres tienen que hablar más para recibir la misma atención por sus ideas, y luego son llamadas 'insistentes' por sus esfuerzos. Son menos atendidas por otros, y experimentan una mayor dificultad para ganarse y mantener a un público que sus contrapartes masculinas. Las mujeres reciben más expresiones faciales negativas por parte de hombres y mujeres, y son percibidas de manera menos positiva que los hombres en situaciones que requieren una resolución de problemas. Estudios demuestran que las mujeres reciben estas reacciones negativas de sus colegas incluso cuando siguen la misma fórmula que los hombres, y que ambos sexos evalúan a las mujeres más negativamente". RAMIT, Mizrahi, "'Hostility to the Presence of Women': Why Women Undermine Each Other in the Workplace and the Consequences for Title VII", *The Yale Law Journal,* vol. 113, 2004, pp. 1595-1596 (traducción de la autora), disponible en: http://www.yalelawjournal.org/pdf/225_d4i6qyec.pdf

[46] Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

Existe evidencia de que esto afecta el desempeño de las mismas mujeres en el trabajo;[47] al mismo tiempo en el que la imagen que se tiene de ellas cambia: su "sexualización [...] implícitamente las ubica en un rol subordinado" y contribuye a su "cosificación".[48] Perpetúa la idea de que no son, de hecho, "iguales" a los hombres *en lo laboral*: son "distintas", lo que, en este escenario –en el *laboral*–, es sinónimo de ser inferiores. Su lugar no es la oficina –un espacio para personas competentes, no bellas–, sino un pedestal (doméstico).

Del "cumplido" ocasional,[49] el sexismo puede escalar hasta configurar acoso, que puede o no ser sexual.[50] Lo importante a señalar es que puede existir una diferencia entre el tipo de conductas que se despliegan –unas sexuales, otras no; unas físicamente violentas, otras psicológicamente tortuosas–, pero tienen un punto en común: *funcionan* –sea esa su intención o no– para reforzar estereotipos y mantener a las personas "en su lugar": a los hombres en la posición dominante y a las mujeres, si se quedan en el espacio laboral, en una posición de subordinación. Precisamente lo que hace al "acoso" algo distinto –si bien relacionado– al problema de la violencia al interior del trabajo,[51] es su conexión

[47] VESCIO, Theresa K., "Sugar-Coated Discrimination", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, p. 9, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/vescio.pdf

[48] *Ibid.*, p. 6.

[49] Si bien los "cumplidos" me parecen un ejemplo del sexismo que enfrentan las mujeres en el trabajo, estoy separándolos de las conductas que configuran, legalmente, acoso. Esto porque, por lo general, el acoso requiere que el comportamiento, o sea "constante", o sea mucho "más" "violento" o "explícito". Un cumplido aislado, por lo general, no es "demandable" judicialmente.

[50] Si bien aquí me enfoco en la discriminación que sufren las mujeres por el género, me gustaría apuntar que pueden no ser las únicas "víctimas" de la discriminación por género y que pueden, a veces, ser sus perpetradoras. Para el caso específico del acoso laboral, sugeriría la lectura de FRANKE, Katherine M., "What's Wrong With Sexual Harassment?", *Stanford Law Review,* vol. 49, 1996-1997; SCHULTZ, Vicki, "Reconceptualizing Sexual Harassment", *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1998; y MIZRAHI, Ramit, "'Hostility to the Presence of Women': Why Women Undermine Each Other in the Workplace and the Consequences for Title VII", *supra*, nota 39.

[51] La regulación de la violencia al interior del trabajo no es una novedad. Basta leer la primera Ley Federal del Trabajo para ver cómo siempre ha sido una preocupación del Derecho fomentar un espacio de respeto al interior del trabajo. Desde una perspectiva de género, sin embargo, importa analizar la violencia al interior del trabajo también por los efectos que tiene en la discriminación por género: si no se regula adecuadamente, el resultado será la exclusión o subordinación de las mujeres en ciertos espacios.

con la discriminación, es decir, si no se erradica, el resultado será la exclusión de las mujeres de ciertos trabajos o su permanencia en una posición de subordinación. De hecho, existen varios estudios que apuntan a un vínculo entre el acoso y el tipo de trabajo: entre más esté asociado tradicionalmente a la "masculinidad", los hombres que lo ocupan son mucho más violentos a las mujeres que osan "invadir" ese espacio.[52] Permitir el acoso es fomentar que ese trabajo –que ese espacio– siga siendo ocupado por hombres y se perpetúe su asociación con la masculinidad.

Además del tratamiento que reciben las mujeres al incorporarse a un trabajo (trato que merma su desarrollo, impacta sus relaciones y afecta sus oportunidades), la misma estructura laboral puede disminuir sus posibilidades de desarrollarse. El punto más importante de la "discriminación estructural" es que no se trata de actos *intencionalmente* discriminatorios, sino de entramados institucionales que *resultan* en discriminación –entramados, por supuesto, que subsisten por una falta de acción. ¿A qué clase de "arreglos institucionales" me refiero? Pueden ser de varios tipos. Uno puede ser los horarios de una oficina, horarios que vuelven incompatible tener una vida personal con la laboral. Para quienes se encargan del cuidado de algún miembro de la familia –labor que sigue estando a cargo de las mujeres en una mayor proporción que los hombres en México–,[53] esto puede ser desastroso.[54] Aquí también entran los permisos que existen para los padres y madres de ausentarse del trabajo para cuidar a sus hijos o hijas. La ley mexicana sigue estableciendo "licencias de paternidad"

[52] Véase, especialmente, SCHULTZ, V., "Reconceptualizing Sexual Harassment", *op. cit.*, pp. 1756-1761; VESCIO, T., "Sugar-Coated Discrimination", *art. cit.*; y Glick, Peter, "BS at Work", *supra*, nota 39.

[53] INEGI, "Estadísticas a propósito del Día Internacional de la Mujer (8 de marzo)", 3 de marzo de 2015, disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2015/mujer0.pdf; INEGI, "Trabajo no Remunerado de los Hogares", disponible en: http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/cn/tnrh/

[54] Para las políticas que se pueden implementar para facilitar la conciliación entre la familia y el trabajo, puede revisarse GIRE, *Horas hábiles. Corresponsabilidad en la vida laboral y personal*, 2017, disponible en: http://corresponsabilidad.gire.org.mx/#/chapter/1/subchapter/1

sumamente limitadas, lo que tiene como efecto seguir responsabilizando a las madres del cuidado infantil (si bien, de nuevo, esa no sea su intención). Está también el problema de la lactancia, que va desde el tiempo que por ley tienen las mujeres para lactar hasta los espacios que *(no)* tienen para hacerlo. Es prácticamente incompatible ser una madre de un infante pequeño con ser una trabajadora. Está el acceso a guarderías, que si bien en este aspecto cada vez se contempla como una prestación, tiende a ser una prestación para las *madres solteras* –no para todos los padres y madres.[55] Persiste la presunción de que los trabajadores hombres tienen a alguien que se encargue de su casa y sus hijos.

Los ejemplos de discriminación estructural que perpetúan la segregación y exclusión de las mujeres del trabajo son muchos más. Y varían, por supuesto, si, además del género, como mencioné previamente, se toman en cuenta otros factores, como lo son la clase, el origen étnico, la discapacidad, la edad, entre otros.

Por el espacio, no ahondaré más en ellos. Espero que los que sí he señalado hasta el momento sirvan para demostrar cuáles son los "problemas" que pueden tener en mente los y las Juezas al resolver los casos que les llegan sobre la discriminación en el empleo. "Problemas" que me hubiera encantado que la Sala Superior abordara directamente, para complementar y fortalecer su sentencia. Sin duda, no era necesario hacer este análisis para sostener la constitucionalidad del "concurso para mujeres", pero me atrevo a hacerle esta "exigencia" a la Sala Superior porque creo en el poder de las sentencias no sólo para "resolver problemas judiciales", sino para "convencer". Para abonar a la discusión democrática sobre los retos que el país enfrenta.

[55] Apenas en el 2016, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el Amparo en Revisión 59/2016, en el que determinó que era inconstitucional que las guarderías del IMSS solo estuvieran garantizadas para las trabajadoras, mas no para los trabajadores.

4. Conclusión

Me gustaría concluir con una anécdota que cuenta Rosabeth Moss Kanter –una de las académicas más importantes para entender la discriminación estructural en el trabajo– en uno de sus artículos. En él, refiere a un concepto que escuchó ser utilizado para las personas que tienen éxito: "*water walkers*", los que caminan sobre el agua. Un día, un gerente le dijo: "El problema con los jóvenes *water walkers* es que se les olvida que hay piedras que los sostienen cuando caminan sobre el agua." Para Moss Kanter, la labor de la investigación es "encontrar esas piedras —y quizá encontrar las maneras para reacomodarlas."[56] Desde mi perspectiva, esto es precisamente a lo que nos lleva la "perspectiva de género" y lo que, en el caso de la sentencia, realizó la Sala Superior: evidenciar algunas de las piedras que sostienen el éxito de los hombres en espacios como el Servicio Profesional Electoral y reacomodarlas, validando el "concurso solo para mujeres". Y esta es la labor que implica luchar a favor de la igualdad de género: evidenciar lo que sostiene el mundo desigual en el que vivimos y modificarlo. No *nacemos* iguales, nos *hacemos* iguales.

[56] MOSS KANTER, Rosabeth, "The Interplay of Structure and Behavior", *Research Symposium. Gender & Work: Challenging Conventional Wisdom*, Harvard Business School, 2013, p. 9, disponible en: http://www.hbs.edu/faculty/conferences/2013-w50-research-symposium/Documents/Kanter.pdf

Reseña

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (coord.)
Jueces sin Estado. La justicia colombiana
en zonas de conflicto armado,
Siglo del Hombre Editores-DeJusticia-
Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund,
Bogotá, 2008

La obra *Jueces sin Estado,* coordinada por Mauricio García Villegas, nos presenta una visión de cómo la impartición de justicia se ve afectada por la violencias derivadas de fenómenos como la guerrilla, el narcotráfico, el paramilitarismo, y la lucha del ejército en contra de los anteriores, así como la imbricada relación entre los mismos.

La obra se compone de cinco capítulos, que reúnen a su vez distintos ensayos que transitan del corte académico a la rica narrativa. La tesis central de la obra sostiene que el déficit en la justicia viene precedido por una "desconexión" entre lo resuelto la forma en que se aplica el Derecho en Bogotá, en contraste con el modo en que se hace en las localidades más apartadas del país, en regiones en las que aun cuando el Estado tiene presencia, no tiene una penetración real.

En los tiempos que corren, es un lugar común señalar que la situación de inseguridad que se vive en México en los últimos años, especialmente a partir del

2006, se asemeja a las condiciones que se han vivido en Colombia en los últimos años, marcadamente en los años ochenta y bien entrados los noventa. Ante esta perspectiva, resulta ineludible hacer un símil entre el caso colombiano y nuestra propia experiencia.

La demoledora expresión "en Colombia hay más geografía que Estado" sintetiza una parte del problema tratado con originalidad por los autores. Un ejemplo de ello es una metáfora en la que equiparan al Estado y sus elementos con una lámpara y a la luz que ésta irradia con el Estado de Derecho. Así, los autores se preguntan si la intensidad de la luz que irradia esta lámpara es suficiente para iluminar, sobre todo en tiempos de plena oscuridad. La respuesta a esta interrogante madura a lo largo y ancho de la obra.

El primer capítulo, "Estado, Territorio y Ciudadanía en Colombia", parte de la idea de que "Colombia no es sólo un país, y ni siquiera las ciudades son una sola ciudad", lo que nos ayuda a conceptualizar, de mejor manera, la fragmentación que hace más difícil homogeneizar servicios públicos como la justicia.

Los autores ofrecen una explicación del nacimiento del Estado en Europa y de cómo muchos de los problemas que enfrentamos en las sociedades latinoamericanas tienen su origen en la tropicalización de instituciones; fenómeno que, para fraguar, tomó casi un milenio y que en todos los casos las realidades particulares se tomaron en cuenta. De este fenómeno de tropicalización se puede advertir que, pese a tener el mismo nombre y "aparentemente" las mismas funciones, las instituciones encuentran cambios significativos en las prácticas cotidianas que se desarrollan en unas y otras.

A lo anterior habría que adicionar que, ante el aumento de la violencia, el Estado recurre al derecho, pero no para frenar el conflicto interno, sino para tratar de imponerse en la lucha a través de mecanismos que pueden considerarse al margen de la ley. Esta práctica, que en libro se identifica como de excepción constitucional, se desfigura en un círculo vicioso, entre más crece la violencia,

más feroz es la defensa del Estado por utilizar medios represivos para combatirla. De esta manera –aluden los autores– se desvanece la frontera entre lo legal y lo ilegal, lo que facilita un salto hacia el no-derecho.

Esta situación de excepción constitucional implica serias afectaciones a la impartición de justicia, que no son tan "perceptibles" a simple vista. En estas circunstancias, los juzgadores siguen trabajando de forma cotidiana, pero en un contexto de "normalidad alterada", por lo que el alcance de sus decisiones se ve seriamente "comprometido". A esto habría que agregar que la justicia ha sido históricamente llevada a cabo por actores ajenos: los paramilitares, la guerrilla o el ejército, dependiendo del lugar en que nos situemos.

Sin embargo, los autores proponen una salida a ese círculo vicioso. El fortalecimiento de la capacidad institucional para someter a grupos ilegales *per se* no resulta suficiente, debe fortalecerse además la capacidad para proteger derechos, propiciar una mayor y mejor participación de la sociedad, así como las condiciones económicas de la población, para completar la ecuación.

En el segundo capítulo, denominado "Estado y Territorio en las regiones: estudios de casos", se presentan las conclusiones derivadas de entrevistas llevadas a cabo en la región del Putumayo, Urubá y el Sur de Bolívar. La historia de estas tres regiones en las que abundan las riquezas naturales ha estado marcada por la ausencia de Estado, la falta de infraestructura, la precariedad en las comunicaciones y, sobre todo, por la violencia.

Lo anterior abre paso al tercer capítulo, que contiene una rica narrativa derivada de entrevistas a Jueces locales, en las que presentan una visión desgarradora de la impartición de justicia en zonas de conflicto. Esta narrativa deja entrever la fragilidad del Estado en estas grandes porciones del territorio colombiano y confirma una de las premisas iniciales del libro: la justicia en Bogotá es muy distinta a la que se imparte en estas localidades mencionadas. Los Jueces actúan bajo condiciones extremas, casi en una condición de fuereños dentro de

un sistema que se encuentra funcionando, en el mejor de los casos, dentro de lo que podríamos denominar, "normalidad alterada".

El cuarto capítulo contiene un elaborado estudio a partir de análisis estadísticos, que ofrecen al lector datos sumamente interesantes. Por ejemplo, en la mitad de los municipios de Colombia existe presencia armada; desde 1987, la tasa nacional de homicidios se ubica alrededor de 50 por 100 mil habitantes, y después de 10 homicidios se considera una tasa endémica. Para contextualizar, respecto del caso mexicano, cuando inició la lucha del gobierno contra el narcotráfico (hace 10 años, en 2006), teníamos una tasa de 9 homicidios por 100,000 habitantes; en el máximo que se ha alcanzado en este proceso, llegamos a 17 homicidios por 100,000 habitantes y actualmente estamos en una media de 14 homicidios por cada 100,000 habitantes.[1]

Entre 1979 y 1991, 290 funcionarios judiciales fueron asesinados. Sobresale en esta cifra la toma violenta de la Sede del Poder Judicial en el Palacio de Justicia en Bogotá, a manos de un grupo guerrillero (en supuesta alianza con un cártel del narcotráfico), en la que murieron funcionarios judiciales, entre ellos algunos Magistrados y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La razón de la violencia se explica a partir de los conflictos armados que se extienden en gran parte del territorio colombiano; sin embargo, ello propicia una falta de institucionalización de la justicia que, como puede verse a partir de los relatos de los propios Jueces, no puede llevarse a cabo de manera completa y sistemática, sino a lo sumo a partir de que las condiciones locales lo permitan.

El análisis estadístico facilita observar que los ingresos/egresos en todos los ámbitos de la justicia (civil, penal, agrario, etc.) disminuyen drásticamente en

[1] Datos obtenidos del Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad, en la página siguiente: http://onc.org.mx/

municipios con problemas de conflictos. Desde luego, destaca la justicia penal, pues en comparación con el resto, es la más afectada.

Finalmente, en el quinto capítulo, se da cuenta de cuáles podrían ser las razones por las que no han podido consolidarse Estados fuertes en Latinoamérica: la heterogeneidad étnica de las poblaciones, la herencia colonial, absolutista, la estructura jerarquizada de la propiedad de la tierra, la desigualdad de clases, por mencionar algunos.

Uno de los principales problemas que identifican los autores radica en considerar que la fortaleza de un Estado se mide en el acatamiento a sus decisiones centrales (casi de una manera despótica), sin importar si existe una estructura descentralizada que soporte el andamiaje institucional y que permita su buen funcionamiento, con independencia de quien ocupe el poder político. Así, se distinguen dos conceptos que podrían confundirse al tratar de entender si un Estado es o no fuerte: el poder despótico y el poder infraestructural. La diferencia, por ejemplo, entre el caso europeo y el latinoamericano, es que en el primero prevalece el poder infraestructural, con un bajo o nulo poder despótico; mientras que en el segundo, por las razones ya aducidas, parece suceder exactamente lo contrario.

Los Jueces toman muchas decisiones (o las dejan de tomar) por falta de respaldo institucional. El problema no es trasplantar las instituciones de otras latitudes, sino adaptar –sobre todo, su funcionamiento– a las condiciones locales, al contexto social. En relación con lo anterior, se advierte además, que las instituciones trabajan en un nivel epidérmico, no llegan a la raíz del problema.

Para que exista un Estado en su concepción moderna –para que la lámpara irradie la cantidad de luz suficiente para iluminar adecuadamente– es necesario que tenga capacidad de penetración no sólo territorial, sino al interior de las estructuras sociales; que existan condiciones de igualdad material entre los ciudadanos; y un sistema de competencia abierta entre los partidos o facciones

políticas. Además, el Estado debe contar con un sistema de protección judicial o administrativo, en contra de las acciones arbitrarias del gobierno.

Los autores concluyen que la justicia es la más débil de las ramas del poder público, pues no dispone de poder económico, político ni militar. Pero esa debilidad es aparente, ya que su posible incidencia es mayúscula dado que sus decisiones afectan los intereses económicos, políticos y militares que existen dentro y fuera del Estado; ¿en qué radica esta fuerza? En la sumisión del aparato estatal al imperio de la ley. Por ello, resulta indispensable, en la construcción de un Estado moderno y fuerte, que los Jueces tengan independencia y apoyo institucional, tanto del Poder legislativo, como del ejecutivo, pues en esa medida se puede concretar el Estado de Derecho. El primer paso es reconocer las carencias del sistema de justicia –sobre todo en zonas de conflicto– en lugar de ocultar el problema.

Jueces sin Estado es un texto que ofrece un panorama bien diagramado de las repercusiones de la violencia en el aparato judicial colombiano, con la precisión producto de la profunda reflexión de sus autores sobre el tema. No es un enigma que los estudiosos del tema están obligados a considerar el caso de Colombia, por lo que, aun cuando este libro se editó por primera vez hace algunos años ya, sigue teniendo una vigencia plena. Pues bien, esta es una contribución importante que agrega un peldaño al entendimiento de este fenómeno y que ofrece puntos de convergencia para abordar el análisis en otras latitudes. En este sentido, la lectura del libro nos genera reflexiones todo el tiempo acerca de los paralelismos que podemos identificar entre el caso colombiano y nuestro propio caso, ¿será que en México existen condiciones para preguntarnos si hay Jueces sin Estado?

Gabino González Santos*

* Secretario de Estudio y Cuenta en la Ponencia del Ministro Cossío Díaz y abogado por el ITAM.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2017. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT y BT de 8, 9, 10, 11, 13 y 15 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.