Perspectivas de la interpretación constitucional

SERIE 6 Interpretación Constitucional Aplicada

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

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

PO
C430
I573i
V.6

Perspectivas de la interpretación constitucional / [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
xx, 192 páginas ; 22 cm. -- (Interpretación constitucional aplicada ; 6)

Contenido: La interpretación constitucional de la dignidad humana / Ramsés Samael Montoya Camarena -- ¿Existe en México el bloque de constitucionalidad? / César Alejandro Rincón Mayorga -- Las virtudes judiciales de la imparcialidad y la independencia como virtudes intelectuales / Pedro Haddad -- Transparencia versus corrupción, retos y perspectivas para el Estado mexicano / Aristeo García González -- Medios de tutela de los derechos humanos durante el estado de excepción / Ramiro Rodríguez Pérez – Autoincriminación de los contribuyentes en los procedimientos de inspección tributaria en México / Geovanni de Jesus Duran Muñoz

ISBN 978-607-552-101-5

1. Interpretación constitucional – Doctrina – Ensayos 2. Virtudes judiciales – Imparcialidad – Independencia 3. Transparencia de la gestión pública – Corrupción 4. Protección de los Derechos Humanos – Estado de sitio – Derecho a tutela jurídica efectiva 5. Inspección fiscal – Derecho de no autoincriminación 6. Principio de dignidad humana 7. Bloque de constitucionalidad I. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales III. serie
LC K294

Primera edición: abril de 2018

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

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

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

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Perspectivas de la interpretación constitucional

SERIE 6 Interpretación Constitucional Aplicada

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 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

Presentación IX
Prólogo XIII

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA
Ramsés Samael Montoya Camarena 1
1. Introducción 2
2. Dignidad: una noción esencialista 3
3. Dignidad: ¿un concepto metafísico? 6
4. Dignidad: un concepto racional 13
5. Dignidad: un principio poliédrico 17
6. Dignidad: su interpretación en México 22
7. Dignidad: su interpretación internacional 29
8. Conclusiones 33
9. Fuentes 34

¿EXISTE EN MÉXICO EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD?
César Alejandro Rincón Mayorga 37

1. Introducción 38
2. Concepto breve de Constitución y el Estado mexicano 39
3. El derecho internacional de los derechos fundamentales 42
4. El bloque de constitucionalidad 44
5. Bloque contra Parámetro 50
6. La inexistencia del bloque de constitucionalidad mexicano 52
7. Fuentes 54

LAS VIRTUDES JUDICIALES DE LA IMPARCIALIDAD Y LA INDEPENDENCIA COMO VIRTUDES INTELECTUALES
Pedro Haddad 57
1. Introducción 58
2. ¿Qué es una virtud intelectual? 64
3. Independencia e imparcialidad como virtudes intelectuales 72
4. Objetividad e imparcialidad en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (México) 77
5. El caso del juicio con perspectiva de género 84
6. Fuentes 90

TRANSPARENCIA *VERSUS* CORRUPCIÓN RETOS Y PERSPECTIVAS PARA EL ESTADO MEXICANO
Aristeo García González 95
1. Introducción 96
2. Transparencia ¿para qué?: origen, evolución y desarrollo 98
3. ¿Y la corrupción? El caso mexicano 101
4. La corrupción en el ámbito público: retos y perspectivas 105
5. Algunas ideas sobre las posibles estrategias para el combate a la corrupción en México 111
6. Consideraciones finales 114
7. Bibliografía 115

MEDIOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Ramiro Rodríguez Pérez 119

1. Introducción 120
2. Antecedentes 121
   - 2.1 Ocasiones en que se han suspendido derechos en México 122
3. Supuestos en que procede suspender o restringir derechos 125
4. Distinción entre 'suspender' y 'restringir' derechos 126
5. ¿Quiénes participan en la determinación de suspender o restringir derechos? 129
6. Requisitos que debe contener la petición 133
7. Leyes de emergencia 136
8. Mecanismos de tutela de los derechos fundamentales durante el estado de excepción 137
   - 8.1 ¿Cómo entender la revisión oficiosa a cargo de la Suprema Corte? 140
   - 8.2. En relación con sus alcances 142
   - 8.3. Revisión de oficio 144
   - 8.4. ¿La revisión oficiosa de esos decretos debe ser antes o después de que entran en vigor? 147
   - 8.5. Expedición de leyes-decretos 148
   - 8.6. Promulgación de leyes y decretos 149
   - 8.7. Publicación de leyes y decretos 149
9. ¿Qué es un Decreto? 150
10. ¿El medio de control que se analiza puede considerarse un proceso jurisdiccional? 153
11. ¿Puede integrar jurisprudencia lo resuelto por la Suprema Corte en la revisión oficiosa? 155

12. ¿Procede el juicio de amparo contra las leyes de emergencia o su aplicación, una vez que la Corte resuelve que son constitucionales y válidas? 156
13. Criterio de la Corte Interamericana 158
14. Principales diferencias y semejanzas entre el juicio de amparo y la revisión oficiosa 159
15. Supuestos en que los tribunales del fuero común pueden conocer del amparo contra leyes de emergencia 162
16. Fuentes 163

AUTOINCRIMINACIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA EN MÉXICO
Geovanni de Jesus Duran Muñoz 167
1. Introducción 168
2. Autoincriminación tributaria en Visita Domiciliaria 170
3. Conclusiones 188
4. Fuentes 190

PRESENTACIÓN

La interpretación constitucional se ocupa de un objeto de reflexión en el que confluyen los intereses y preocupaciones de diversas disciplinas. Se trata tanto de una fuente de análisis para los académicos adscritos a campos de pensamiento diversos —como la ciencia política, la filosofía, la economía y la antropología, entre otros—, como de asuntos propios del pensamiento jurídico práctico de los Jueces y litigantes.

En algunas ocasiones estas dos formas tan claras de abordar el tópico de la interpretación constitucional parecen correr en paralelo. La doctrina al respecto cuenta, por una parte, con un conjunto de análisis expertos sobre temas como los métodos de interpretación y argumentación y sus parámetros de corrección y racionalidad y, por la otra, un universo vasto integrado por el conocimiento propio de quienes están involucrados en el día a día de la hermenéutica de la Carta Fundamental. Estos últimos, operadores del derecho, tienen a su disposición un conjunto

de conocimientos prácticos y de experiencias útiles que les permite reconocer sutilezas y hacer distinciones que, algunas veces, constituyen puntos ciegos para el análisis académico.

La superación de esa mirada a veces parcializada por uno u otro campo en la interpretación constitucional es, precisamente, uno de los principales objetivos de la Serie *Interpretación Constitucional Aplicada*. La cual busca integrar en un solo volumen textos de profesionales de la práctica jurídica, en los que se reflexiona sobre el material cotidiano de trabajo de los funcionarios jurídicos y los alcances de éste en términos conceptuales. Esta serie pretende recuperar la sabiduría propia del quehacer jurídico en el ámbito constitucional generada tanto por la academia, como por quienes laboran con estos materiales normativos fundamentales.

La confluencia de estos órdenes de conocimiento en torno a la interpretación constitucional, a veces distantes pero complementarios, se ha vuelto más patente a partir de la reforma de derechos humanos del año 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las modificaciones estructurales dadas entonces supusieron el desafío de interpretación normativa e integración del parámetro de regularidad constitucional para Jueces, litigantes y académicos. Esos esfuerzos de lectura integradora y armónica de la Carta Fundamental constituyen el hilo conductor de los diversos artículos reunidos en este volumen.

Los textos que integran el sexto número de la Serie *Interpretación Constitucional Aplicada* exploran temas diversos que van desde la indagación de los retos y las perspectivas que enfrenta el Estado mexicano en la defensa del principio de transparencia como medio necesario para combatir la corrupción, hasta el análisis de las virtudes judiciales de imparcialidad e independencia como virtudes intelectuales.

También integran este volumen reflexiones al respecto de la interpretación que ha desarrollado la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el principio de dignidad humana; acerca de la protección de los derechos fundamentales en los estados de excepción y, por último, un artículo dedicado al examen de la noción de "bloque de constitucionalidad" en las decisiones de Máximo Tribunal mexicano.

Las personas interesadas en la práctica y la deliberación sobre la hermenéutica constitucional encontrarán en cada uno de los textos reunidos en este volumen un móvil para sus propias reflexiones. Quisiera por ello invitar al público en general a leer, comentar y debatir con los autores de dichos trabajos. La Constitución es un texto dinámico y viviente debido, en buena medida, a la apropiación de su contenido normativo y su debate en el foro público por parte de la comunidad en general.

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

PRÓLOGO

La hermenéutica jurídica es uno de los capítulos centrales en el estudio y desarrollo del Derecho. Una de las características de los ordenamientos basados en derechos es que tanto los destinatarios de las normas, como los encargados institucionalmente de aplicarlas tienen que traducir estos enunciados en términos de, entre otras cosas, qué conductas son permitidas, prohibidas u obligatorias. Eso, que podría parecer sólo una nota marginal en relación con algunas proposiciones normativas aisladas del sistema jurídico, constituye, por el contrario, uno de sus rasgos definitorios. Es decir, el carácter vago y ambiguo del lenguaje natural en el que están redactadas las piezas que integran el Derecho hace de la interpretación jurídica uno de los ámbitos de reflexión y uso ineludibles para participantes y observadores de la experiencia jurídica.

Estos desafíos interpretativos que enfrentan, en general, los individuos involucrados en la práctica del Derecho son tanto más agudos y evidentes en el ámbito

del derecho encargado de la aplicación de la Carta fundamental: el Derecho constitucional. Dadas las características del tipo de normas que integran las Constituciones —en general con estructura de principios; su evidente vínculo y derivación de los valores prácticos, no jurídicos de origen; y su carácter de parámetro frente al cual se evalúa la constitucionalidad de las demás normas del sistema—, se hacen patentes las complejidades, pero también el refinamiento de los métodos de interpretación y argumentación.

La Serie *Interpretación Constitucional Aplicada* tiene como uno de sus objetivos principales difundir textos que se ocupen específicamente de las características y dificultades que enfrentan los operadores jurídicos al llevar el texto constitucional a la regulación de casos concretos. Debido a la importancia capital de esta traducción de los valores fundamentales a instancias de tutela particular, es un honor y un gusto para el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contribuir en este sexto número de la publicación a la deliberación sobre los materiales centrales de la hermenéutica de la Carta Magna. Cada uno de los textos que integran este volumen se ocupa de un tema polémico y decisivo de la interpretación constitucional.

En el primer texto, Ramsés Montoya Camarena explora a profundidad una cuestión cardinal para el entendimiento de la Carta Fundamental: la interpretación constitucional de la dignidad humana. El autor explora las diferentes etapas que este concepto ha transitado en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN). En primer término, clasifica el desarrollo de la idea de dignidad por parte del Tribunal Supremo como esencialista. Esa etapa inicial da paso a un segundo momento en el que la dignidad humana deja de ser expuesta

como un valor atemporal e inmodificable, para ser construido como parámetro racional.

Montoya Camarena expone de manera muy clara y didáctica las diferencias centrales entre las tesis esencialista y racional de la dignidad humana. Para ello se vale no sólo de las discusiones filosóficas sobre el punto, sino que las identifica e ilustra en los fallos del Tribunal Supremo. Una de las ideas centrales del artículo es que, al concepto de dignidad le pasa un poco lo que a otros conceptos de uso cotidiano: sus instancias de uso no generan mayor dificultad, pero cuando se interroga el porqué y el cómo de ese uso, se evidencian las complejidades. Los dilemas a los que se enfrenta la interpretación constitucional en la resolución de algunos casos concretos activan, a juicio del autor, la necesidad de repensar tanto el alcance normativo del concepto de 'dignidad', como los límites que impone al ejercicio de la autoridad estatal.

Una estrategia hermenéutica usual en diversos países para precisar los contornos del principio constitucional de dignidad humana, y de otros enunciados normativos fundamentales pero abiertos, es la integración del llamado "bloque de constitucionalidad". Precisamente al estudio de este tema polémico, y con efectos profundos para los sistemas jurídicos, está dedicado el segundo texto de la serie. César Rincón Mayorga articula su argumento central a partir de una pregunta difícil, pero necesaria, en el contexto jurídico mexicano: ¿es posible afirmar que el bloque de constitucionalidad es la estrategia de integración normativa prescrita por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)?

El autor defiende una tesis audaz con el uso de argumentos conceptuales, normativos y comparativos: que la institución de incorporación interpretativa del

derecho internacional de los derechos humanos en México no es el bloque de constitucionalidad sino el parámetro de regularidad constitucional. Tras analizar la experiencia de otros sistemas jurídicos que contemplan en su Carta Política la noción de bloque, Rincón Mayorga llega a la conclusión de que la estrategia de reducción de conflictos entre derechos fundamentales en el contexto mexicano es la interpretación conforme, a partir de la sistematización del parámetro de regularidad constitucional. Para apoyar esta idea, el autor ofrece razones de diversos tipos y, principalmente, articula de manera organizada y efectiva la apelación a los casos concretos de choque de principios constitucionales como dominantes al momento de determinar qué normas nacionales e internacionales aplican para su resolución.

La determinación de los alcances de los principios constitucionales requiere, como ya se ha señalado, un esfuerzo hermenéutico especial. Asuntos como la dignidad humana requiere de la determinación de las fuentes normativas de decisión, ya sea vía bloque de constitucionalidad o integración del parámetro de regularidad constitucional. Precisamente, el tercer texto se ocupa de los desafíos que supone el tema para el sistema jurídico el juicio constitucional. Uno de los desafíos centrales y más difíciles de responder es el de la necesidad de transparentar cómo y por qué se toman ciertas decisiones. Este reto es aún más agudo cuando se toma en consideración que, en buena medida, la legitimidad y la sostenibilidad de los Estados democráticos y constitucionales de derecho dependen de la exposición pública de razones y procedimientos para la toma de decisiones.

En México, afirma Aristeo García González en este artículo, esta importancia capital de transparencia en las diversas instancias públicas está reconocida e institucionalizada como el derecho humano de acceso a la información. Este derecho humano se encuentra amenazado por un fenómeno difícil de asir, pero con conse-

cuencias nefastas: el de la corrupción generalizada. El autor articula de manera persuasiva el panorama normativo tutelar del derecho fundamental de acceso a la información, con el imperativo de transparencia en la toma de decisiones. Además de esto, expone de manera clara su propia posición sobre el punto y las instancias jurídicas en las cuales pueden ser compuestos algunos fallos y cómo podría hacerse esta reformulación para evitar de manera óptima sucesos de corrupción focales y generalizados.

Pedro Haddad se ocupa, en el cuarto artículo de esta compilación, de una de las manifestaciones del imperativo de transparencia en la toma de decisiones públicas: cómo pueden entenderse los deberes de imparcialidad e independencia en la toma de decisiones judiciales en términos de virtudes intelectuales. En este trabajo metódico y riguroso no solo se exploran estas obligaciones de actuación judicial en tanto rasgos de carácter intelectual sino que se exponen sus características conceptuales más abstractas. Además de lo anterior, el autor retoma la discusión, de índole práctico-moral y epistemológica, sobre las virtudes intelectuales; y evalúa la concepción que defiende el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación sobre las cualidades de objetividad y ecuanimidad.

En particular, "las virtudes judiciales de imparcialidad e independencia" funcionalizan el aparato crítico desplegado en los primeros apartados del texto para hacer un análisis, en términos de las citadas virtudes, de la práctica de juzgar con perspectiva de género como instanciaciones actitudinales de imparcialidad e independencia. Haddad explora, pues, cómo el ejercicio de las virtudes judiciales mencionadas —frente a una formación orientada a favorecer los intereses y posición del género masculino y, en sentido inverso, menospreciar al género femenino— exige

al operador jurídico separarse de los imperativos individuales y sociales y juzgar imparcialmente a partir de las herramientas que ofrece la perspectiva de género.

Uno de los principales desafíos tanto para los formuladores de políticas públicas en momentos extraordinarios, como para los Jueces que tienen que revisar la admisibilidad de esas decisiones, está dado por los estados constitucionales de excepción. Los imperativos de imparcialidad e independencia como virtudes intelectuales de los operadores judiciales es particularmente difícil de caracterizar y de precisar en términos de los deberes que les son correlativos. A explorar este tópico tan importante y complejo se dedica el artículo de Ramiro Rodríguez Pérez. En relación con este tema de una actualidad innegable, el autor rastrea los mecanismos de tutela de derechos fundamentales que sirven de parámetro de valoración de los decretos expedidos en los supuestos constitucionales de perturbación de la normalidad institucional.

El artículo 29 de la CPEUM regula los supuestos en los cuales ciertos derechos pueden restringirse, y hasta suspenderse, a saber, en casos de perturbación grave de la paz, invasión extranjera o cualquier otro supuesto de conflicto grave, inminente y generalizado. En "Medios de tutela de los derechos humanos durante los estados de excepción", Rodríguez Pérez estudia las vías de control, desde la perspectiva de los derechos humanos, de esos decretos. El autor defiende la idea de que hay al menos dos maneras de hacer ese estudio: el control oficioso de la SCJN de estos cuerpos normativos y el juicio de amparo, con el objeto de hacer control concreto de esos instrumentos frente a problemas inexistentes al momento de hacer una revisión abstracta de esos decretos. La importancia de este artículo radica en que estudia a profundidad, y les reconoce peso específico, tanto a la necesidad de tomar medidas extraordinarias en situaciones excepcionales, como a la idoneidad de los mecanismos

de impugnación de esas decisiones. Principalmente, no deja de lado la significación de que tanto la legislación de la excepcionalidad, como la vigencia de los derechos fundamentales en esos supuestos tienen origen constitucional y deberes fundamentales específicos vinculados con esa calidad.

En el último texto de este número, dedicado al tema del derecho a la no autoincriminación en materia tributaria, encontramos otra manifestación de los derechos fundamentales en juicios no específicamente constitucionales. Geovanni Durán presenta de manera clara y fluida un tema que, aunque es básico para la tutela de derechos humanos, a veces es extremadamente técnico: el sistema tributario mexicano. El autor empieza por explicitar las piezas que integran el aparato de la recaudación pública en México, para luego dar cuenta de su lugar en el cuerpo de la CPEUM. Dos principios son resaltados por Durán en su argumentación: el de legalidad y el de actualización del hecho imponible, los cuales están transversalmente reconocidos en todas las legislaciones tributarias de la República. En estos términos se configura una relación entre el Estado y el contribuyente en términos de una obligación tributaria cierta y exigible del primero de cobrar determinadas sumas de dinero al segundo.

En "Autoincriminación de los contribuyentes en los procedimientos de inspección tributaria en México" es sustentada la tesis de que el diseño de esta institución recaudadora en México puede entrar en conflicto con el derecho de los contribuyentes a no aportar documentos que puedan ser lesivos de sus intereses. Es decir, el autor considera que ciertas instancias de ejercicio de la potestad de comprobación en materia tributaria por parte del Estado podrían ser lesivas al solicitar coactivamente información que puede incriminar al solicitado administrativa o penalmente. Uno de los rasgos más interesantes de este artículo es que no se queda en el análisis

tributario sino que llama la atención hacia la vulneración potencial de derecho al debido proceso en su faceta de no autoincriminación tributaria.

La reunión de los textos que integran este sexto número de *Interpretación Constitucional Aplicada* tiene por objeto aportar a la reflexión sobre cómo debe entenderse y evaluarse el trabajo hermenéutico de los operadores jurídicos, en particular de los judiciales en asuntos constitucionales. El Centro de Estudios Constitucionales espera así dar cabida a distintas perspectivas y objetos de debate al diálogo en curso sobre las posibilidades interpretativas disponibles en relación con el contenido y alcance de los derechos humanos en México.

La interpretación constitucional de la dignidad humana*

Ramsés Samael Montoya Camarena**

Resumen

El propósito del presente texto es observar cómo la interpretación constitucional acerca de la dignidad humana establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recorrido el camino iniciado a partir de la noción esencialista para llegar a construir un concepto con un parámetro racional y postmetafísico.

Palabras clave: Dignidad humana, metafísico, inviolabilidad, interpretación.

* El presente texto forma parte de la investigación titulada "Interpretación constitucional y sus restricciones" desarrollada sin financiamiento, en la División de Investigación y Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro; con la salvedad de que existen varias cuestiones que solo se abordan y profundizan aquí.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Cuenta con estudios de Especialización en Materia de Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y el Máster en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante. Profesor en el Instituto de la Judicatura Federal. Secretario de Tribunal Colegiado. Correo electrónico ramses.montoya.camarena@correo.cjf.gob.mx

1. INTRODUCCIÓN

De entrada, el concepto 'dignidad' es bastante complejo. Su significado es difícil de aterrizar en ciertos contextos. Por lo regular, se parte de la idea general de que no hay duda cuándo hay un trato digno y cuándo no. Se ubica un concepto más o menos convencional.

Pero hay otros escenarios en que aparecen los dilemas, en los que suele resultar poco sencillo interpretar qué conducta o acto se enmarca como un trato digno. Cuando aparece alguna autoridad de por medio la cosa se pone todavía más compleja, cuando alguien se pregunta si tal o cual proceder es respetuoso de la dignidad que se predica en beneficio de todas las personas.

Los casos de muestra sobran. El clásico ejemplo en las aulas es sobre terrorismo. Se lanza a los asistentes la pregunta de si frente a una amenaza terrorista, una vez lograda la captura de uno de los supuestos líderes del ataque, se justifica someterlo a cierto tipo de técnicas de interrogatorio de dudosa aprobación por el Derecho internacional de los derechos humanos, con la finalidad de prevenir el daño significativo e inminente en un mayor número de personas.

Las respuestas no se hacen esperar. Con frecuencia, se marca una división, a veces mínima, de quienes abogan en favor de la aplicación de ese tipo de técnicas frente a aquellos que, bajo el concepto de dignidad humana, intuitivamente se posicionan en contra de ese tipo de prácticas, sin importar que para ello se busque un beneficio para un número mayor de personas.

Las cosas se complican cuando se ponen otros ejemplos. De un lado, el ejemplo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional alemán, acerca de si resultaba consti-

tucional la ley que permitía derribar un avión secuestrado en casos de amenaza terrorista, cuya acción militar implicaría aniquilar a los pasajeros inocentes víctimas del secuestro. El otro ejemplo, lo podemos rastrear en un texto de Rodolfo Vázquez cuando analiza si es humillante la forma en que se distribuyen alimentos a las víctimas de hambruna o de alguna catástrofe, cuando los benefactores lanzan el alimento desde un camión a los receptores, como si fuesen perros.[1]

Los casos invitan a reflexionar. El problema es que cuando se hace es muy común sustentar las respuestas en el concepto de dignidad humana, pero bajo un rótulo tautológico. Se dice: "tal proceder no está justificado a la luz del derecho porque atenta contra la dignidad de la persona", pero cuando se pregunta, ¿qué es 'dignidad'?, se contesta: "lo que es inherente al ser humano". Y entonces, volvemos al inicio. ¿Cómo saber si un trato es digno?

En varias ocasiones esta respuesta intuitiva ha estado presente en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; por ello, el propósito del texto, además de identificar que esta posición esencialista del tribunal constitucional va tomando nuevo rumbo, también pone cierta atención en lo complejo, pero necesario, que resulta para la fundamentación del Derecho, el concepto de dignidad, bajo un análisis preliminar.

2. DIGNIDAD: UNA NOCIÓN ESENCIALISTA

Un principio que forma parte de la deliberación pública es el de reconocer al individuo desde su dignidad personal. Es importante porque es un principio previsto en

[1] Rodolfo Vázquez, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, Fontamara, México, 2012, p. 15.

la gran mayoría de las Constituciones humanitarias de la segunda epoca de posguerra; en las que la idea de dignidad representa un compromiso normativo expreso, textual y paulatinamente evolutivo, con la finalidad de formalizar con cierta intensidad el procurar y garantizar el desarrollo de la persona, desde sus más mínimos estándares de protección hasta los planes de vida que ella desee emprender.

Pero por lo regular, al concepto de dignidad se le ha impuesto una especie de aura por la que se autodefine como aquello en virtud de lo cual algo se constituye por provenir de la propia *esencia humana*.

Si bien todos son libres de encontrarse en la posibilidad de opinar que la dignidad radica en la esencia del ser humano y de la especie humana, no por ello deja de ser problemático tratar de responder qué es aquello esencialmente 'humano', dado que en cualquiera de los casos cabe tanto una referencia positiva, como una referencia negativa, según quiera apreciarse lo que la especie humana es capaz de hacer por esa naturaleza que supuestamente en esencia la define.

En efecto, en el humano puede verse la capacidad de realizar acciones deliberadamente desinteresadas con base en la empatía y la solidaridad, al tener la posibilidad de experimentar las necesidades del otro con base en una consciencia ética;[2] pero tal situación no puede dar lugar a pensar que el humano, por el hecho de tener la capacidad de ser empático, es naturalmente solidario.

[2] El neurocientífico Antonio Damasio atribuye esa capacidad a las denominadas "neuronas espejo"; las cuales permiten al humano experimentar emociones similares a las de otra persona. De modo que recrean imaginariamente para nosotros sus circunstancias. Nos hacen sentirnos como si nosotros mismos estuviéramos viviendo en su situación. Antonio Damasio, *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Crítica, Barcelona, 2005, pp. 114-116.

Pues, como la propia historia de la humanidad lo demuestra, claramente también del otro lado, el humano suele ser egoísta. Un ejemplo está en el tema de la pobreza mundial; en el cual se pone de manifiesto cómo es que el modelo económico y las personas que se favorecen con él, mantienen y contribuyen de forma también deliberada a la cultura globalizada actual de la acumulación material y la despreocupación por los menos favorecidos; incluso es un tema que ha llamado la atención de filósofos como Thomas Pogge, quien busca reivindicar un derecho humano a liberarse de la pobreza.[3]

Así que son varias las caras que el humano tiende a exteriorizar según el mundo y sus circunstancias y, por lo tanto, hablar de que la dignidad radica en lo que el humano es en esencia, suele restar credibilidad y seriedad al concepto. Esa misma forma de pensar ha contribuido a una evidente banalización del concepto y en especial, al abuso retórico del principio en contextos y condiciones incluso pintorescas.[4]

De hecho, por eso muchas veces se dice que ese concepto tiene un carácter metafísico, cuando se indica que la dignidad es inherente al ser humano, como si por el solo hecho de provenir de alguna esencia, esta colmara sus contenidos en la

[3] En cuanto a la pobreza mundial, Pogge pone acento en los deberes, al preguntarse qué deberes tienen los habitantes de los países ricos respecto a los pobres del mundo. Para el filósofo alemán las instituciones de la globalización han propiciado un incremento de la pobreza en el mundo. Entre esas instituciones destaca la Organización Mundial del Comercio, los tratados bilaterales de inversiones, las corporaciones trasnacionales y los paraísos fiscales. Pogge señala que ese tipo de instituciones son generadoras de injusticia porque los habitantes de los países ricos están contribuyendo con su apoyo al mantenimiento de dichas instituciones para que otros sean más pobres; con lo cual, dice, se viola el deber negativo de no causar daño a otras personas. Por eso, propone, debe dejar de causarse ese mal, teniendo el deber de no colaborar con las instituciones que lo provocan, porque el apoyo que se les da lo único que produce es hundir en la mayor parte de los habitantes del planeta en la más profunda miseria. Véase Thomas Pogge, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005.

[4] Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 20.

realidad. Desde el discurso religioso en la Instrucción *Dignitas humanae* aprobada por el papa Benedicto XVI, se indica que la Iglesia católica coloca a la dignidad humana como el centro de su propuesta ética y religiosa.

3. DIGNIDAD: ¿UN CONCEPTO METAFÍSICO?

Cualquier afirmación como la anterior se remonta al iusnaturalismo, una escuela que desde una aproximación valorativa ha buscado explicar *qué debe ser* el Derecho. En el siglo XIX esta corriente de pensamiento entró en crisis hasta la Época de la segunda posguerra en que, para muchos, aconteció un renacimiento del derecho natural. Su visión ha sido caracterizada como de corte ideológico, por incurrir en la falacia naturalista.

Si bien el iusnaturalismo es una escuela de larga tradición y su pasado va más allá de las fronteras escolásticas; aquí interesa ver cómo esta etapa de su historia ha generado gran influencia para sostener un concepto metafísico de la dignidad humana.

Santo Tomás de Aquino,[5] en el *Tratado de la ley* señala que en apariencia la razón de cualquier hombre puede constituir la ley y, por lo tanto, solo a algunos

[5] Aunque se toma como referente principal a Santo Tomás de Aquino, no se pierde de vista que siglos antes, Cicerón se había pronunciado respecto a que en toda ley estaban implícitas las ideas de justicia y verdad, pues en caso de no atender dichos fines valiosos, no merecía ser llamada ley. Precedente que constituye sin duda la antesala a las justificaciones metafísicas del derecho, en cuanto a su valor en la sociedad. Cicerón lo describió del siguiente modo: "[…] Es claro que en la misma definición del término 'ley' está implícita la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero […] ¿Qué pasa con las muchas leyes pestilentes que las naciones ponen en vigencia? Ellas no merecen ser llamadas leyes más que las reglas de una banda de bandidos […] Por lo tanto, la ley es la distinción entre las cosas justas e injustas hecha de acuerdo con la primera y más antigua de las cosas, la Naturaleza; y en conformidad con la pauta de la Naturaleza están estructuradas aquellas leyes humanas que castigan lo malvado a la vez que defienden y protegen lo bueno […]" Cicerón, Marco Tulio, *De legibus*, Harvard University Press, Cambridge,

hombres de razón pertenece la atribución de poder crear la ley, pero no por ello, dice Santo Tomás, debía desconocerse que la ley natural no necesitaba ser promulgada porque ella se daba por el mismo hecho de que Dios la había *puesto en el corazón de los hombres*; de modo tal que estos pudieran conocerla naturalmente.[6]

El filósofo también explica que la ley no era más que el dictamen de la razón del gobernado que regía sobre la perfección de la ley eterna; por lo tanto, en el universo reinaba la razón de Dios, ya que, a su parecer, la razón emanaba del orden de lo natural en tanto que esta venía de principios conocidos derivados de la naturaleza del último fin.

En ese sentido, Santo Tomás afirma que la ley divina se había creado para guiar al hombre por cuatro razones; una, porque dirigía sus actos; dos, en virtud de que al ser creada por Dios no tenía errores; tres, para que el hombre procediera rectamente al interior y exterior de sus actos y; cuatro, en razón de que la ley humana de castigar los males, prohibiría los bienes e imposibilitaría el bien común que solo buscaba el equilibrio de la sociedad.[7]

Afirmaciones como estas han permitido establecer que el iusnaturalismo se explica bajo dos tesis: la primera, en la que se asume que el derecho natural es superior al positivo fundado en un conjunto de principios morales (naturales, verdaderos, cognoscibles, universales e inmutables) y, la segunda, en la que se defiende

1959, pp. 385 y 386; también puede consultarse Cicerón, Marco Tulio, *De las leyes*, trad. de Rufino, N. A., Tor, Buenos Aires, 1989, pp. 68-73 (aunque en la traducción, varía un poco el contexto de la cita anotada).

[6] Tomás De Aquino, *Tratado de la ley, tratado de la justicia y gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 2007, pp. 15-21.

[7] *Ibídem*, pp. 25-31.

que el derecho positivo solo es verdadero si es conforme con el derecho natural; o bien, si este no viola gravemente sus principios morales; de lo contrario, sería una simple *corrupción* de Derecho, pero no un auténtico Derecho.

Esta última posición es la que con mucho auge se ha difundido acerca de que el Derecho necesariamente debe ser moralmente justo. Sin profundizar en los grandes problemas que estas dos tesis suponen para el análisis conceptual del Derecho; es de interés observar que, en relación con el concepto de dignidad humana, esta supremacía que asume el derecho natural frente al derecho positivo es del tipo escolástico, en el que se sostiene que el conjunto de principios éticos provienen de la divinidad y de los cuales el legislador humano debe tomar inspiración para la formulación de reglas de derecho positivo.[8]

Para cumplir con estos principios del iusnaturalismo, se debe entender que estos derivan de una naturaleza divina o trascendente; asimismo, que se pueden conocer mediante la vía de la revelación y, por último, que tienen un valor al margen de la historia y de la sociedad.

Cuando se dice de la dignidad que es inherente al ser humano y, de hecho, como suele suceder en muchos casos, este elemento conceptual guarda correspondencia con el elemento ideológico iusnaturalista, lo único que se tiene es un concepto metafísico, cuyo existencia precede a su justificación mediante una vía transnatural para acceder a su conocimiento.

[8] Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 124 y 125.

En efecto, el planteamiento cristiano parte de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios (en crítica hay quienes sostienen que esto sucede a la inversa). Entonces, la idea de filiación divina se imbuye en que el hombre participa de la esencia misma de Cristo, ya que el Creador ha querido elevar al hombre a la dignidad de hijo suyo; así que toda persona lleva implícita la dignidad de ser hijo de Dios.

De forma que el Creador no solo dirige la vida del hombre con sus manos, sino que con ellas también la protege. Desde este punto de partida, se revive una fotografía simbólica de que si todo hombre es la imagen viva de Dios, entonces, cuando su dignidad se trastoca, es tal como si se vulnerara la propia dignidad divina.

El entendimiento de la dignidad en estos términos ha motivado el pensar que la razón última de protección de los seres humanos guarda respaldo en la existencia divina; en otras palabras, el acceso a la dignidad por la vía de la revelación ha generado una noción teológica y transnatural solo para aquellos que comparten este tipo de explicación metafísica, con lo que de hecho se condiciona no solo el carácter conceptual de la dignidad, sino también su universalidad.

De ahí que la delimitación ético-conceptual del concepto de dignidad exija parámetros razonables de acceso universal, para establecer qué elementos de análisis son necesarios para determinar cuándo ha sido trasgredida la dignidad de una persona.

Entre quienes no están de acuerdo con un concepto metafísico sobre la dignidad humana, recuerda Vázquez,[9] se encuentran Steven Pinker; quien publicó un artículo en el que plantea la estupidez de la dignidad[10] y también Ruth Macklin al señalar en un polémico artículo por qué puede considerarse que la dignidad es un concepto inútil.[11]

Los dos textos parten de una premisa escéptica en relación con el concepto de dignidad en contra de cualquier tipo de concepción sustantivista de la dignidad, en que se predica como una propiedad intrínseca del ser humano. Los autores no pueden admitir una noción metafísica religiosa, en cuanto a que *todos somos iguales en dignidad por ser hijos de Dios*.

Para ellos la dignidad es un concepto vacío porque carece de parámetros éticos para identificarlo; de modo que las condiciones para considerar un trato digno son tan relativas que pueden dar lugar a diversas formas de trato. Entonces, a su juicio, la dignidad suele autorreferenciarse de manera autoritaria y retórica, más que por la vía de la precisión ética.

En estas ideas cabe añadir a los que sostienen que la dignidad suele ser un concepto insaciable y omnívoro que absorbe completamente y sin excepciones el espacio que se disputa con otros derechos.[12]

---

[9] Rodolfo Vázquez, Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria, IIJ-UNAM, México, 2015, pp. 29-38.

[10] Steven Pinker, "The Stupidity of Dignity. Conservative Bioethics Latest, Most Dangerous Ploy", *The New Republic*, vol. 9, núm. 238, mayo 2008, pp. 28-31.

[11] Ruth Macklin, "Dignity is a Useless Concept: It Means No More that Respect for Persons or Their Autonomy", *British Medical Journal*, núm. 327, diciembre 2003, pp. 1419-1423.

[12] Paolo Veronesi, "La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana", en Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, pp. 151-154.

Por lo que, como se ha dicho, es común que en la crítica sobre este concepto de dignidad humana, se defienda que existe un abuso de la analogía entre "hijos de Dios" y "dignidad humana", pues para quienes no profesen alguna religión será muy difícil encontrar alguna relación entre la idea de ser hijo de un ser divino trascendente y el concepto de dignidad humana causado precisamente por la reminiscencia ideológica de la escuela iusnaturalista escolástica que ha influido de manera predominante en varios sistemas jurídicos, incluido el mexicano.

Por eso, con regularidad, en ocasiones se prefiere prescindir de proponer una definición de dignidad que resuelva definitivamente la cuestión; sin embargo, es inevitable dejar de apoyarse en diversas acepciones de la historia de la filosofía que dicho concepto ha ido acumulando.

Eso sin dejar de ver por supuesto que hay rasgos inespecíficos que ciertamente impiden proporcionar una definición unívoca, universalmente compartida y omnicomprensiva acerca de la dignidad.

Por eso, para muchos, es mejor definir a la dignidad humana a partir de la concepción kantiana, en cuanto a que la persona no debe tratársele nunca solo como un medio sino como un fin en sí misma; por eso no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.

Sin embargo, Veronesi opina que aun cuando la tradición de corte kantiano ha contribuido a establecer dicho concepto; lo cierto es que no existe acuerdo en cómo determinar en qué casos el hombre está siendo instrumentalizado o mutado

en mera cosa; muy al contrario, dice, las dificultades para lograr mayores precisiones crecen y no parecen menguar.[13]

Un ejemplo de esto, bien puede recogerse de la famosa novela *Una investigación filosófica* de Philip Kerr, en la que se relata, entre otras cuestiones, que tras ganar unas elecciones, el gobierno instaura el coma punitivo como alternativa a la pena de muerte para delitos graves.

Se explica que la medida se ve con ojos positivos porque la inducción al coma es reversible para los sentenciados, de modo que solo estarán algún tiempo en ese estado hasta que cumplan su condena y, después de ello, sin afectación alguna en su salud, podrán revertirlo para *regresarlos* a la vida ordinaria; además, se toma en cuenta que ese procedimiento es mucho más barato y menos peligroso que vivir en prisión.

Sin duda, como de hecho sucede en la novela, el tema despierta grandes debates acerca del actuar moral del gobierno frente a los que se oponen a la medida punitiva. De un lado, se encuentran los que la miran bien por las explicaciones relatadas; por el otro, están quienes consideran que dicha medida deja por lado el valor de la vida, la autonomía y, sobre todo, la posibilidad de resocializar a la persona.

Sin reparar con todo detalle en estas cuestiones, hay una cosa clara en relación con lo que se anticipa de Veronesi, bajo este tipo de escenarios, que no resulta ya tan lejano pensarlos con motivo del desarrollo tecnológico actual; la pregunta es si se podría catalogar esta medida como una forma de instrumentalizar a la persona,

[13] *Ibídem*, p. 142.

en el sentido de que se le cosifica u objetualiza con el fin de generar ahorros económicos y paz social alrededor del tema de los centros penitenciarios.

En todo caso, póngase el problema más difícil, si instrumentalizar supone, en términos kantianos, que en la persona no se impongan sacrificios o privaciones en contra de su voluntad; si la persona aceptase el coma punitivo ¿estaría bajo algún tipo de instrumentalización, si ella misma ha aceptado la privación o sacrificio, por considerarlo beneficioso para sí?

Sumado todo, de entrada, Veronesi muestra que ciertamente hablar hoy de dignidad humana centrándose solo en Kant, parece que todavía nos deja grandes complejidades irresueltas, en que es necesario detenerse, al menos para pensar si es posible construir una forma más elaborada de precisar los parámetros éticos que rodean el concepto.

4. DIGNIDAD: UN CONCEPTO RACIONAL

Vázquez considera que el acceso a la dignidad debe ser por la vía negativa porque constituye una prescripción prohibitiva de no tratar a otros de forma instrumental, ya que así se hacen valer los mínimos inalterables que deben ser salvaguardados en cualquier ser humano.[14]

En este enfoque se podría agregar que la dignidad también debe garantizar que no se ejecuten actos que despersonalicen a los seres humanos, como lo dice

[14] Rodolfo Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

Veronesi,[15] porque de esa forma se puede garantizar la pretensión de que el humano no sea instrumentalizado o constituido como un objeto fungible, dado el deber de consideración que se merece en relación con los otros.

Así se da entrada a la pretensión de la persona de no ser tratada de forma inhumana o humillante; lo que pone énfasis en que el respeto a la dignidad se da en cualquier ataque que desconozca que los propios seres humanos, como lo sostiene Dworkin, se reconocen entre sí con la categoría de humanos.[16]

Entonces, para evitar un exceso axiológico, se puede indicar que, de forma preliminar, la dignidad defiende que la persona no sea tratada como instrumento para satisfacer los deseos de otra persona y mucho menos que se le priven de bienes de manera injustificada. En ese sentido, se dice, es un principio marcadamente opuesto a la ética utilitarista porque clausura la posibilidad de que se lleven a cabo ciertas acciones, aun cuando ello sea con el fin de incrementar la felicidad de un grupo mayor de personas.

Gran parte del sustento de este principio se encuentra en la necesidad de proteger la integridad de las personas, su privacidad, identidad y desarrollo personalísimo porque es donde se encuentra la inclinación de los consensos por entender que, es el espacio vital más íntimo y físico de las personas a partir de donde debe precisarse este concepto tan incisivo y llamativamente ambiguo, ya que esos derechos

[15] Paolo Veronesi, "La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana", en R. Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, p. 143.

[16] Ronald Dworkin, *La democracia posible. Principios para un debate político*, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 27-31.

constituyen los eslabones en los que se puede identificar si una persona se ve agredida en su identidad, pertenencia y experiencia.

En esta línea, Oehling sugiere que la dignidad sea vista con un enfoque de consideración mutua entre las personas, bajo una consciencia de respeto. Para lo cual es necesario tener en cuenta el sufrimiento y el dolor (carácter aflictivo del derecho) como vías de acceso empírico negativo, para identificar en un primer nivel conceptual a la dignidad.

De esta forma, en su concepto, se tiene un parámetro objetivo-natural de medida para delimitar cuándo existe una lesión en la dignidad, ya que el dolor, explica, es una cualidad innata de experimentación universal que genera una sensación desagradable (física o psíquica) posible de diagnosticar por la neurociencia.[17]

De modo que la dignidad vista así no se reduce a la condición de instrumentalidad, sino que abre la plataforma a la vía negativa, para explicitar con mayor precisión qué tipo de acciones pueden considerarse infranqueables para la tutela de la dignidad, que es cuando estas supongan causar algún dolor o sufrimiento *grave* y *gratuito* en las personas.

Cabe señalar que esta dimensión es compatible con la idea que defiende Rawls en *Political liberalism* en su concepción de 'persona'. El filósofo sostiene que en el ámbito público, la persona bajo el principio de autonomía debe articularse bajo tres tipos de convicciones políticas.

[17] Alberto Oehling, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filósofica, concepto, recepción institucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 124-129.

La primera convicción señala que los derechos básicos que son reconocidos a la persona no deben verse alterados porque esta cambie su afiliación a una doctrina comprehensiva. La segunda implica que, en una sociedad democrática, las personas tienen derecho a formular reclamos que tengan por objeto hacer valer sus concepciones permisibles de lo bueno. La última convicción precisa que las personas deben ser tratadas como responsables de sus fines en relación con lo que razonablemente puede esperarse desde el diseño institucional.[18]

Con estas dimensiones, lo que está de por medio es que las personas sean tratadas en concordancia con sus convicciones morales, desde el ámbito de la esfera pública, con independencia de su visión comprehensiva y bajo un necesario respeto de sus fines; sin poder, en esa medida, delimitar o condicionar la protección de tales fines a la visión comprehensiva.

Con este diseño, la dignidad va encontrando cierto margen de racionalidad sin pretender que alguna persona modifique sus convicciones para acceder a ella. Así que estos elementos van en armonía con pensar precisamente que la dignidad, por la vía de acceso negativa, impone ciertos límites infranqueables a las acciones que generen algún tipo de dolor o sufrimiento *grave* y *gratuito* en los seres humanos.

En general, esta idea puede extenderse incluso hasta el plano en que para algunos esta premisa —en clave de no trasgresión de la dignidad humana— supone una meta-norma o una norma inderrotable, cuya terminología no admite ponderación y, por lo tanto, no es susceptible de optimización o gradación. Por lo que su contenido

[18] Hugo Seleme, *Neutralidad y justicia. En torno al liberalism político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 292-299.

nuclear, en la delimitación anotada, tendría valor absoluto, al menos, podría decirse, dentro del primer plano conceptual comentado.

5. DIGNIDAD: UN PRINCIPIO POLIÉDRICO

Claro está que para hablar de una vida autónoma y digna es necesario que la persona se encuentre en igualdad de condiciones que los demás. Para Laporta, una institución satisface el principio de igualdad solo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud del principio de no discriminación y, una vez satisfecho ese principio, adjudica a los individuos beneficios o cargas diferenciadas en virtud de rasgos distintivos relevantes.[19]

La dignidad es el derecho a bienes tan básicos como el de no recibir un trato cruel, inhumano o degradante, por ejemplo, a no ser torturado; es a lo que Nino denomina el principio de inviolabilidad de la persona;[20] lo cual puede constituirse como un elemento agregativo sobre la forma de entender a la dignidad humana.

En esta condición, también es necesario tomar en cuenta que la dignidad se ve representada por guardar alianza con los derechos fundamentales y por guardar íntima relación con el principio de igualdad; así que es un valor que tiene un poco de varias connotaciones axiológicas de la Constitución, con la capacidad de activarlas todas de forma simultánea.

[19] Francisco Laporta, "El principio de igualdad", *Sistema*, núm. 67, 1985, p. 27.

[20] Carlos Nino, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 255-266.

Entonces, tiene un carácter poliédrico, con el cual se proyecta en una posición primigenia y delimitadora de muchos otros derechos, reglas y principios formalizados en la Carta constitucional; tanto, que muy frecuentemente logra unir muchos derechos y disposiciones en ella recogidos.

García Manríquez relata cómo dos amigos suyos, un jurista (Jordi Mata) y un filósofo (César Marqués), se centraron en un polémico debate acerca de la posibilidad de instaurar la pena de muerte en caso de terrorismo. De un lado, el jurista reconocía la necesidad de que en ocasiones las instituciones deban tomar medidas desagradables. El filósofo, sin apartarse de esa premisa, reputó la necesidad de que se justificara con buenas razones una medida de tal magnitud.

El jurista replicó que la dignidad es fundamento del derecho la vida, pero en ocasiones, ciertas personas no están a la altura de comportarse con su propia dignidad y atentan los derechos de los demás. Así que en esos casos, pierden su dignidad; para lo cual hizo alusión a la *Suma teológica* de Santo Tomás de Aquino.

El filósofo no dudó en replicarle que de nada servía entender la dignidad *como un valor intrínseco que posee* una persona por el solo hecho de serlo. Por lo que, dijo, le parecía más atinada una aproximación poética de Antonio Machado para referir que la dignidad alude a cuando por mucho valor que tenga un hombre, nunca tendrá valor más alto que de ser hombre. *Nadie es más que nadie*, remató.[21]

[21] Ricardo García Manríquez, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 19-25.

La premisa que se incorpora en el debate es que la dignidad de la persona no se define si prescinde de otro tipo de valores o derechos: en este caso de la igualdad. En función de que, para el filósofo que se opone a la pena de muerte, las personas ameritan un trato con igual valor *(nadie vale más que nadie).*

En este sentido, cuando se habla de dignidad de seres humanos socializados que incluso pueden actuar en contra de los valores de la comunidad, la dignidad adquiere un cariz poliédrico, en el sentido de que su tutela depende de la configuración que guarda en alianza con otros derechos constitucionales.

Esto puede conectarse con la idea de Luhmann acerca de que la dignidad es un concepto dinámico; si bien, él lo analiza desde el enfoque de que el principio depende de las posibilidades y las capacidades del individuo porque tanto a la dignidad como a la libertad las entiende como condiciones fundamentales para el éxito de la descripción de una persona y su personalidad.

Lo cierto es que, al margen de la crítica que merece su posición al buscar que dicho valor sea visto más con el carácter de eficiencia que con el elemento sustantivo que lo respalda,[22] cuando hace alusión al elemento dinámico, su argumento es útil para trasladarlo a la premisa de que la dignidad tiene distintas caras, según sea el principio que en cada caso lo acompañe.

Así que la dignidad no se entiende como un valor que el hombre lleva consigo mismo a causa de una dotación natural, sino que es parte de un proceso acumulativo de acuerdo con el registro a partir del cual se ha llegado a entenderlo como un valor

[22] Alberto Oehling, *op. cit.*, pp. 95-100.

muy sensible que implica oponerse a las posibilidades de realización de los fines de una persona en detrimento de otra.

De modo que la dignidad siempre depende de una condición de comprensión valorativa de ciertas propiedades que conceptualmente lo acompañan en su contenido, dado que en la comparación con ellas y frente de sí, es que suele posicionarse con mayor claridad su vulneración.

En este sentido, su carácter poliédrico depende de la conexión que guarda con otro tipo de principios y derechos, sin los cuales no es posible tutelar la dignidad en lo abstracto, ya que al constituirse como fundamento de los derechos en general, en términos sustantivos, lo que se dice no solo es que sea la razón última de justificación de dichas exigencias éticas; sino también que es una condición estructural valorativa del desarrollo de otros derechos.

Para esto es útil el ejemplo del terrorismo y la tortura. Se ha preguntado si frente a un ataque terrorista, una vez capturado a uno de los *supuestos* líderes, puede optarse por someter al individuo a un interrogatorio de dudosa aprobación internacional. Cuando la pregunta es lanzada, al responder, pocos son quienes reparan en el principio de presunción de inocencia.

Es decir, la justificación para negar la práctica de ese interrogatorio es por la vía de la dignidad humana, sin tomar en consideración que, en juego con ella, también está el principio de presunción de inocencia.

Con esto en mente, la dinámica de análisis cambia, dado que el problema envuelve un principio adicional a la dignidad. En tal virtud, se debe tomar en cuenta

que sin decisión judicial alguna, se ha entendido que el supuesto líder del ataque es ya considerado *per se* responsable del delito de terrorismo.

Con lo que hay una clara denegación del principio de presunción de inocencia, en razón de que el individuo sería inocente hasta que se demostrara lo contrario; por lo que tendría que acreditarse antes del interrogatorio, dentro de un contradictorio, que esa persona realmente ha participado en la planeación del ataque. Por lo tanto, no podría considerársele *a priori* como líder del ataque terrorista ni jurídicamente vinculársele con ello; si antes no ha sido declarado culpable de tal cuestión.

Lo que se quiere decir es que, más allá de las inconformidades que puedan derivar de la situación anterior (ya que para algunos la presunción de inocencia es un principio sujeto a gradación), la dignidad tiene varias caras no solo porque su contenido se desdobla bajo criterios muy diversos, sino porque para ello exige, en la mayoría de los casos, una conexión directa o indirecta con otros principios, valores o derechos.

En adición, se debe considerar que el desarrollo de la dignidad humana se ha conseguido gracias a un sistema de derechos fundamentales asociado a distintas instituciones estatales, en particular lo que sucede en los tribunales; ante los cuales se plantean diversas formas de proceder para respetar dicha dignidad.

Sin embargo, el concepto de dignidad, se insiste, es de difícil definición incluso de forma concreta para los propios tribunales, ya que muchas de las veces parten de premisas bastante difusas para poder justificar la importancia de dicho principio.

6. DIGNIDAD: SU INTERPRETACIÓN EN MÉXICO

Entre algunos de los ejemplos en México se tiene que el 30 de mayo de 2013, dentro de la contradicción de tesis 56/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver si la información y documentación de índole privada generada por un particular o su auditor durante el desarrollo de una auditoría ambiental voluntaria tramitada conforme a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, que por ende, se encuentra en posesión de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente tiene o no el carácter de público reconoció, entre otras cosas, que las personas jurídicas colectivas gozan de la protección de ciertos derechos fundamentales.

En lo que interesa, en la ejecutoria se estableció del siguiente modo:

> Efectivamente, si bien, cuando el artículo 1o. de la Constitución alude a 'persona' se entiende de principio referido al ser humano, precisamente como sujeto de quien se predica el reconocimiento de derechos humanos, esto es, inherentes a la condición humana y su dignidad intrínseca, lo que, sin duda, no puede atribuirse a las personas jurídicas colectivas, ello no significa que éstas no gocen del reconocimiento y, por ende, la garantía de su protección, de ciertos derechos fundamentales.[23]

Con base en tal explicación, la Suprema Corte de Justicia estableció que la titularidad de ciertos derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas

[23] Contradicción de tesis 56/2011. Min. Sergio A. Valls Hernández, Auditorías ambientales voluntarias. la información y documentación generadas por los particulares o sus auditores y entregadas a la procuraduría federal de protección al ambiente durante su tramitación, si bien son de carácter público, no podrán divulgarse si se actualizan los supuestos para su reserva temporal o se trata de datos confidenciales. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Votado por mayoría el 8 de octubre de 2013. Reg. IUS 2004651.

depende justamente de la naturaleza del propio derecho, en tanto que existirán casos en que dicha titularidad solo corresponda a la persona física, como sucede por ejemplo con la libertad personal, aclaró el tribunal.

En lo que importa acerca del concepto de dignidad, puede observarse que la Corte mexicana determinó que el ser humano sobre quien se predica el reconocimiento de los derechos humanos guarda un reconocimiento intrínseco sobre la dignidad humana por el solo hecho de que esta le es inherente al formar parte de la condición humana.

En otro caso, el 21 de abril de 2014, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, dentro de la contradicción de tesis 360/2013, volvió a pronunciarse sobre el punto de que tanto las personas físicas como las morales gozan de aquellos derechos que resulten conformes a su naturaleza y fines.

> Sin embargo, surge un diverso cuestionamiento que se levanta por algunos como una objeción al reconocimiento a la titularidad de derechos humanos por parte de las personas morales, consistente precisamente en determinar si los derechos humanos, como propios e inherentes a los seres humanos, son predicables de la persona moral, lo que en un primer acercamiento pareciera un contrasentido. […] Desde un punto de vista meramente semántico, en efecto parece desprenderse que no existe correspondencia alguna entre la persona moral y los derechos humanos, en tanto que sólo la persona humana, individualmente considerada puede gozar de tales derechos, por ser consubstanciales a su propia naturaleza. […] Este cambio de denominación, se ha dicho, trasciende a un mero cambio de nomenclatura, que posee un significado distinto, en tanto implica el reconocimiento constitucional pleno a la denominación y comprensión universal de los derechos básicos de la persona, emanados del respeto a la dignidad del hombre. Es decir, que tuvo como eje central a la persona humana y su dignidad, en un espectro tal que abarca no sólo los que la Ley

> Fundamental de nuestro país reconoce, sino en la misma dimensión que les asignan los instrumentos internacionales de derechos humanos.[24]

Si bien el tema principal que abordó la Corte mexicana tiene que ver con el hecho de que debe establecerse el reconocimiento de ciertos derechos en favor de las personas colectivas; lo cierto es que su justificación parte de la idea de que la comprensión universal de los derechos de la persona emana del respeto a la dignidad humana, ya que es un eje central respecto de la persona.

De lo señalado por la Suprema Corte mexicana se puede apreciar que en ciertas ocasiones hace referencia a un concepto sustantivista de la dignidad humana, en virtud de que lo vincula necesariamente a la naturaleza o esencia de las personas, en su carácter de seres humanos; de modo que con ello, lo único que se hace con el concepto es predicarlo como una propiedad inherente al ser humano.

Cuestión con la cual se cae de forma reiterada en la trampa conceptual común de dicho valor al vincularlo con una noción metafísica, que para muchos representa en realidad solo una definición vacía que carece de parámetros éticos para poder identificarlo de forma concreta en la realidad.

Pero, en otros asuntos, la Suprema Corte paulatinamente ha ido superando esa autorreferencia retórica acerca de la concepción de la dignidad, para construir de forma argumentativa una precisión ética al identificar dicho valor como una

[24] Contradicción de tesis 360/2013. Min. Margarita Beatriz Luna Ramos, Principio de interpretación más favorable a la persona. es aplicable respecto de las normas relativas a los derechos humanos de los que sean titulares las personas morales. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Votado por unanimidad el 24 de febrero de 2015. Reg. IUS 2008584.

obligación de no intromisión en los bienes más sensibles y personalísimos de los individuos.

En efecto, el 6 de enero de 2009, en el amparo directo 6/2008, en el que se resolvió acerca de la solicitud de cambio y ajuste registral del nombre y sexo de la parte quejosa para adecuarlo a su realidad e identidad actual jurídica y social; el Pleno de la Corte mexicana explicó que se reconoce como una superioridad de la dignidad humana prohibiéndose cualquier conducta que la violente.

En ese sentido, la Corte estableció que la dignidad es inherente a la esencia del ser humano; por eso es considerado un derecho absolutamente fundamental que es base y condición de todos los demás, en tanto que de este se desprenden los demás derechos, en cuanto que son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad, ya que compone un sector dentro del más amplio de los derechos humanos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil, la intimidad, etcétera; que son con base en los cuales el individuo puede elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida.

Luego, el 14 de mayo de 2013, en la acción de inconstitucionalidad 24/2012, en la que se abordó lo relativo a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, entre lo cual se discutió por ejemplo si podría excluirse a los sentenciados de la delincuencia organizada del acceso al trabajo penitenciario.

En ese caso, la Suprema Corte señaló que a las personas privadas de la libertad les corresponde el goce de todos sus derechos fundamentales, con excepción de

los que impongan la sanción penal y la ley penitenciaria; en ese sentido, se explicó que dichas personas tienen una clase especial de relación jurídica en la cual el Estado debe cumplir con distintos deberes positivos, entre los cuales se encuentran, el otorgar un goce efectivo de los derechos humanos y ofrecer las condiciones necesarias para lograr su efectiva reinserción en la sociedad; lo cual, determinó, deberá llevarse a cabo mediante el respeto a la dignidad humana.

En adición, se señaló que el trabajo penitenciario debe ser visto como un 'deber-derecho' y no como una actividad forzosa, por eso, la reinserción social está erigida sobre el respeto a la dignidad humana, al ser la condición y base de los demás derechos; y en tanto que constituye una herramienta fundamental que contribuye a la hermenéutica constitucional, pues define la condición del ser humano en cuanto a entidad ontológica y jurídica, por las condiciones que le son inherentes a la categoría de la persona humana.

Con base en ello la Corte determinó que, gracias a la dignidad, las personas tienen una superioridad frente a las cosas y una paridad entre las personas en sí; además de que con ello logran el reconocimiento de su individualidad, su libertad, autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, así como la posibilidad real y efectiva de participar en la toma de decisiones.

Además, el 8 de octubre de 2014, dentro del amparo directo en revisión 1200/2014, al conocerse un asunto en materia familiar centrado en analizar si el abuelo paterno era responsable subsidiario para hacerse cargo del rubro de alimentos de sus nietos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia determinó que el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado encuentra una profunda vinculación con la dignidad humana; que no es un precepto meramente moral sino que se

proyecta en el orden constitucional como un bien jurídico circunstancial al ser humano merecedor de la más amplia protección jurídica, que permea en todo el orden jurídico como un derecho fundamental que debe ser respetado, dado que es la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo de la personalidad.

Asimismo, la Corte explicó que la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que es una norma jurídica que consagra un derecho fundamental; en el cual, se establece un mandato dirigido a autoridades y particulares para proteger dicha dignidad, entendida como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, para no ser tratada como un objeto, para no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Más recientemente, en el amparo directo en revisión 4416/2013, resuelto el 28 de octubre de 2015, al analizar en qué casos es improcedente el otorgamiento del perdón sobre delitos cometidos en perjuicio de algún niño, la Primera Sala de dicho tribunal estableció que proteger la dignidad del menor en el proceso penal implica evitar que sea humillado, degradado o envilecido.

En ese sentido, señaló que para determinar la procedencia del perdón del ofendido, el Juez debe asegurar que la extinción de la acción penal, el sobreseimiento de la causa o la eliminación de las medidas de seguridad impuestas al agresor, no provoquen algún tipo de sufrimiento, intimidación, situación de riesgo o amenaza para la dignidad personal del menor.

De modo que el Juez penal debe analizar la naturaleza del delito; esto es, ponderar qué bien jurídico protege y si este incide en los valores resguardados por

el derecho a la dignidad humana, así como evaluar si la forma y lugar en que se cometió el delito, constituyen, en sí, una forma de humillación o trato degradante en su perjuicio.

De los casos aludidos se advierte que, aunque la Suprema Corte de Justicia arrastra una noción esencialista o sustantivista de la dignidad humana, al reiterar casi en todas sus interpretaciones que dicho principio axiológico es inherente al ser humano, por el solo hecho de pertenecer como tal al género humano.; hoy en día también puede apreciarse una suerte de esfuerzo de su parte por comenzar a distinguirlo con un poco de mayor precisión ética al decir que este es una especie de basamento en que tienen cabida otros derechos, como el de autonomía, pues implica la protección de bienes tan básicos como la integridad física y psíquica, el honor, la privacidad o intimidad, así como la garantía real de la existencia mínima del individuo.

Con ello lo que en el fondo se dice es que el individuo cuenta con un margen de inviolabilidad que le es circunstancial, el cual opera en su favor para efecto de que no sea humillado, envilecido o instrumentalizado.

Justificación que tiene un sustento muy cercano a la noción kantiana, en cuanto a que el ser humano no deber ser nunca instrumentalizado, sino visto como un fin en sí mismo, y de cuyo reconocimiento deriva la máxima de libertad en que se predica y garantiza que la persona decida sobre su proyecto de vida y participe en la toma de decisiones que desde el ámbito público le afecten; y también muy de cerca le sigue la idea de entender la dignidad, en armonía con la no instrumentalización, para evitar que se cause dolor o sufrimiento grave y gratuito en las personas.

7. DIGNIDAD: SU INTERPRETACIÓN INTERNACIONAL

El tema de la dignidad también interpela a algunos tribunales internacionales, como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania que se han ocupado del tema de la dignidad humana desde el enfoque de no intromisión a los derechos más personalísimos del ser humano, al decir por ejemplo que la dignidad resultaría vulnerada por acciones como la tortura, la esclavitud, las expulsiones masivas y el genocidio. En una de sus primeras sentencias, la BVerfGE 1,104, el Tribunal Constitucional alemán aludió precisamente a la prohibición de humillar o despreciar a las personas.

En otro caso, en la sentencia BVerfGE 30,173, de 24 de febrero de 1971, respecto del contenido de una novela que afectaba el honor de una persona ya fallecida, el Tribunal Constitucional determinó lo siguiente:

> Sería incompatible con el principio constitucionalmente garantizado de la dignidad humana, que es la base de todos los derechos fundamentales, si el hombre que recibe su dignidad por su condición humana, pudiese tras su muerte ser humillado o despreciado [...] la obligación establecida en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental para todos los poderes, de proteger al individuo frente a ataques a su dignidad, no termina con la muerte.[25]

El 15 de febrero de 2006, en la sentencia BVerfGE 115,118, el Tribunal Constitucional alemán abordó una regulación que vino a darse con motivo de las consecuencias de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, en relación

[25] Sentencia de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30,173). Caso Mephisto. Su traducción puede consultarse en Gómez, Germán, "La dignidad de la persona en la grundgesetz" en Ricardo Chueca, Dignidad humana y derecho fundamental, op. cit., p. 69.

con la Ley de Seguridad Aérea, en la que se reconocía la posibilidad de derribar aviones para proteger la vida de otras personas, cuando se partiera del hecho de que el avión era utilizado contra la vida humana, dado que se trataba del único medio para repeler ese peligro.

Dicha habilitación a las Fuerzas Armadas fue impugnada mediante diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual declararía inconstitucional y nula dicha regulación al considerar que era incompatible con el derecho a la vida y la garantía de la dignidad humana previstos en la Ley Fundamental, y que personas inocentes a bordo del avión podrían resultar afectadas con dicho ataque.

Al respecto el tribunal determinó que

> Todo ser humano posee en su condición de persona esta dignidad, sin atención a sus cualidades, su situación física o psíquica y su estatus social, incluso con independencia de la duración previsible de la vida y respetando la dignidad de la persona después de la muerte [...] El deber de respetar y proteger la dignidad humana, excluye más bien con carácter general, hacer de la persona un mero objeto del Estado [...] De esta forma está prohibido por antonomasia todo trato de la persona por parte del poder público que ponga fundamentalmente en duda su cualidad de sujeto, su estatus como sujeto de derecho, faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de ser persona.[26]

En la sentencia BVerfGE 109, 279, de 3 de marzo de 2004, en cuanto a las reformas constitucionales del artículo 13 de la Ley Fundamental con las que se permitía la instalación de medios acústicos en domicilio con el objeto de perseguir delitos

[26] Sentencia de 15 de febrero de 2006 (BVerfGE 115,118). Caso *Luftsicherheitsgesetz*. Su traducción puede consultarse en Gómez, Germán, "La dignidad de la persona en la grundgesetz" en Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

graves y combatir la delincuencia organizada; el tribunal constitucional consideró que dicha reforma era incompatible con la dignidad, al decir lo siguiente:

> Forma parte de la intangibilidad de la dignidad humana [...] un núcleo de configuración privada de la vida absolutamente protegido. En ese ámbito no puede producirse la vigilancia acústica de viviendas con fines de persecución penal [...] no hay lugar para una ponderación (empleando el principio de proporcionalidad) entre la inviolabilidad del domicilio en relación con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental y el interés en la persecución penal. [27]

Aun cuando algunos autores han señalado de manera crítica que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha usado demasiado el concepto de dignidad sin que este hiciera falta para resolver racionalmente los correspondientes casos; lo importante al respecto es distinguir que el Tribunal se ha pronunciado de manera constante sobre la dignidad en aras de construir una doctrina jurisprudencial más o menos concordante para las generaciones futuras.[28]

La mayoría de los antecedentes jurisprudenciales de México y Alemania convergen en que la dignidad tiene por objeto proteger contenidos tan personales como: la integridad corporal, la garantía de los fundamentos de la vida del hombre, el reconocimiento de la igualdad como pauta elemental en una democracia y la conservación de la identidad personal.

---

[27] Sentencia de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 109,279). Caso *Lauschangriff*. Su traducción puede consultarse en Gómez, Germán, "La dignidad de la persona en la grundgesetz", en Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, p. 71.

[28] Todas las referencias y traducción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania pueden consultarse en Germán Gómez, "La dignidad de la persona en la grundgesetz", en Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, pp. 64-79.

De este panorama interpretativo, como lo indica Vázquez, la dignidad se determina frecuentemente desde una perspectiva negativa sobre la no desvalorización de la persona, en función de que los principios más comunes sobre su protección están dirigidos normalmente a prohibir que se trasgreda alguna condición empírica de suma sensibilidad para el ser humano, tratándole de evitar cualquier tipo de sufrimiento, humillación o afectación desproporcionada en bienes tan importantes que le permiten identificarse en relación con los demás como una persona con libertad de decisión en cualquiera de los contextos en que se desarrolla (evitar dolor y sufrimiento).

Entonces, con ello queda claro que la dignidad, como lo dice Veronesi, constituye un típico concepto interpretativo, de naturaleza intrínsecamente polisémica, intuitiva, en cierto modo contingente y frecuentemente cambiante, pero sin perder de vista que dignidad es una premisa antropológica del Estado social y democrático de Derecho.

Desde ese enfoque, también se sostiene que el concepto de dignidad debe situarse extramuros de los recintos constitucionales, que en general es bastante amplio y razonablemente impreciso para efecto de ofrecer una dignidad más extensa, dado que no deja de ser finalmente un efecto obvio de la necesaria construcción de acuerdos parcialmente teorizados.[29]

Lo que importa al final es que existen diversas puertas abiertas para analizar ideas acerca de cómo se define y constituye en la realidad la dignidad del ser humano, incluso ante la aspiración de que ello suceda desde un enfoque universal.

[29] Paolo Veronesi, "La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana", en Ricardo Chueca, *Dignidad humana y derecho fundamental*, *op. cit.*, p. 124.

La dignidad depende muchas veces de la interpretación, de la atribución de su significado en razón de los derechos fundamentales, dado que depende de ellos y no está fuera de su contenido ni en contra de este, por lo cual, los operadores deben entender de forma adaptativa cuáles son los parámetros a partir de los cuales se entiende y funciona en la vida de las personas.

Para ello es indispensable que en el horizonte cercano, los operadores jurídicos profundicen en el concepto de persona humana de manera secular, a partir de las nociones más básicas como el importantísimo vínculo que representa para la persona la protección misma de su espacio físico e íntimo vital.

Como de hecho han comenzado a darse pasos al respecto, pensando que dicho principio es de orden preferencial e impone los más variados, pero necesarios, límites al ejercicio de los derechos y de las acciones estatales; conjunto de elementos que de antemano suponen una necesaria vinculación de la moral con el Derecho, dado que la determinación de este valor de forma casuística depende necesariamente de los fundamentos axiológicos en los cuales se apoyan los Jueces para definirlo en la interpretación constitucional.

8. CONCLUSIONES

El entorno filosófico de la segunda mitad del siglo XX en adelante ha colocado al concepto de dignidad humana como el centro gravitacional de la discusión teórica del Derecho moderno.

La filosofía contemporánea busca alejarse de una noción esencialista del concepto de dignidad, en virtud de que es una referencia que carece de parámetros

éticos distinguibles en cada caso y cuya asociación religiosa impide tener una visión universal del principio.

En cierta medida, la interpretación constitucional mexicana no ha tomado la dignidad humana como punto de partida sino de llegada, al justificar su delimitación bajo una premisa metafísica, y al considerar que se trata de una propiedad inherente a las personas; con lo que se han pasado por alto las ambigüedades y complejidades éticas que implica la delimitación de dicho concepto.

Sin embargo, en la actualidad, la interpretación constitucional en México y en Alemania muestra que es posible, a pesar de la complejidad poliédrica que envuelve al concepto, sentar las bases para identificar racionalmente ciertos criterios éticos mínimos y preliminares que sean compatibles con la noción más amplia que pueda tenerse sobre el concepto de dignidad humana, para utilizarlos caso por caso.

Por lo cual, es deber de los intérpretes constitucionales tener consciencia de este tipo de discusiones de carácter teórico y filosófico, para evitar caer en la trampa esencialista al definir la dignidad humana, pues de lo contrario, se podría retroceder en el camino que ya ha avanzado el Tribunal Constitucional en México, para desvincularse paulatinamente del concepto meramente autorreferencial que se había establecido.

9. FUENTES

Bibliografía

BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015.

CICERÓN, Marco Tulio, *De legibus*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.

_____, *De las leyes*, trad. de RUFINO, N. A., Tor, Buenos Aires, 1989.

COMANDUCCI, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, ARA, Perú, 2010.

CHUECA, Ricardo, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

DAMASIO, Antonio, *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Crítica, Barcelona, 2005.

DE AQUINO, Tomás, *Tratado de la ley, tratado de la justicia y gobierno de los príncipes*, Porrúa, México, 2007.

DWORKIN, Ronald, *La democracia posible. Principios para un debate político*, Paidós, Barcelona, 2008.

GARCÍA Manríquez, Ricardo, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004.

LAPORTA, Francisco, "El principio de igualdad", *Sistema*, núm. 67, 1985, pp. 3-32.

_____, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.

MALEM, Jorge, "Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica", *Doxa Isonomía*, núm. 4, 1987, pp. 399-411.

NINO, Carlos, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona, 1992.

OEHLING, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filósofica, concepto, recepción institucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

PINKER, Steven, "The Stupidity of Dignity. Conservative Bioethics Latest, Most Dangerous Ploy", *The New Republic*, vol. 9, núm. 238, mayo 2008, pp. 28-31.

POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005.

RUTH, Macklin, "Dignity is a Useless Concept: It Means no More that Respect for Persons or Their Autonomy", *British medical journal*, núm. 327, diciembre 2003, pp. 1419-423.

SELEME, Hugo, *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, Fontamara, México, 2012.

_____, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, IIJ-UNAM, México, 2015.

_____, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2010.

Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tribunal Constitucional Federal de Alemania

¿EXISTE EN MÉXICO EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD?

César Alejandro Rincón Mayorga*

Resumen

En este ensayo se propone una concepción distinta del bloque de constitucionalidad, arribando a la conclusión de que, en México, éste no existe; siendo necesario para su existencia el que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos defina qué normas extra-constitucionales serán parte integrante del mismo. El autor aporta un análisis de las diferencias entre el bloque de constitucionalidad y el parámetro de regularidad constitucional, aborda la experiencia de algunos países europeos y americanos, y aporta una definición acorde del concepto de interpretación conforme para soportar su hipótesis. De acuerdo a estos postulados, el autor sostiene que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 no creó un bloque de constitucionalidad, sino que fijó las bases para que, mediante el método de la interpretación conforme, se integre el parámetro para la solución de conflictos a derechos fundamentales caso por caso.

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Guadalajara. Maestrando en Derecho con Orientación en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado postulante en Rincón Mayorga Román, Abogados Litigantes. Contacto: cesar.rincon@rinconabogados.com; y Twitter: @cescrincon

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, Tratados Internacionales, Constitución, interpretación conforme.

1. INTRODUCCIÓN

El bloque de constitucionalidad no ha sido tajantemente definido ni por la teoría ni por la legislación ni por las autoridades nacionales; se habla recurrentemente de un parámetro de control de la constitucionalidad por lo que respecta a la protección de derechos fundamentales, mas no se aclara cuál es el bloque de constitucionalidad, y, muchas veces, se confunde uno con otro. Incluso, a veces los operadores jurídicos han entrado en debates con respecto a si una norma internacional forma parte o no de dicho bloque, dejando en estado de incertidumbre a los justiciables; la ambigüedad en el desarrollo conceptual sobre esta idea ha generado tal confusión.[1]

Mediante el presente trabajo no pretendemos poner punto final a la discusión sobre el concepto del bloque de constitucionalidad, menos aún decir la verdad absoluta sobre ello, sino que propondremos un punto de vista distinto mediante el cual podríamos enriquecer el debate correspondiente y así arribar a una postura más certera sobre esta figura y, con ello, poder dotar con mayor seguridad jurídica al derecho constitucional nacional; de igual modo, no se pretende entrar en el debate respecto de la jerarquización de los pronunciamientos dictados por tribunales regionales frente a aquellos emitidos por los tribunales nacionales, pues tampoco serviría para explicar los conceptos de parámetro y bloque de constitucionalidad que aquí se propondrán.

[1] Tal es el caso del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver por mayoría de votos el recurso de Queja 223/2015, en el que los señores Magistrados y la Magistrada ponente debatieron precisamente sobre si una determinada norma internacional formaba parte o no de dicho bloque.

Es evidente que el desarrollo argumentativo sobre lo que se denomina el bloque de constitucionalidad no se ha agotado, pero el entendimiento de sus objetivos debemos procurarlo para que su esencia protectora del orden y, como consecuencia, de los derechos fundamentales se cristalice.

Con ello en mente, veremos por qué no es factible considerar que, de acuerdo a nuestro sistema jurídico actual, existe un bloque de constitucionalidad integrado tanto por la Constitución como por normas internacionales en materia de derechos fundamentales. Contrario a tal postulado, esbozaremos argumentos tendientes a fundamentar la idea de que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 se establecieron las reglas interpretativas para la integración, mediante la interpretación conforme de un parámetro de regularidad para la solución caso por caso de problemas en materia de derechos humanos.

Argumentado lo anterior, concluiremos en que la existencia de un bloque de constitucionalidad depende de que éste sea definido claramente por el propio sistema jurídico o, mejor aún, por la Constitución. A su vez, se entenderá por qué las reglas de interpretación para la dotación de significado de los derechos fundamentales únicamente sirven como medio para crear el parámetro para la solución de casos en concreto.

2. CONCEPTO BREVE DE CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO MEXICANO

La Constitución es un pacto político en el que se expresa la razón de ser de un Estado, expresión de los grupos existentes que ejercen el poder en ese determinado momento y dentro de ese determinado territorio, conociéndoseles a éstos como los

factores reales de poder.[2] De esta forma, la Constitución es la expresión política de una sociedad en un determinado momento y, no solo eso, sino que estas posturas afirman la existencia de poderes fácticos que tienen como consecuencia la inclusión en la Constitución de determinados principios afines a su postura ideológica y, de igual manera, se recogen elementos culturales de la sociedad en la que regirá, convirtiéndose en un reflejo de la misma.[3]

Por lo anterior, concebimos a la Constitución como el pacto político por virtud del cual confluyen las diferentes posiciones políticas vigentes en un determinado territorio y temporalidad. La Constitución, entonces, se convierte en un centro de unión respecto de las diversas posiciones existentes en el Estado.

Estos acuerdos relativos a la organización del Poder se reconocen como las *decisiones políticas fundamentales* y expresarán el pacto relativo a la forma de Estado, el tipo de gobierno, así como la decisión referente al conjunto de los principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento.[4] Las decisiones fundamentales determinarán entonces el orden estatal y reconocerán la esencia de la comunidad que ha decidido la organización del ejercicio del poder, otorgándole tanto al propio Estado como a las personas (individuales o colectivas) las herramientas jurídicas e instancias competentes para hacer cumplir la esencia y orden constitucional.[5]

---

[2] Ferdinand Lasalle, ¿Qué es una Constitución?, trad. de W. Roces, Ediciones Coyoacán, México, Distrito Federal, 1994, p. 52.

[3] Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. De Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2001, p. 86.

[4] Riccardo Guastini, "Sobre el concepto de Constitución", trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Centro de Estudios Carbonell, A.C., México, Distrito Federal, 2015, p. 50.

[5] Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, IIJ-UNAM, México, 2016, p. 21.

En virtud de lo anterior, podríamos afirmar que los acuerdos adoptados en la Constitución relativos a su tipo de Estado y forma de gobierno son la razón de ser de la misma y, por ello, se reconocen como parte de la Constitución sustancial o material.[6] Una vez encontrada la correlación entre la identidad social y los acuerdos comentados, es necesario que estos últimos encuentren eficacia real en el desarrollo de la vida estatal, por lo que los operadores estatales se encontrarán constreñidos a velar porque las instituciones se apeguen a las decisiones políticas fundamentales.

Por estas razones, no es factible considerar que una Constitución podría expresar elementos políticos, jurídicos o culturales que no concuerden con la esencia del Estado. Permitir lo contrario —que una Constitución incluya elementos que no concuerden con su esencia— únicamente generaría que ésta pierda su eficacia dentro del Estado al que regula, incumpliendo su fin.

Considerando que una Constitución determina el tipo de Estado y forma de gobierno, entonces es evidente que la misma contendrá una serie de principios y reglas acordes a la estructura estatal. Por ejemplo, un Estado de tipo democrático evidentemente deberá adoptar principios y reglas que sean tendientes a garantizar los límites al poder, tal como podría ser el otorgamiento de derechos a las personas —entendidos estos como límites al poder frente al gobernado—, así como impedir que el poder estatal se concentre en una sola persona o institución.

Manteniendo esto en mente, el Congreso constituyente de 1917 previó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos diversos principios acordes al tipo de Estado democrático, y forma de gobierno presidencial y federal estableci-

[6] Riccardo Guastini, art. cit., p. 35.

dos en sus artículos 40 y 49. El principio más palpable es la limitación del poder, mismo que es garantizado, por ejemplo, con la división de poderes y el otorgamiento de derechos fundamentales a las personas. Un Estado democrático como el mexicano también prevé una serie de otros principios —como el de la participación en el espacio de toma de decisiones políticas—, pero no nos ocuparemos de ello por el momento, salvo del principio más palpable: los límites al poder.

Una las garantías a los límites del poder es el otorgamiento de derechos fundamentales a las personas, mismos que impiden que el actuar del Estado sea irrestricto, obligándolo a respetar ciertos "protocolos" y permitiendo que las personas sean libres y cuenten con certeza frente al Estado. Al respecto, últimamente en México se ha visto un auge en la forma de argumentar, dotar de esencia, y hacer cumplir esta garantía, abriéndose una nueva oportunidad para hacer estos derechos realmente efectivos en nuestro país: la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos fundamentales.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho internacional de los derechos fundamentales era visto en nuestro país, hasta antes de la reforma constitucional de derechos del 2011, como un proyecto de legitimación de la política exterior ante el foro internacional.[7] Al ver al derecho internacional de los derechos fundamentales como mero instrumento legitimador

[7] Juan Silva Meza, "El artículo 103 constitucional y el cumplimiento del Caso Radilla: el nuevo parámetro de validez constitucional y convencional", en Tafoya Hernández, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, p. 3.

de la política exterior, el mismo era rara vez enseñado en las facultades de derecho, así como aplicado ocasionalmente por los operadores jurídicos nacionales.

Ahora bien, podemos considerar que el derecho internacional de los derechos fundamentales empezó a tomarse en serio en México a partir de la ya muy comentada y conocida reforma constitucional de junio de 2011. De este modo, se intentó implementar de lleno los criterios internacionales en materia de derechos fundamentales,[8] abriéndose un debate en torno a estos temas tanto en el foro académico como en el jurisdiccional.

Con motivo de esta reforma se reconoció doctrinal y jurisdiccionalmente la eficacia plena de los derechos fundamentales en el actuar del Estado nacional, por lo que el actuar de todas las autoridades mexicanas habrían de ajustarse a tales derechos; ello aunado a que la normatividad nacional en materia de derechos tendría que verse complementada con los lineamientos internacionales referentes a los derechos fundamentales.[9]

Todo esto con la finalidad de brindar mayor protección a los derechos fundamentales, otorgándoles a los individuos mayores herramientas para lograr su plena eficacia. A pesar de esta muy noble finalidad, tenemos que se ha abierto un debate nacional por lo que respecta al rango jerárquico que guardan los Tratados internacionales en materia de derechos fundamentales frente a la Constitución mexicana, así como con respecto a la legislación nacional, llegándose a afirmar que existe en nuestro sistema jurídico un bloque de constitucionalidad.

[8] *Ibíd.,* p. 4.
[9] *Ibíd*., pp. 17-19.

A efecto de abordar la hipótesis que sostenemos, primero estudiaremos la esencia de lo que conocemos como bloque de constitucionalidad, y, posteriormente, veremos sus diferencias frente al concepto de parámetro de regularidad. En razón de estas diferencias, podremos verificar que la reforma constitucional antes referida no pretendió tratar una cuestión de jerarquización de normas o la creación de un bloque, sino que aborda la integración interpretativa de los derechos fundamentales para su aplicación a un caso en particular.

4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El concepto del "bloque constitucional" se basa en la resolución D-44, en la cual el Consejo Constitucional francés el 16 de julio de 1971 declara la inconstitucionalidad de una norma que limitaba el régimen de las asociaciones, por considerarla contraria a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.[10] La argumentación empleada por el Consejo Constitucional para arribar a tal conclusión consideró que el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 era parte integrante de la misma, por lo que, al hacer ésta una remisión expresa tanto a dicha Declaración como al preámbulo de la Constitución de 1946, ambos documentos históricos formarían parte de la propia Constitución. Con motivo de ello, se analizó la validez de una ley, considerándose a la Declaración de 1789 como norma constitucional y parámetro de regularidad constitucional.

Ahora, es de destacarse que la resolución del Consejo Constitucional francés jamás emplea la terminología de "bloque constitucional", sino que este término es

[10] Véase Décision nº 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec*. 29, disponible en www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm

desarrollado por la doctrina al analizar la resolución citada. Así es, Louis Favoreu, en un trabajo de 1975 dedicado a analizar y explicar la resolución de 1971, utilizó el término de "bloque constitucional" para describir el ejercicio argumentativo efectuado por el Consejo Constitucional, concluyendo que éste consideró como Constitución aquellas normas referidas en el preámbulo de la Constitución de 1958.[11] Posteriormente, el Consejo Constitucional reconoció la posibilidad de emplear a la legislación republicana —aquella aprobada antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946— como norma de control, siempre que contuviera principios fundantes del Estado republicano francés.[12]

El "bloque de constitucionalidad" es una expresión tomada de la idea del derecho administrativo en el que se denominaba "bloque de legalidad" a todas aquellas normas generales que regularan el actuar de la autoridad administrativa. De este modo, se creó el concepto de "bloque de constitucionalidad" para definir al conjunto de normas de valor formalmente constitucional.[13] Estas, de acuerdo al propio Favoreu, se encuentran bien definidas con motivo de las decisiones emitidas por el Consejo Constitucional.[14]

En otras latitudes, como en España, se desarrolló el concepto de bloque de constitucionalidad a raíz de la resolución del Tribunal Constitucional número 10/82 para el efecto de buscar la solución al problema relativo a las competencias entre

[11] *Cfr.* Artemio Daniel Meza Hurtado, "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Perú, año 6-7, núm. 8 y 9, 2012-2013, p. 150.

[12] Louis Favoreu, "El bloque de la constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, enero-marzo, 1990, pp. 53-54.

[13] Artemio Daniel Meza Hurtado, *op. cit.,* p. 150.

[14] Louis Favoreu, *op. cit.,* pp. 50-57.

las comunidades autónomas españolas y el Estado central.[15] De este modo se determinó el parámetro de normas que servirían para regular este problema de competencias, pero no referiría a cuestiones de derechos humanos como sí lo hace el caso francés así como el latinoamericano, tal como se verá.[16]

En Latinoamérica tenemos que el desarrollo del bloque constitucional ha sido abanderado por los Tribunales Constitucionales nacionales, tal es el caso de Colombia, Ecuador, Perú y México, por citar algunos ejemplos.

En Colombia la idea del bloque de constitucionalidad se generó a raíz de la sentencia dictada por la Corte Constitucional CC-225 de 1995. Dicha resolución define al bloque como un conjunto de normas y principios que no están en la Constitución, pero que sirven como parámetros de control, toda vez que los mismos se integran a la Constitución por diversas vías, así como por mandato Constitucional.[17] [18]

Cabe destacar que, por lo que respecta a Colombia, el artículo 93 de su Constitución Política establece el reconocimiento de la validez de los derechos contenidos en Tratados internacionales y la interpretación conforme como principio; cuestiones que, de algún modo, acontecen de manera similar en México y el artículo 1o. constitucional. No obstante, ese precepto constitucional únicamente se limita a reconocer que los derechos fundamentales contenidos en Tratados internacionales tendrán prevalencia dentro del sistema jurídico colombiano, mas no señala cuestión

[15] Artemio Daniel Meza Hurtado, Artemio Daniel, *op. cit.*, p. 151.

[16] *Ibíd.*, pp. 151-154.

[17] *Ibíd.*, pp. 154 y 155.

[18] Véase SENTENCIA NO. C-225/95, Expediente L.A.T.-040, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Santafé de Bogotá, Colombia, 18 de mayo de 1995, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm

alguna relativa a su jerarquía ni expresamente incluye alguno de dichos convenios como parte de la Constitución. Ahora, sobre este último tema, es de llamar la atención que, mediante acto legislativo 02 de 2001, se autorizó al Estado colombiano aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, por lo que, a nuestro juicio, la aceptación expresa de la índole constitucional de reconocer plena eficacia a dicho Estatuto otorgaría jerarquía constitucional a ese Tratado internacional, algo similar a lo que sucede en los casos francés y argentino.[19]

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Ecuador determinó en la resolución número 001-2004-D1, del 9 de julio de 2004, la inconstitucionalidad de una norma relativa a la prohibición a juzgadores de comentar en público asuntos de los que hubieren conocido, ello por violar el derecho a la libertad de expresión contenida en la Constitución ecuatoriana interpretada a la luz de derechos contenidos tanto en la legislación nacional como en tratados internacionales.[20] Esta resolución, además, determina que los Estados no están obligados sólo al cumplimiento de sus Constituciones, sino también a los Tratados internacionales que hubieren suscrito, por lo que éstos se insertan al sistema jurídico nacional con la máxima jerarquía normativa; de ese modo, consideró el Tribunal Constitucional que, al no encontrarse suficientemente desarrollada la libertad de expresión en la Constitución, sería necesario acudir tanto a la legislación nacional como a los Tratados internacionales para dotar de contenido al Derecho constitucional de mérito, creándose así el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.[21]

[19] Véase Constitución Política de Colombia, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf

[20] Artemio Daniel Meza Hurtado, Artemio Daniel, *op. cit.*, p. 156.

[21] Juan Carlos Riofrío Martínez, "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional", en Foro, *Revista de Derecho*, número 6, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2006, pp. 230-232.

A su vez, en el Perú, se tiene que es la legislación ordinaria la que ha desarrollado el concepto del bloque de constitucionalidad, específicamente el Código Procesal Constitucional, mismo que establece el parámetro de control de la constitucionalidad.[22] Este Código determina que el Tribunal Constitucional, para apreciar la validez constitucional de las normas generales, considerará además de la Constitución a las leyes que se hayan dictado para determinar la competencia o atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales; es decir, es la legislación ordinaria la que instituye en el Perú lo que se conoce como "bloque de constitucionalidad".

En México, a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos fundamentales de 10 de junio de 2011, el desarrollo jurisprudencial ha ido en el sentido de reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad en el que se incluyen a las normas internacionales en materia de derechos fundamentales. Al respecto, la corriente jurídica nacional considera que dicho bloque existe por virtud del artículo 1o. constitucional, al reconocer que los derechos fundamentales tanto de fuente interna como internacional tendrán vigencia,[23] y por lo tanto se les reconoce como el parámetro de validez constitucional,[24] empleándose este término como sinónimo del "bloque constitucional".

Como último caso, estimamos conveniente analizar el argentino, mismo que, de manera muy similar a lo acontecido en Francia y en el caso destacado de la

[22] Artemio Daniel Meza Hurtado, *op. cit.,* p. 157.

[23] Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, "Bloque de constitucionalidad: contradicción de tesis 293/2011", Tafoya Hernández, J. Guadalupe (coord.), *op. cit.,* p. 53.

[24] Véase Contradicción de Tesis 293/2011, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Tribunal Pleno. Votado por mayoría el 3 de septiembre de 2013. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659

Constitución de Colombia, incluye en el texto del artículo 75.22 de su Carta Magna diversas normas del derecho internacional y declara que las mismas son parte de dicha Constitución, aunado a que establece el mecanismo mediante el cual un tratado internacional podrá gozar de jerarquía constitucional.[25] De este modo, se hacen parte de la Constitución argentina todos aquellos tratados internacionales que expresamente determine el texto constitucional o cumplan con los requisitos que para tal efecto determina la misma norma suprema.

De las distintas experiencias internacionales podemos inferir que, no existe un criterio definido respecto a lo que debe considerarse como el "bloque de constitucionalidad"; sin embargo, hay ciertos elementos que son comunes en cada uno de los casos analizados, a saber:

1. La idea del reconocimiento de normas externas a la Constitución que complementan a ésta;
2. El otorgamiento de valor constitucional a las normas externas en referencia, y
3. El empleo de estas normas meta-constitucionales como parámetro de regularidad constitucional.

No obstante, sólo en algunos de los casos de este estudio —Francia y Argentina, y de manera excepcional, Colombia—, vemos que el texto constitucional hace mención expresa a qué normas extra-constitucionales se considerarán parte integrante de la Constitución. En relación a esto, es importante destacar el caso argentino

[25] Véase Constitución de la Nación Argentina, disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

que establece, incluso, que serán parte de la Constitución todos aquellos tratados internacionales en materia de derechos fundamentales cuando estos fueren aprobados por el Congreso por dos terceras partes de sus miembros.

Esto es, el concepto de los bloques francés y argentino encuentra su fundamento en preceptos expresos previstos en sus respectivas Constituciones, mientras que, en los demás casos analizados, derivan de interpretaciones jurisprudenciales, doctrinales o, como en el caso peruano, legales.

Al respecto, consideramos que no es factible hablar de la existencia de un bloque de constitucionalidad en aquellos casos en los que no se ha establecido de manera expresa en el texto constitucional, sino que, en todo caso, podremos hablar del reconocimiento de reglas para la creación de los parámetros que podrán ser empleados para la protección de derechos fundamentales caso por caso y, en el supuesto español, de operatividad competencial.

5. BLOQUE CONTRA PARÁMETRO

Para efecto de demostrar la afirmación hecha en el apartado anterior, es necesario determinar la diferencia entre un parámetro y un bloque de normas, en este caso, constitucionales.

A nuestra consideración, debemos determinar que un bloque es un conjunto de derechos, unificado y sólido, mientras que el parámetro es el arquetipo que incluye los criterios jurídicos que servirán para resolver un caso en específico.[26]

[26] Concepto de bloque y parámetro tomado de la Ponencia impartida el día 22 de mayo de 2017 en el auditorio Fix Zamudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas por César Astudillo Reyes en el marco del Diplomado "La aplicación judicial del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma en derechos humanos de junio de 2011".

Así es, el bloque es un conjunto de normas definido, lo cual facilita su identificación, y que, con motivo de esa solidez conjunta, es factible determinar que gozan de la misma jerarquía normativa. Esta definición se propone precisamente en la idea de un bloque físico —por ejemplo, un ladrillo— en el que podemos determinar con facilidad su tamaño, composición y fuerza estructural; para los casos de Argentina o Francia, por ejemplo, sí podemos definir claramente qué se incluye en el denominado bloque constitucional.

Mediante la determinación clara y expresa en el texto constitucional sobre qué será parte de la Constitución, no se ingresa en el debate de jerarquías normativas, el cual, desafortunadamente, no ha sido resuelto en nuestro país. Además, así se dota de mayor seguridad al sistema jurídico, por cuanto a que se sabrá con precisión qué normas gozan de fuerza normativa constitucional y cuáles no.

Un parámetro de regularidad de derechos fundamentales, en el caso mexicano, se compone por el contenido que se le dote a un determinado derecho fundamental precisamente mediante la interpretación conforme, que no es otra cosa que la integración interpretativa que se efectúa sobre un derecho.[27] Digamos que el parámetro es la construcción argumentativa mediante la cual se elaboran los conceptos que servirán para la solución de un conflicto en específico.

De este modo, entonces, se demuestra que, en casos como el mexicano o ecuatoriano no existe un bloque de constitucionalidad, sino que el Tribunal Constitucional, en todo caso, hace una construcción argumentativa del parámetro que

[27] Concepto de interpretación conforme tomado de la Ponencia impartida los días 5 y 12 de junio de 2017 en el auditorio Fix Zamudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas por José Luis Caballero Ochoa en el marco del Diplomado "La aplicación judicial del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma en derechos humanos de junio de 2011".

empleará para resolver un conflicto en específico de derechos fundamentales. Esto es así en el caso ecuatoriano ya que, como se vio líneas arriba, el Tribunal dotó de valor argumentativo a un determinado derecho fundamental —consistente en la libertad de expresión— mediante la interpretación conforme de tal derecho junto con diversas fuentes normativas nacionales e internacionales; ello no quiere decir que a dichas fuentes se les reconozca jerarquía constitucional, sino que lo que se constitucionaliza es la construcción argumentativa que se basa, precisamente, en un valor reconocido en la Constitución que es complementado.

La creación de un parámetro de regularidad para un determinado caso en específico no se relaciona con la jerarquía normativa dentro de un sistema jurídico; el parámetro únicamente es el resultado del ejercicio interpretativo y argumentativo para la dotación de significado a un determinado derecho para ser empleado en la solución de una controversia en específico. El único modo para determinar que una norma meta-constitucional adquiere en realidad el rango de norma suprema es cuándo está insertada expresamente dentro del texto constitucional. Recordemos que la Constitución, al ser la máxima expresión política-jurídica del soberano, es la única que puede determinar la jerarquía de las normas que integran el sistema jurídico, siendo evidente que la mera suscripción y ratificación de un tratado internacional —situación que no evidencia la voluntad del soberano— no es el proceso idóneo para integrar a ésta a la Constitución y con ello integrar el llamado bloque de constitucionalidad.

6. LA INEXISTENCIA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD MEXICANO

La Constitución Política mexicana no menciona en parte alguna qué normas generales extra-constitucionales formarán parte integrante de la misma, sino que, como

en el caso colombiano, únicamente establece en sus artículos 1o., 103 y 105 la manera en cómo deberá construirse el parámetro de protección de derechos fundamentales caso por caso; puesto de otra forma, la Constitución prevé el principio de interpretación conforme de los derechos fundamentales. Esto por ningún motivo quiere decir que se les reconozca grado constitucional a las normas de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, sino que, se insiste, tales preceptos únicamente determinan la manera en que deberá construirse el parámetro argumentativo que servirá para la protección de derechos fundamentales caso por caso.

Aunado a lo anterior, debemos traer a colación el que los propios tratados internacionales, incluso las normas internacionales sobre derechos fundamentales, están sujetos al control de la constitucionalidad; esto de acuerdo al artículo 105, fracción II, de la Constitución mexicana. En razón de tal, no es factible considerar que un tratado internacional en materia de derechos fundamentales, una vez ratificado, pueda ser considerado como parte del denominado bloque de constitucionalidad, ya que el mismo aún podría ser sujeto de control de regularidad constitucional.

Tomando lo anterior en consideración, no es posible hablar de un verdadero bloque de constitucionalidad en el caso mexicano, sino que, en todo caso, la Constitución establece con la "interpretación conforme" las reglas que deberán seguirse para la integración de contenido de los derechos fundamentales que servirán como parámetro para la solución de un caso en concreto. Por razón de esto, sólo podrá considerarse la existencia de un bloque de constitucionalidad cuando, como en el caso argentino o francés, se integre en el propio texto constitucional qué normas extra-constitucionales podrán gozar de jerarquía constitucional, así como el proceso que deberán seguir las mismas para ser consideradas constitucionales.

En esencia, tratándose de las normas internacionales de derechos fundamentales, el problema sobre jerarquía normativa en realidad es una causa de la forma de su inclusión al sistema normativo nacional, pues la discusión sobre la jerarquía de un tratado internacional dentro del sistema jurídico mexicano es porque ni siquiera existe un procedimiento para incluirlo una vez que el mismo es firmado y ratificado. De acuerdo a la actual redacción de la Constitución mexicana, no podemos afirmar que los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales se encuentran al mismo nivel jerárquico que la Constitución ni que forman un bloque entre sí, esto podremos afirmarlo únicamente cuando —como sucede en Francia o Argentina—, una vez suscrito y ratificado un tratado internacional, incluyamos al propio tratado en el texto de nuestra Constitución.

Entonces, la cláusula de interpretación conforme prevista en la Constitución mexicana no afecta de forma alguna el sentido jerárquico de las normas, sino que, como se ha dicho, únicamente determina las reglas mediante las cuales habrá de integrarse la interpretación de los derechos fundamentales para ser utilizados como parámetro para la resolución de un caso en concreto. Lo anterior, siempre y cuando el derecho se encuentre previsto por la Constitución y dentro del texto de la misma no exista limitante alguna para él.

7. FUENTES

Bibliografía

CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Centro de Estudios Carbonell, A.C., México, 2015.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. De Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.

LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, trad. de W. Roces, Ediciones Coyoacán, México, 1994.

TAFOYA HERNÁNDEZ, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017

Hemerografía

FAVOREU, Louis, "El bloque de la constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 5, enero-marzo, Madrid, 1990.

MEZA HURTADO, Artemio Daniel, "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Perú, año 6-7, número 8 y 9, 2012-2013.

RIOFRÍO MARTÍNEZ, Juan Carlos, "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional", Foro, *Revista de derecho*, núm. 6, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2006.

Legislación

Constitución Política de Argentina, consultable en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

Constitución Política de Colombia, consultable en: http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf

Criterios jurisdiccionales

Contradicción de Tesis 293/2011, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tribunal Pleno. Votado por mayoría el 3 de septiembre de 2013. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659

Décision nº 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec*. 29, disponible en www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm

SENTENCIA NO. C-225/95, Expediente L.A.T.-040, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, Santafé de Bogotá, Colombia, 18 de mayo de 1995, disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm

Otras fuentes

Ponencia impartida el día 22 de mayo de 2017 en el auditorio Fix Zamudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas por César Astudillo Reyes en el marco del Diplomado "La aplicación judicial del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma en derechos humanos de junio de 2011".

Ponencia impartida los días 5 y 12 de junio de 2017 en el auditorio Fix Zamudio del Instituto de Investigaciones Jurídicas por José Luis Caballero Ochoa en el marco del Diplomado "La aplicación judicial del bloque de constitucionalidad a partir de la reforma en derechos humanos de junio de 2011".

Las virtudes judiciales de la imparcialidad y la independencia como virtudes intelectuales

Pedro Haddad*

Resumen

El objetivo de este trabajo es ofrecer una concepción de la imparcialidad y la independencia judicial como virtudes intelectuales. Es claro que estas nociones son multifacéticas, por lo que primero se dedican unas líneas a la exposición de la multiplicidad de dimensiones desde las cuales la imparcialidad y la independencia son concebidas. Después, se realiza una breve exploración del concepto de virtud intelectual, para luego proponer una re-comprensión de estas nociones como virtudes intelectuales. Siguiendo ese orden expositivo, se dedica posteriormente un espacio del trabajo a discutir la concepción que el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación ofrece de la imparcialidad y la objetividad judicial y, finalmente, se hace el ejercicio de mostrar cómo la práctica de juzgar con perspectiva de género es un caso especial de ejercicio de las virtudes intelectuales de la imparcialidad y la independencia.

* Profesor Investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y Director del Instituto Prometeo para las Ciencias y las Artes. Contacto: pedro.haddad@ujat.mx

Palabras clave: Estado constitucional de Derecho, virtudes judiciales, virtudes intelectuales, imparcialidad judicial, independencia judicial, perspectiva de género.

1. INTRODUCCIÓN

Difícilmente alguien discutirá que la idea de Juez/a independiente e imparcial es un pilar fundamental del modelo de Estado constitucional de Derecho. No es sorprendente que haya quien, por ejemplo, afirme que la idea de Juez/a imparcial es uno de los elementos más representativos —si no el que más— del modelo occidental de Estado constitucional.[1]

El objetivo de este trabajo es explorar una dimensión de estas nociones. Sin embargo, es importante comenzar señalando una importante precaución metodológica: las de "imparcialidad" e "independencia" son nociones *multifacéticas* o *multidimensionales.*[2] A veces se habla de ellas (o de una de ellas) como deberes de los Jueces,[3] como reglas o *metareglas*[4] o como principios jurídicos.[5] También se puede hablar de ellas como valores culturales[6] y como derechos.[7]

---

[1] Fareed Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 6, 1997, p. 27.

[2] Diego Papayannis, "Independence, Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication", *Revus*, núm. 28, 2016, p. 33.

[3] Josep Aguiló, por ejemplo, habla de los deberes de imparcialidad e independencia como formas peculiares de exigir a los Jueces que obedezcan el derecho, en "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, núm. 6, abril 1997, p. 74.

[4] Andreas Schedler habla de la imparcialidad como *meta-regla excluyente*, esto es, la regla de seguir las reglas, en "Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial", *Isonomía*, núm. 22, 2005, p. 71.

[5] Por ejemplo, el propio Aguiló en trabajos posteriores al ya citado habla de la imparcialidad y la independencia como principios jurídicos que se configuran como deberes para los Jueces y, correspondientemente, en beneficios en favor de los ciudadanos quienes a final de cuentas son los destinatarios de dichos principios. Cfr. Josep Aguiló, "Imparcialidad y aplicación de la ley", en Carlos Gómez Martínez (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, p. 142.

[6] En este tenor, véase José Fernando Lousada Arochena y Ricardo Pedro Ron Latas, *La independencia judicial*, Dykynson, Madrid, 2015, pp. 74-76.

[7] Así, por ejemplo, se habla del "derecho al Juez imparcial". *Cfr.* Rafael Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra 2002; e "Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en

En la misma línea, cabe además notar que las nociones de independencia e imparcialidad no son relevantes únicamente para la función judicial, sino que se puede hablar del rol que estas juegan en las labores de otros operadores jurídicos como notarios públicos, o agentes como árbitros[8] y peritos.[9]

Por otra parte, debe notarse que estas nociones (en particular la independencia) pueden ser abordados desde dos puntos de vista o perspectivas: *a)* desde la perspectiva individual del Juez/a; o *b)* desde la perspectiva institucional. En esta segunda perspectiva, la independencia, por ejemplo, se entiende como un elemento estructural de la magistratura, esto es, de la institución judicial misma. Se trata, por tanto, de una dimensión *política* de la independencia vinculada a la idea misma de división de poderes, pilar fundamental del Estado constitucional de Derecho.[10]

Es menos evidente cómo se puede hablar de la imparcialidad desde la segunda perspectiva. En general, la imparcialidad es clásicamente abordada desde la perspectiva individual, pues se le comprende como un *rasgo esencial del buen Juez/a*[11] o,

la Constitución de 1978", en Carlos Gómez Martínez (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 21 y ss.

[8] Véase, por ejemplo, D. Papayannis, *op. cit*., y Lina Marcela Escobar-Martínez "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 15, 2009, pp. 181-214.

[9] En Carmen Vázquez, "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales" (*Doxa*, núm. 38, 2015, p. 111), se explora el tema de la imparcialidad/parcialidad de los peritos *de parte*. En este terreno, la autora identifica tres usos distintos de la noción de parcialidad en la literatura pertinente, a saber: a) parcialidad como relación directa con una de las partes; b) como disposición motivacional para favorecer a alguien; y c) parcialidad "cognitiva", es decir, parcialidad como conjunto de preconcepciones que moldean y condicionan el testimonio del perito/a, lo cual muestra cómo el carácter multifacético de dicha noción también se revela en esta discusión vinculada, aunque distinta, de la relativa imparcialidad en la función jurisdiccional.

[10] En este orden de ideas, véase J. F. Lousada Arochena y R. Ron Latas, *op. cit.,* pp. 54 y ss.

[11] Manuel Atienza, "La imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial", en Carlos Gómez M. (dir.), *La imparcialidad judicial*, *op. cit.,* p. 184.

más aún, como una característica consustancial a la idea misma de Juez/a.[12] En el caso de la independencia, en cambio, es más evidente la existencia de esa dimensión o faceta política, vinculada a la idea de división de poderes y expresada bajo conceptos como el de autogobierno e independencia económica del Poder Judicial. Sin embargo, debe notarse que la independencia judicial no se agota en esa dimensión pues, como hacen notar Lousada Arochena y Ron Latas,[13] también se habla de ella desde la perspectiva individual cuando se habla de la *insularidad* de los Jueces no solo frente a las influencias provenientes del poder político, sino además de las influencias provenientes del sistema social o, incluso, las provenientes de otros Jueces.

Para los efectos de este trabajo, debe quedar en claro que dichas nociones se abordarán desde la primera perspectiva y no la segunda, es decir, se hablará de independencia e imparcialidad como características de los Jueces y las Juezas considerados en su individualidad. Es importante hacer patente esta precaución metodológica, pues de lo contrario se corre el peligro de caer en confusiones.[14] Así, por ejemplo, hablando de la relación que existe entre imparcialidad e independencia, Ibáñez considera que la imparcialidad presupone y, por tanto, depende o es parte de la independencia "...pues, implícitamente, se entiende que, existiendo ésta, aquella se daría como por añadidura".[15] Para Ibáñez "la independencia (...) mira preferentemente a la dimensión política de la justicia-instancia-de-poder en su

[12] Perfecto Andrés Ibáñez, "Imparcialidad judicial e independencia judicial", en GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 43 y ss.

[13] Véase J. F. Lousada Arochena y R. Ron Latas, *op. cit.,* pp. 38-54.

[14] Es importante recalcar esta precaución metodológica si, además de hacer una incursión intelectual competente, se espera hacer también una aportación, seguramente no del todo novedosa, pero sí al menos un tanto refrescante en medio del vastísimo universo de literatura sobre estas dos nociones que naturalmente refleja la preeminencia que tienen en las culturas jurídicas contemporáneas.

[15] P. A. Ibáñez, "Imparcialidad judicial...", art. cit., p. 49.

consideración más general; mientras que la imparcialidad aparece como atributo de la jurisdicción en la vertiente del caso".[16] Sin embargo, da la sensación de que en esta concepción se están confundiendo diversas facetas de las nociones aquí en juego, es decir, se está hablando de ellas en dos niveles distintos.

Por ello me interesa explicitar desde un inicio que aquí abordaré las nociones de imparcialidad e independencia desde la perspectiva de los Jueces y Juezas considerados en su individualidad y no desde la perspectiva política o institucional. Además, la faceta o dimensión de la que hablaré aquí es la de la imparcialidad e independencia como un tipo especial de "estados internos". Más en específico, mi interés es exponer una concepción de dichas nociones como *virtudes* y, en particular, como *virtudes intelectuales*.

Lo que quiero decir cuando me refiero a la imparcialidad e independencia como estados internos es que estas no son hechos externos a nuestra mente, sino internos.[17] Los estados internos son "hechos" que tienen lugar en la mente de las personas. Ejemplo de ello son el conocimiento, la comprensión, las creencias, las intenciones, los deseos y, por supuesto, las virtudes. Se trata de cosas que no ocurren en el mundo exterior, sino internamente en los individuos. Esto quiere decir que la única manera de verificar o corroborar si una persona posee o no un determinado estado es *rastreando* en su conducta indicios de su posesión. Pero en última instancia, lo que realmente ocurre en la mente de una persona nos es inaccesible y, por consiguiente, toda atribución que hagamos de virtudes, conocimiento, creencias o,

[16] *Ibidem.*

[17] Me refiero aquí a la distinción entre "cosas internas a nuestra mente" y "cosas externas a nuestra mente", célebremente discutida y clarificada en George E. Moore, *Defensa del sentido común y otros ensayos*, Carlos Solis (trad.), Ediciones Orbis, Barcelona (1959) 1983.

en general, cualquier estado interno, deberá entenderse como un juicio meramente estimativo y, por consiguiente, falible.

Muestra de esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la falsa modestia y la genuina modestia. Una persona puede aparentar ser modesta al realizar acciones estimadas como típicos reflejos de modestia (p. e. decir cosas como "bueno, no es para tanto…", cuando recibe públicamente un elogio o lisonja). Este tipo de actos de comunicación suele ser la principal fuente de información con la que se cuenta para determinar si una persona es o no verdaderamente modesta. Sin embargo, al final del día, se trata solo de indicios que pueden ser más o menos confiables y en realidad, nunca contamos con una manera de saber con plena certeza si ese estado interno (la virtud de la modestia, en este caso) rige en el ánimo de la persona en cuestión. Siempre habrá, entonces, espacio para la duda en todo juicio de atribución de estados internos.

En este tenor, hablando en particular del caso de la imparcialidad (y con especial interés para la definición de criterios en materia de recusación y abstención),[18] comenta con acierto Montero Aroca

> A pesar de que la imparcialidad tiene que ser subjetiva, y no puede dejar de serlo, lo que la ley hace es intentar objetivarla, y para ello suele establecer una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad (…) La regulación de la imparcialidad en las legislaciones no puede atender a descubrir en el

[18] No es ningún secreto que la imparcialidad está estrechamente vinculada con las clásicas figuras del derecho procesal de la abstención y la recusación. (Véase María Amalia Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*. Temas selectos de Derecho Electoral 6, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 27; J. Aguiló, "Independencia e imparcialidad de los Jueces…", art. cit., p. 77).

> ánimo de cada juzgador y en cada caso de los que conoce, lo que sería manifiestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en una de ellas cuando conoce de un proceso concreto, el juez debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser apartado del mismo.[19]

Esas situaciones "concretas y constatables objetivamente" de las que habla Montero Aroca son precisamente conductas de los Jueces. Puesto que lo que efectivamente ocurre en sus mentes nos es inaccesible, los únicos criterios públicos a los que podemos acudir, la única fuente de información en la que podemos rastrear los indicios de la posesión de un estado interno, como lo es la imparcialidad, es la constatación de lo que los Jueces hacen, esto es, las conductas en las que incurren. Entonces, a efectos de determinar si un Juez o Jueza puede mantener la debida imparcialidad en un caso concreto, lo que el Derecho hace es establecer un catálogo de hechos, situaciones o conductas presumiblemente incompatible con la imparcialidad, y cuya constatación debe dar lugar a la activación de los mecanismos jurídicos de la abstención y la recusación (p.e. ser el padre o la madre de la persona imputada; ser propietario/a del bien cuya legítima pertenencia es objeto de un pleito; por mencionar algunas).

Ahora bien, el hecho de que el juicio de atribución que hagamos respecto de una persona no goce de certidumbre plena implica que, desde el punto de vista epistemológico (esto es, en lo relativo a cómo sabemos cuando alguien es o no imparcial), no existe diferencia entre la imparcialidad sustantiva y la apariencia de imparcialidad. A final de cuentas, la apreciación de las apariencias, esto es, el rastreo

[19] Juan Montero Aroca, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 188-189.

de la presencia de la virtud en la conducta visible de la persona, es el único medio al que podemos acudir para fundar la creencia de que X o Y es alguien imparcial. Sin embargo, no debe perderse de vista que la inherente falibilidad de estos juicios no implica que no pueda haberlos mejor fundados y peor fundados, más razonables o menos razonables, justificados o injustificados. Es decir, la falibilidad que naturalmente acompaña a todo juicio de atribución de estados internos no debe tomarse como una razón concluyente para dejar de hacerlos o entregarse a un escepticismo radical sobre ellos.

Dicho, entonces, que la imparcialidad y la independencia serán aquí concebidas como estados internos, y dicho también que dentro de la amplia gama de estados internos existentes están las virtudes, a lo que procederé ahora es a desarrollar una sucinta explicación de la idea de virtud intelectual, para posteriormente explicar lo que la imparcialidad y la independencia judicial serían en tanto virtudes intelectuales.

2. ¿QUÉ ES UNA VIRTUD INTELECTUAL?

El objetivo de las subsiguientes líneas es el de sentar las bases para una concepción de la imparcialidad y la independencia judicial como virtudes intelectuales. La meta de la elucubración en la que incursionaré a continuación es, pues, la de mostrar que la independencia y la imparcialidad pueden también ser concebidas como virtudes de los/las Jueces/zas cuya intervención surte efectos epistémicos sobre las actividades de índole netamente cognoscitiva que realizan estos como, por ejemplo, el razonamiento probatorio.[20]

[20] Cuando afirmo que el razonamiento probatorio es una actividad netamente cognoscitiva estoy, de modo muy general, ubicando las ideas aquí a desarrollar dentro de lo que suele llamarse "tradición racionalista" de la

Podemos, entonces, comenzar diciendo que una virtud es una cualidad o excelencia poseída por una persona que, de modo general, propende a la generación de un bien. Ese bien producido por tales cualidades puede ser de naturaleza moral o epistémica (o intelectual). Esto quiere decir que las virtudes pueden ser morales o intelectuales. Mientras una virtud moral es una cualidad tendiente a la generación del bien moral (o bien *simpliciter*), una virtud intelectual es una cualidad tendiente a la producción de un bien epistémico (p. e. conocimiento o creencia verdadera).

Esta distinción entre virtudes morales e intelectuales no necesariamente tiene que entenderse como una distinción tajante entre dos tipos de cualidades, sino que puede verse más bien como la indicación de una doble vertiente existente en una misma cualidad. Así, por ejemplo, humildad moral y humildad intelectual no serían necesariamente cualidades distintas, sino dos dimensiones de una misma cualidad[21] o la expresión de la capacidad de una misma cualidad de producir dos tipos de bienes (morales y epistémicos).

La noción de virtud intelectual goza de gran actualidad en la epistemología contemporánea, pues existe un debate efervescente y una creciente literatura[22] en

prueba jurídica. Grosso modo, puede decirse que esta tradición concibe el razonamiento y, en general, toda la actividad probatoria bajo un enfoque cognoscitivista, por oposición a uno decisionista. Por obvias razones de economía expositiva, no gozo aquí del espacio necesario para exponer de modo detallado esta concepción de la prueba jurídica, pero el lector/a interesado/a en profundizar sobre esta línea puede acudir a exponentes contemporáneos de esta vertiente iusfilosófica como William Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Oxford, Blackwell, 1990; Michele Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Daniela Accatino Scagliotti (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2010; Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid (1992) 2002; Larry Laudan, "Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado", en Ferrer, Jordi y Carmen Vazquez, *Debatiendo con Taruffo*. Pedro Haddad (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2016.Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba,* Marcial Pons, Madrid, 2010; Jordi Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho* (2a ed.), Marcial Pons, Madrid, 2005; Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

[21] En este tenor, véase M. A. Amaya, *Virtudes judiciales y argumentación, op. cit.,* p. 24.

[22] No hace falta realizar una búsqueda exhaustiva para detectar la abundante literatura sobre la materia. El/la lector/a interesado/a, puede acudir a destacadas compilaciones de artículos como: John Greco y John

torno a una tradición conocida como "epistemología de virtudes" *(virtue epistemology)*. Lo característico de esta tradición o perspectiva epistemológica es que centra su análisis en las cualidades o facultades que *habilitan* a los agentes epistémicos para producir bienes epistémicos (como conocimiento o creencias justificadas). Esas cualidades son las llamadas "virtudes intelectuales" o "virtudes epistémicas".

En la epistemología surgió el sobradamente conocido análisis tripartito del conocimiento que, como sabemos, originalmente decía que

S sabe que *P* <-> (i) *P*;

(ii) *S* cree que *P*; y

(iii) *S* está justificado en creer que *P*.

Con independencia del amplio debate que existe alrededor de este análisis que indica una serie de condiciones pretendidamente necesarias y suficientes para que alguien conozca algo, con el tiempo los filósofos empezaron a preguntarse no tanto por las condiciones que una creencia debía cumplir para ostentar el rango de conocimiento, sino más bien qué características, rasgos o competencias —qué virtudes— debía poseer "S" (agente epistémico) para entablar contacto cognitivo

Turri, *Virtue Epistemology. Contemporary Readings*, The MIT Press, Cambridge, 2012; Abrol Fairweather y Linda Zagzebski, *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility,* Oxford University Press, Oxford, 2001; Matthias Steup, *Knowledge, Truth, and Duty. Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*, Oxford University Press, Nueva York, 2001; Guy Axtell, *Knowledge, Belief, and Character. Readings in Virtue Epistemology*, Rowman & Littlefield, Lahman, 2000. También puede ser de interés la compilación en castellano de Margarita Valdés y Miguel Ángel Fernández, *Normas, virtudes y valores epistémicos. Ensayos de epistemología contemporánea*, Instituto de Investigaciones Filosóficas—UNAM, México, 2011.

con la realidad exitosamente.[23] La epistemología de virtudes es precisamente esa tradición que centra su mirada en las virtudes de los agentes.

De conformidad con esta visión, el concepto de virtud intelectual puede referirse a dos tipos distintos de cualidades o excelencias: *a)* puede referirse a facultades cognitivas como la memoria, la percepción o la capacidad para razonar deductivamente; *b)* puede referirse a *rasgos del carácter* de las personas que le habilitan para lograr un mejor desempeño en el terreno de lo epistémico. Ejemplos de este segundo tipo de excelencias son la humildad, la tenacidad, la sobriedad y, por supuesto, la imparcialidad y la independencia o *autonomía intelectual*.

Las virtudes intelectuales entendidas como *rasgos del carácter* o *rasgos personales* son excelencias que, a diferencia de facultades cognitivas como la memoria, no se poseen por nacimiento, sino que se cultivan. Por ello, podría decirse que son *hábitos intelectuales* que las personas desarrollan. Así, por ejemplo, la sobriedad intelectual es el hábito de no hacer saltos inferenciales apresurados, el hábito de razonar a consciencia con base en las pruebas de las que disponemos para formarnos una creencia sobre un determinado asunto.

Lo contrario a las virtudes intelectuales, entendidas como rasgos, serían los *vicios intelectuales*. El vicio opuesto a la sobriedad sería, entonces, la credulidad o ingenuidad. Una persona excesivamente crédula es una persona que tiende a formarse opiniones o creencias con base en pruebas insuficientes o poco fiables.

[23] Dos trabajos que pueden considerarse fundacionales de esta tradición son Sosa The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge", *Midwest Studies in Philosophy,* vol. 5, núm. 1, 1980, pp. 3-26; y Lorraine Code "Toward a 'Responsibilist' Epistemology", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 45, núm. 1, 1984, pp. 29-50.

La visión epistemológica en la que se ha desarrollado esta visión de las virtudes es llamada "responsabilismo".[24] El responsabilismo parte de la intuición fundamental de que nuestro carácter repercute en nuestra habilidad intelectual. La calidad de nuestro desempeño en las tareas epistémicas que realizamos surte sus efectos sobre el resultado de esas tareas. Así pues, un Juez de los hechos, esto es, un agente encargado con la tarea de producir un resultado probatorio en el contexto de un proceso judicial, tenderá a producir peores resultados si es descuidado y poco comprometido, que si es meticuloso y comprometido. Una Jueza imparcial, tenderá a obtener mejores resultados que una Jueza parcial. Una Jueza imparcial tenderá, por ejemplo, a cometer menos errores en su apreciación de las pruebas (y, consecuentemente, tendrá mayores probabilidades de éxito en el resultado probatorio) que una Jueza parcial.

El responsabilismo parece entonces una visión prometedora e iluminadora para nuestra comprensión de ciertos aspectos de la función jurisdiccional. Es una visión que nos arroja esta idea de la virtud intelectual como un rasgo personal que repercute sobre nuestro desempeño en las tareas de orden cognoscitivo. Esos rasgos se manifiestan bajo la forma de hábitos intelectuales o *hábitos de indagación* cuya práctica y observación tiende a favorecer la obtención de resultados epistémicos positivos.

[24] Algunas obras dedicadas a la visión responsabilista son James Montmarquet, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Rowman & Littlefield, Lahman, 1993; Linda Zagzebski, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge University, Cambridge Press, 1996; y Jason Baehr, *The Inquiring Mind. On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford University Press, Nueva York, 2011. La postura alternativa que adopta como caso central de virtud epistémica a las llamadas "facultades cognitivas", es conocida como "fiabilismo". Entre sus autores destacados se encuentran Ernest Sosa, *A Virtue Epistemology: Apt Belief and Reflective Knowledge,* vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2007; Alvin I. Goldman "The Unity of the Epistemic Virtues", en A. Fairweather, y L. Zagzebski, *Virtue Epistemology…, op. cit.*, pp. 51-72. y John Greco, *Achieving Knowledge,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Esa idea de virtud como hábito hace pleno eco de la afirmación de que este tipo de cualidades deben cultivarse y fomentarse. Lo que inicialmente consiste en un ejercicio y práctica consciente y esforzada de estas cualidades, posteriormente deberá convertirse en un ejercicio o práctica inconsciente, hasta el punto en que dicha cualidad llega a enraizarse en nuestra persona, transformándose en un rasgo de nuestro carácter.

Intuitivamente, esos hábitos de indagación nos acercan a la verdad, el bien epistémico por excelencia. Pensemos en el caso de una persona con la virtud de la apertura de mente. Esta persona propenderá a admitir puntos de vista distintos al suyo e información nueva proporcionada por terceros. En la medida en que su visión se amplía y su acervo de información incrementa, diremos que esa persona se acerca cada vez más a la verdad. En contraste, una persona necia y cerrada a las ideas de los demás es una persona que, probablemente, se priva a sí misma de información y puntos de vista que le ayudarían en la obtención de verdades. De igual forma, una persona intelectualmente sobria no creería *acríticamente* todo aquello que lee en los diarios o lo que ve en los noticieros y redes sociales. En cambio, una persona crédula es una persona proclive a asumir como verdaderas muchas cosas carentes de suficiente apoyo probatorio o proveniente de fuentes poco fidedignas.

Ahora bien, hay que destacar dos cosas más sobre las virtudes concebidas como rasgos/hábitos: por un lado, para operar exitosamente estas deben de trabajar en conjunto, es decir, una virtud sola no es virtud; por otro lado, lo que cuenta como virtud depende del contexto o rol desempeñado por el/la agente en una situación concreta.

En relación con lo primero, es importante recordar el viejo modelo aristotélico de la virtud como un justo medio entre un defecto y un exceso. Así, por ejemplo, la humildad desenfrenada puede caer en el servilismo, mientras que la falta de humildad nos lleva a la arrogancia. La falta de coraje da lugar a la cobardía, mientras que un exceso de tenacidad puede convertirse en temeridad. Poseer un carácter virtuoso completo o integral supone, entonces, un ejercicio equilibrado de todas las virtudes pues estas operan como una red de pesos y contrapesos. Así pues, una persona intelectualmente autónoma requerirá de humildad a fin de conservar la debida deferencia y respeto a otros y no convertirse en un individuo cerrado e hiperautónomo, al tiempo que la posesión de la virtud de la autonomía le permitirá afirmarse a sí mismo y no caer en el servilismo intelectual, es decir, la negación de uno mismo y del valor del propio punto de vista.

Así mismo, debe notarse que no todo lo que cuenta como una virtud en un contexto determinado cuenta como virtud en otro. Esto quiere decir que mientras se espera que, por ejemplo, un árbitro de fútbol se mantenga imparcial ante las disputas entre jugadores, no tendría sentido esperar lo mismo de los jugadores en disputa o de su entrenador. Mientras que tiene sentido esperar que un Juez se comporte de manera imparcial en un litigio, sería extraño exigirle que se comporte con la misma imparcialidad cuando actúa en representación de los intereses de sus hijos o hijas.

Esta sensibilidad de las virtudes a los contextos da lugar a nuevas distinciones entre tipos de virtudes, adicionales a la ya mencionada entre virtudes morales y epistémicas. En particular da lugar para hablar de la noción de virtud profesional. Esto es de particular relevancia pues debe notarse que las virtudes intelectuales de las que trata el presente trabajo (la imparcialidad y la independencia), además de tener

una dimensión epistémica y, por tanto, poder ser concebidas como virtudes intelectuales, también pueden ser concebidas como virtudes profesionales.

En tanto virtudes profesionales, la imparcialidad y la independencia serían rasgos que esperaríamos que los Jueces exhibieran en tanto se desempeñan como operadores jurídicos. Es decir, no es exigible ni de esperarse que un Juez o Jueza sea imparcial en todos los ámbitos de su vida. Puesto que hablamos de hábitos cuya observancia debe estar tan plenamente enraizada en el carácter de una persona que estos pasarían a convertirse en rasgos de la misma, parece que lo saludable y lo deseable sería que quien los posee tienda a exhibirlos de modo más o menos estable en todos los ámbitos de su vida, tanto privados como profesionales. Sin embargo, aunque parezca contra-intuitivo o poco plausible que una persona pueda en ciertas situaciones o contextos comportarse de una manera y en otros comportarse de modo exactamente opuesto, me parece que no hay ningún obstáculo conceptualmente hablando que haga esta situación imposible. Creo que, aunque lo sano y deseable (y quizá lo normal) sea que las personas habituadas a la imparcialidad y la independencia exhiban tales cualidades en su vida diaria, debemos dar un paso atrás y aceptar que, en línea de principio, la exhibición de tales cualidades solo le es exigible a los Jueces cuando actúan *qua* Jueces, admitiéndose que tienen derecho al libre manejo de su vida intelectual privada como cualquier persona, en tanto ese manejo no comprometa la integridad de su vida intelectual profesional.

Aunque parezca extraño suponer que alguien pueda vivir con la suerte de esquizofrenia que supone el poder comportarse de modos radicalmente distintos en los diferentes ámbitos de su vida (probablemente porque se asume que el carácter es algo relativamente estable que no varía radicalmente a pesar de cuanto varíen las circunstancias de las personas), creo que la realidad tiene la capacidad de

sorprendernos más de lo que imaginamos y no veo ninguna incompatibilidad conceptual entre, por ejemplo, ser un buen e imparcial Juez o Jueza y ser un terrible y parcial analista deportivo (situación que seguramente se da con mayor frecuencia de la que pensamos).

Expuesta, entonces, de modo general la idea de virtud intelectual como un hábito de indagación que debe cultivarse hasta, idealmente, enraizarse en nuestro carácter y pasar a ser un rasgo del mismo, y visto que se trata de cualidades que propenden a la producción de mejores resultados en el terreno de lo epistémico y que, además, ese éxito depende en buena medida del ejercicio balanceado de unas y otras virtudes, a lo que procederé a continuación es a exponer mi comprensión de las virtudes intelectuales de la imparcialidad y la independencia judicial.

3. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD COMO VIRTUDES INTELECTUALES

Se dijo líneas atrás que lo opuesto a una virtud es un vicio. Que lo opuesto a, por ejemplo, la virtud de la sobriedad intelectual es el vicio de la credulidad. Una característica importante de las virtudes que no se ha mencionado a su voluntariedad. Si bien se ha dicho que estas cualidades deben cultivarse hasta el punto de convertirse en hábitos que eventualmente se vuelven característicos de nuestra personalidad, la propia necesidad de ser cultivadas supone que existe algún punto en el desarrollo personal de todo agente en el que la práctica y adopción de las acciones y actitudes exige un ejercicio consciente y voluntario. El objetivo de cultivar una virtud es lograr que esta se afiance con el tiempo en nuestro carácter, volviéndose un hábito que uno tienda a practicar sin mayores esfuerzos. Pero ese proceso de autosuperación y cultivo supone una etapa de desarrollo en la que el ejercicio de la virtud es propiamente un ejercicio: un hacer consciente que exige esfuerzo y constancia.

Esta voluntariedad de las virtudes sugiere que hay algo de optativo en su ejercicio y fomento. El ejercicio de una virtud presupone, en consecuencia, una elección entre dos opciones: la virtud o el vicio. Es la victoria de la virtud sobre el vicio, o más bien, la elección de la virtud sobre el vicio, lo que hace que la constatación de tales cualidades en una persona se torne encomiable y admirable. Poseer una virtud significa haber aprendido a *resistirse* al vicio.

Esta idea de resistencia es la que está en el corazón de las virtudes judiciales de la imparcialidad y la independencia. Tal y como yo las concibo, estas virtudes consisten en *formas de resistencia* de determinadas influencias que pueden tener efectos perniciosos sobre nuestros juicios y creencias.

La independencia, a la que —como he dicho— podemos también llamar "autonomía intelectual", es un hábito de resistencia a la influencia que pueden ejercer sobre nuestro pensamiento factores *externos a nuestra agencia* como pueden ser la opinión pública y las presiones sociales, o también como puede ser la opinión de personas a las que reconocemos como autoridades intelectuales. Los Jueces y Juezas conviven día a día con influencias y factores externos a su agencia epistémica que, en determinadas circunstancias, pueden contaminar su buen juicio. Esas influencias pueden ser ejercidas, por ejemplo, por los medios de comunicación o las redes sociales, o pueden venir de otros Jueces o de las mismas partes sometidas a su imperio.

Ser intelectualmente autónomo implica la capacidad de afirmarse a sí mismo/a. Una persona intelectualmente autónoma es alguien que ha aprendido a tener una opinión y una voz propia. Es una persona que no renuncia *acríticamente* a su punto de vista y que practica una confianza exacerbada en la opinión de sus maestros y

colegas, al punto de la fácil renuncia o negación de sus propias creencias y perspectivas. La autonomía intelectual implica un reconocimiento de la importancia y el valor de la propia opinión y una confianza prudente en las propias capacidades intelectuales. Se manifiesta como una *actitud de resistencia* a toda pretensión ilegítima de dominio sobre sus creencias y posturas.

En este sentido, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (CEPJF, de aquí en adelante) interesantemente describe en su art. 1o. a la independencia como "la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social". Así mismo, el propio CEPJF señala en su numeral 1.1 que la Jueza o el Juez independiente es aquel o aquella que sabe rechazar "cualquier tipo de recomendación que tienda a influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se sometan a su potestad, incluso las que pudieran provenir de servidores del Poder Judicial de la Federación".

Como se ve, tanto la influencia ejercida por otros Jueces como las presiones prevenientes del sistema social son influencias *externas* a la agencia del juzgador o juzgadora. Poseer la virtud de la autonomía intelectual (o independencia) consistiría entonces —reitero— en la capacidad de *resistir a las influencias extrañas a nuestra agencia*. Ser intelectualmente autónomo implica la disposición a resistir la influencia incluso de aquellas personas por las que sentimos cierto temor reverencial, como nuestros maestros o expertos famosos y ampliamente reconocidos en diversas áreas de la ciencia y el saber. Por supuesto, resistirse no implica cerrarse al reconocimiento de la autoridad o cerrarse neciamente a toda influencia proveniente del exterior. Recordemos que las virtudes actúan como una red de contrapesos y que para evitar la híper-autonomía es necesaria la intervención de otras virtudes como la humildad. Pero saber ser deferente con la autoridad no es sinónimo de negar la propia

capacidad y habilidad para formarse una correcta creencia sobre un determinado asunto.

Entonces, podemos afirmar que una de las múltiples dimensiones o facetas de la independencia judicial es la de la autonomía intelectual de los Jueces y Juezas y que, como tal, se trata de una virtud intelectual en tanto que el tipo de bien que produce es de naturaleza epistémica al permitir al agente mantener un juicio libre de contaminaciones potenciales provenientes de factores externos a su agencia epistémica.

Por su parte, la imparcialidad también posee esta faceta. La imparcialidad, a diferencia de la independencia, consiste en una actitud de resistencia a las influencias provenientes de uno mismo (válgase la expresión). Es una actitud de resistencia a influencias *internas a nuestra agencia*, por oposición a las externas para cuya resistencia se debe ejercitar la independencia.

En el caso de la imparcialidad, lo que el/la agente resiste son sus propias preferencias, aficiones, predilecciones y, por supuesto, animadversiones. Así como una persona intelectualmente autónoma es una persona que no permite que su pensamiento sea indebidamente gobernado por factores externos, la persona imparcial es una persona que no permite que sus visiones personales, sus deseos y preferencias condicionen y contaminen su proceder intelectual.

Un Juez o Jueza imparcial sabe resistir toda inclinación, preferencia o animadversión, que pueda alterar la rectitud de su juicio. Ser imparcial como Juez o Jueza implica hacer a un lado las propias opiniones, desafectos y predilecciones no permitiendo que estas nublen nuestro pensamiento y afecten negativamente el

resultado de nuestras indagaciones. Nótese que ser imparcial, en los términos referidos, no implica la supresión de las propias opiniones, preferencias y animadversiones. Lo que implica únicamente es la *resistencia* a las mismas. Esto quiere decir que los Jueces naturalmente no tienen prohibido tener opiniones políticas o preferencias morales, ni tienen porqué suprimir o modificar sus gustos y sus afectos. Lo que la imparcialidad implica, en tanto virtud epistémica, es que los Jueces no cedan ante la tentación de dejar que su comportamiento intelectual sea desenfrenadamente gobernado por esas preferencias personales.

Así como la autonomía intelectual conlleva la afirmación de uno/a mismo/a, la imparcialidad supone una cierta "toma de distancia" respecto de uno/a mismo/a. De nuevo, esa toma de distancia no implica la necesaria negación, alteración o supresión de las propias preferencias, deseos, opiniones y afectos. Ser imparcial no implica "no tener un punto de vista propio". Implica más bien una actitud de sano escepticismo respecto del propio punto de vista.[25]

[25] Y quizás también por esto mismo se trata de un virtud que de cierta manera presupone o requiere de la humildad. Pensemos: si ser imparcial es resistir las propias predilecciones y animadversiones, ¿cómo puede una persona inconsciente de la posesión de tales inclinaciones aspirar a la imparcialidad?

En este orden de ideas, Ludovico Muratori en sus *Defectos de la jurisprudencia* señala a propósito de la imparcialidad judicial que "...el juez cuando se le presente alguna causa, debe desnudarse enteramente de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza...(y) antes de examinar las razones, se ha de sondear el corazón para ver si se oculta en él algún impulso secreto de desear y de hallar mejores y más fuertes las razones de la una parte que de la otra". En *Los defectos de la jurisprudencia*. Vicente María Tercilla (trad.),Imprenta de la Viuda de Joachin Ibarra, Madrid, 1794, p. 131.

En mi opinión, la virtud de la imparcialidad exige que seamos capaces de poseer cierto *autoconocimiento*, en especial el conocimiento de las verdades menos halagadoras de nuestra personalidad. La humildad puede comprenderse como una virtud compatible con el autoconocimiento que, entre otras cosas, tiene el efecto de dar lugar al autodescubrimiento y la autosuperación necesarias para el efectivo ejercicio de la imparcialidad.

Abundar sobre este tema requeriría, por supuesto, de un examen y discusión que no puedo realizar en este espacio. Me limito entonces a señalar, por lo pronto, la intuición de que en apariencia existe un interesante vínculo entre la imparcialidad y la humildad. Invito al lector/a que se dirija a Pedro Haddad, "La virtud de la humildad y sus aportes al ámbito probatorio", *Quaestio Juris*, vol. 8, núm. 4, 2015, para encontrar ahí, de momento, una discusión más detallada de la que puedo abordar aquí acerca de la virtud de la humildad.

Ahora bien, la imparcialidad también está contemplada en el CEPJF. Sin embargo, aquí nos encontramos con una descripción que amerita un examen más detallado, pues junto a la noción de imparcialidad aparece también la noción de objetividad y pareciera que es más bien esta segunda la que se corresponde mejor con la concepción que hasta ahora se ha ofrecido aquí de la imparcialidad. Dado, entonces, este aparente conflicto, dedicaré una sección especial para exponer mi opinión sobre la manera en que el CEPJF aborda el concepto de imparcialidad judicial.

4. OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (MÉXICO)

El CEPJF identifica una interesante serie de virtudes judiciales. El código contiene cinco capítulos, cuatro de los cuáles se dedican a las virtudes judiciales de la independencia, imparcialidad, objetividad y profesionalismo,[26] respectivamente.

Para los efectos de este trabajo, es interesante reflexionar sobre cómo se concibe en dicho catálogo de virtudes a la imparcialidad, pues se indica que se trata de algo distinto de la objetividad. Sin embargo, ¿en qué puede radicar esa diferencia? ¿Se trata de una distinción conceptualmente necesaria, o en realidad es una distinción artificial? Veamos:

[26] Cabe recalcarse que el código identifica a estas cuatro nociones como "principios rectores de la ética judicial". Sin embargo, en su descripción las trata como "actitudes" o "disposiciones", lo cuál es indicativo de que se les está pensando como virtudes, pues ¿cómo se puede manifestar la posesión de una virtud sino como una actitud o disposición a actuar en un modo tendiente a la producción del bien (ya sea epistémico o moral) en las circunstancias correspondientes? Posiblemente se optó por conservar el nombre de "principios rectores" porque, como señalé desde el principio, nociones como las de imparcialidad e independencia poseen múltiples y muy variadas facetas, lo que puede dar lugar a que se les vea como "más que virtudes". Sin embargo, mi impresión es que en su descripción y tratamiento, el CEPJF las presenta como virtudes aunque no las llame así.

1. Imparcialidad: "Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables".[27]
2. Objetividad: "Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir".[28]

Pues bien, en primer lugar es más que evidente que lo que se define en el CEPJF como "objetividad" es algo bastante cercano a lo que a lo largo de estas páginas he identificado como "virtud de la imparcialidad judicial". Se trata de una actitud de resistencia ante las "influencias provenientes de uno/a mismo/a" que pueden llevarnos al error en un juicio cualquiera. Por supuesto, mi interés no es emprender aquí una batalla meramente terminológica con el objetivo de defender que esa actitud de resistencia deba llamarse "imparcialidad" y no "objetividad".

Personalmente, prefiero reservar el término "imparcialidad" para referirme a ella, pero solo porque se trata del término más tradicional y porque, además, "objetividad" es una noción más cargada y susceptible de diversas interpretaciones, muchas de las cuáles pueden dar pie a fuertes debates. Sin embargo, si alguien prefiere llamarle "objetividad" a lo que aquí he llamado "imparcialidad", no escuchará de mi parte ninguna objeción de peso. En mi opinión, imparcialidad y objetividad son en realidad dos nombres para la misma virtud. Mientras se le comprenda como

[27] Art. 2 del CEPJF.
[28] Art. 3 del CEPJF.

una forma de resistencia a las propias preferencias, animadversiones, prejuicios y predilecciones y se comprenda la importancia que tal virtud tiene para el sano desempeño de la función judicial, el nombre elegido será la menor de las preocupaciones.

Establecido, entonces, que el nombre de la virtud es lo menos importante, estudiemos ahora la definición ofrecida por el código respecto de la virtud de la imparcialidad. Esta tiene dos partes:

A) "Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad"; y
B) "Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables."

Tengamos en mente la parte *B* de la definición, de momento. Notemos que, según el Código, ser objetivo consiste en juzgar conforme a las razones que el derecho suministra y *no por las que deriven del modo personal de ver o sentir*. A su vez, esto se supone que es diferente de juzgar *con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables*, esto es, previniendo toda preferencia o animadversión, prejuicio o predilección hacia alguna de las partes (imparcialidad). Sin embargo, ¿cuál es la diferencia? Juzgar conforme a la preferencia o afecto sentida respecto de alguna de las partes (parcialidad) es solo un caso especial de juzgar conforme al modo personal de ver o sentir (subjetividad). Entonces, la imparcialidad, tal y como es definida por el código, no es mas que una forma especial de objetividad dirigida al trato con las partes. Pero en tal caso, no es una virtud diferente y la distinción es artificiosa. La imparcialidad no

llega a ser mas que un *caso especial* de la objetividad, lo cual parece un refinamiento superfluo.

En razón de esto, creo que imparcialidad y objetividad en realidad son más bien la misma cosa, al menos a la luz de la compresión de ambos conceptos ofrecida por el CEPJF. Sin embargo, es conveniente destacar que existe una compresión coloquial del concepto de objetividad que goza de bastante difusión y que la ve como una suerte de *impersonalidad fuerte*. Le podríamos llamar a esta la comprensión "ingenua" de la objetividad, acorde con la cual ser objetivo/a es ser capaz de juzgar una situación concreta desde un punto de vista epistémicamente neutral o puro.

Esta noción *folk* de objetividad como impersonalidad fuerte o neutralidad epistémica pura tiene su base —sospecho— en lo que podríamos llamar "empirismo del sentido común". Tal empirismo es el que asume que los seres humanos tenemos *acceso directo* al mundo o la realidad externa a nuestra mente por medio de los insumos obtenidos a través de los sentidos.

No es mi intención discutir aquí con detalle los problemas que este empirismo del sentido común puede tener, pero puntualizando al menos algunas intuiciones generales, hay que notar que esta forma de empirismo asume que es posible conocer la realidad de modo preciso y riguroso a partir de los sentidos, a condición de que se elimine toda carga personal o todo punto de vista y se atiendan únicamente a los 'hechos duros'. Esta condición de *impersonalidad*, es lo que, a mi entender, suele llamarse coloquialmente 'objetividad'. Es la disposición a eliminar todo sesgo

personal y atender únicamente a los hechos 'objetivos' o 'duros' y, por lo mismo, incontrovertibles.[29]

Creo que esta idea ingenua sobre las capacidades cognoscitivas humanas y sobre la posibilidad de "ser objetivo/a" queda patentemente expuesta en lo que Alan Chalmers llama la *imagen popular de la ciencia*:

> El conocimiento científico es conocimiento probado. *Las teorías científicas se derivan, de algún modo riguroso, de los hechos de la experiencia* adquiridos mediante la observación y la experimentación. La ciencia se basa en lo que podemos ver, oír, tocar, etc. Las *opiniones y preferencias personales* y las imaginaciones especulativas *no tienen cabida en la ciencia*. *La ciencia es objetiva*. El conocimiento científico es conocimiento fiable porque es *conocimiento objetivamente probado.*[30]

Sin embargo, hay importantes razones filosóficas para dudar que la objetividad como neutralidad epistémica pura exista. Toda observación o, más bien, todo enunciado que expresa una proposición sobre hechos no se expresa en abstracto, sino que se expresa dentro de un marco epistémico concreto. Todo 'hecho' presupone un marco cultural[31] o una perspectiva en el seno del cuál este es concebible. Incluso los "hechos duros", las pruebas o la evidencia en la que se debe basar la "buena

[29] Este tipo de cargas que acompañan a la noción de 'objetividad' es al que me refería líneas atrás y por las que prefiero mantener el nombre de 'imparcialidad' para referirme a la virtud judicial que aquí nos ocupa.

[30] Las cursivas son mías. Alan Francis Chalmers, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y estatuto de la ciencia y sus métodos. Eulalia Pérez Sedeño y Pilar López Mañez (trads.), Siglo XXI Editores, México, 2008, p. 11.

[31] Con esta noción me refiero a un cúmulo difuso de valores y reglas éticas, estéticas, metodológicas o epistémicas y una ontología común para todos los miembros de una sociedad humana en un tiempo y lugar determinado. Estas reglas establecen, entre otras cosas, qué ocurrencias en el mundo son cognoscibles como hechos. Todo lo que está fuera del marco es incognoscible y, por lo mismo, inexpresable proposicionalmente, es inefable.

ciencia" conllevan una carga teórica,[32] esto es, presuponen un marco epistémico a partir del cuál estos son percibidos.

Todo hecho presupone un marco epistémico que autoriza a quien observa para poder concebirlo y experimentarlo como tal. Esto significa que no existen observaciones (ni juicios) objetivas, en el sentido de ser "realizadas fuera de todo marco o perspectiva". Por ello, la objetividad como disposición no puede consistir en una suerte de "eliminación" del propio punto de vista (pues teóricamente parece imposible algo así). A lo más a lo que se puede aspirar es a la *resistencia* de ciertos insumos que pueden condicionar hasta la manifestación lingüística (en el sentido de *utterance*) de una experiencia sensorial, ya no se diga cuando hablamos de tareas aún "más interpretativas" como las de apreciar las pruebas ofrecidas por las partes y emitir un fallo en materia de hechos en un juicio.

Recapitulando, entonces, lo que el CEPJF distingue como dos virtudes —la de la imparcialidad y la de la objetividad— en realidad es la misma virtud. Esta consiste, como he sostenido hasta ahora, en una forma de resistencia a las propias predilecciones, animadversiones, deseos, opiniones, etc.; de modo tal que el juicio realizado por un Juez/a no se vea "contaminado" por tales condicionantes. Sin embargo, esta concepción de la virtud no presupone un objetivismo ingenuo según el cuál es posible alcanzar una impersonalidad fuerte al momento de emitir un juicio,

[32] Sobre la tesis de la carga teórica de la observación científica véanse Norwood R. Hanson, *Patrones de Descubrimiento. Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia.* Enrique García Camarero, Alianza, Madrid (1958) 1977, en esp. Cap I, "Observación" (del que existe una versión en castellano disponible en León Olivé y Ana Rosa Pérez Ransanz, *Filosofía de la Ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI Editores, México, 1989, pp. 216-262). También puede revisarse el capítulo II del manual de filosofía de la ciencia de Alan Chalmers, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, op. cit.

esto es, escapar a todo punto de vista y desde una posición de neutralidad epistémica para llegar a una conclusión.

Adicionalmente, debe notarse que la comprensión de la imparcialidad aquí propuesta no es una concepción "tradicional" de la imparcialidad, pues el aspecto más típico por el que se le define —el de mantener distancia respecto de las partes— no es aquí un aspecto de la imparcialidad. En el corazón conceptual de la imparcialidad como la entiendo, la resistencia no es exactamente a las presiones de las partes, sino a la preferencia o antipatía, afecto o desafecto que un Juez/a puede sentir respecto de cualquiera de ellas.

Ser imparcial, he dicho, es resistir a fuerzas que vienen *de adentro*, tendencias o propensiones que tienen origen *en nuestra propia agencia*. En cambio, resistir a fuerzas que operan fuera de nuestra agencia y sobre ella es más bien la virtud judicial de la *independencia*. Como se ha dicho previamente, la independencia o autonomía intelectual consiste en la resistencia a influencias extrañas a la propia agencia y que pretenden incidir en la manera en la que juzgamos, decidimos o deliberamos.

Dicho esto, ahora me gustaría retomar la parte *A* de la definición de imparcialidad del CEPJF. De conformidad con ella, la imparcialidad consiste en resistir las influencias (extrañas al derecho) *provenientes de las partes*. Pero aquí me pregunto ¿qué son para el Juez o la Jueza las influencias provenientes de las partes sino influencias provenientes de fuera de sí mismo/a? ¿Qué acaso no son las influencias provenientes de las partes influencias *externas a la agencia* del juzgador/a? En tal caso, ¿qué queda de la imparcialidad en la concepción típica de resistencia a la influencia de las partes?

Por esta consecuencia es que asevero que esta concepción de la imparcialidad no es "tradicional". En mi opinión, la manera en que la imparcialidad opera sobre las partes es inclinando al Juez o Jueza a resistir sus sensaciones de preferencia o antipatía hacia ellas (cosa que, en efecto, sería resistir una influencia "proveniente de su propia agencia"). Pero resistir las influencias y presiones *provenientes de las partes*, resistir todo ánimo de influencia o dominio sobre el propio juicio proveniente de terceras personas —como las partes— es, en mi opinión, un asunto de autonomía intelectual o independencia, no de imparcialidad, pues estaríamos ante fuerzas externas, no internas, a la agencia del juzgador/a.

5. EL CASO DEL JUICIO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Explorada, entonces, la dimensión o faceta de la independencia y la imparcialidad judicial como virtudes intelectuales, lo que haré ahora es mostrar cómo esa concepción se vincula con la práctica de "juzgar con perspectiva de género". Para facilitar la implementación de dicha práctica en la cultura judicial del país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolló un *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (el Protocolo, de aquí en adelante).

Como se sabe, el fin perseguido por dicho Protocolo es el de hacer efectivo el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución (arts. 1o y 4o) y en tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1o y 7o). Lograrlo supone en muchos casos la utilización de una herramienta de análisis conocida como "perspectiva de género", misma que permite detectar las llamadas "categorías sospechosas", que son rubros prohibidos de discriminación de cuyo

surgimiento debe permanecer atento/a quien juzga.[33] Ejemplos de estas categorías sospechosas son el sexo, el género, las preferencias u orientaciones sexuales, la edad, las discapacidades, las condiciones de salud, la religión, el idioma, la raza, el color, el origen nacional o étnico, la posición económica, por mencionar algunas.[34]

El Protocolo pretende introducir la perspectiva de género como herramienta auxiliar en la impartición de justicia, como aparato teórico para la deconstrucción de categorías sospechosas. En particular, la perspectiva de género permite deconstruir categorías sospechosas que tienen su origen o fundamento en una "falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas", que está a la base del sistema patriarcal.[35] En términos del Protocolo, la perspectiva de género es una herramienta de análisis que:

i. Permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual;
ii. Revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación;
iii. Evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias;
iv. Se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, etc.;
v. Pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y
vi. Determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario.[36]

[33] SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 2a ed., SCJN, México, 2015, p. 53.
[34] *Ibidem*, p. 58.
[35] Id., p. 64.
[36] *Ibidem,* p. 64

Ahora bien, para comprender mejor lo que el concepto de "perspectiva de género" quiere decir, es conveniente primero hacer una breve exploración de aquello que podemos llamar "sistema patriarcal".

El sistema patriarcal, o simplemente el patriarcado, puede describirse de modo muy general como un sistema de vida y una visión del mundo (o de ciertos aspectos del mundo). Se trata de un sistema de valores, normas y creencias relacionadas o basadas en el sexo/género de las personas a partir del cuál se fincan diferencias en la repartición de privilegios, derechos, deberes, opciones de vida y poder. En tanto "sistema de vida" o "visión del mundo", es algo que se adquiere mediante la culturización, es decir, que se aprende por el solo hecho de ser un miembro de una sociedad y participar de su cultura. Ello quiere decir que es un sistema de normas, valores y creencias adoptado *acríticamente* y *reificado*,[37] es decir, asumido como parte del "orden natural de las cosas".

En palabras de Laguna, el sistema patriarcal o patriarcado es "la organización social que distribuye los espacios, los recursos, el poder, los medios de producción y el acceso al reconocimiento de derechos y a la justicia entre mujeres y hombres".[38] Una pieza fundamental para el sistema patriarcal a partir de la cual se instituyen esas distribuciones inequitativas de poder, recursos, espacios, etcétera, es la adopción de una visión *bipolar* del género.

[37] La reificación es la "...aprehensión de los productos de la actividad humana [la cultura] como si fueran (...) hechos de la naturaleza (...) La reificación implica que el hombre es capaz de olvidar que él mismo ha creado el mundo humano", en Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Argentina, 2008, p.114.

[38] Oscar E. Laguna, "Cuando la justicia tiene mirada de varón", en Melissa Fernández Chagoya (coord.), *Miradas multidisciplinarias en torno a la masculinidad, Desafíos para la impartición de justicia*, 2016, p. 3.

El sistema descansa en la suposición de una diferencia *tajante y exhaustiva* entre lo masculino y lo femenino a la que aquí llamaré *tesis del bipolarismo.*[39] Este bipolarismo plantea, entre otras cosas, "una diferencia psicológica radical entre hombres y mujeres, a partir de la cual se establecen roles exclusivos en todos los ámbitos".[40] Fundado en esta división, el sistema patriarcal distribuye el poder y "crea *roles y personajes que parecen naturales*. Así como el sistema social y económico de la esclavitud crea amos y esclavos, el sistema [patriarcal] crea hombres y mujeres machistas, que aprenden los roles necesarios para que éste funcione y se perpetúe. El padre autoritario, el patrón paternalista, el esposo mujeriego, el hermano prepotente, la esposa abnegada, la madre sacrificada (…) todos estos son roles aprendidos desde la infancia muy temprana".[41]

El sistema asume el sexo como lo natural, lo *radicalmente no-construido*, como algo pre-discursivo o pre-cultural, como una "superficie políticamente neutral sobre la cual la cultura actúa".[42] Fundado en esta suposición, procede a establecer una serie de atributos y privilegios propios de cada sexo a partir de los cuáles se van fincando las diferencias en la distribución de derechos, espacios, roles, etcétera.

El punto de partida de la perspectiva de género consiste en notar cómo ese segundo paso, el de fincar atributos y privilegios en razón del sexo, es un producto cultural ajeno a la biología pero que, por el proceso de reificación, pasa ante las personas como "lo natural", "lo dado" o "el orden natural de las cosas". Como señala

[39] La tesis del bipolarismo es esa "falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas" a la que se refiere el Protocolo (p. 64), y que mencioné líneas arriba.

[40] Marina Castañeda, *El Machismo invisible*, Taurus, México, 2013, p. 28.

[41] *Ibidem*, p. 30.

[42] Judith Butler, *Gender Trouble*, Routledge, Nueva York, 1990, p. 10.

el Protocolo,[43] el sexo es lo biológico, mientras que el género es culturalmente gestado. El género es el cúmulo de actitudes, roles y características que históricamente se han asignado a las personas en virtud de su sexo.

El sistema patriarcal eficientemente promueve el olvido de los orígenes netamente culturales e históricos de la asignación de atributos de género. El sistema incentiva con gran éxito la reificación del género.

La amalgama entre bipolarismo y reificación del género (al punto de hacer colapsar esa noción con la de "sexo") es la fórmula perfecta para la perpetuación de un sistema de opresiones en el que están insertas todas las personas[44] pues, si algo es característico del sistema patriarcal, es que este ofrece un catálogo pobre de rígidos moldes que asfixia la diversidad y riqueza de las manifestaciones de identidad posibles y viables para la persona humana. En palabras de Marta Lamas:

> En todo el mundo, los seres humanos enfrentan un hecho estructurante: la diferencia anatómica [...] Hoy se denomina género a la forma en que las sociedades simbolizan la diferencia anatómica y esa lógica cultural es la fuerza subyacente que impide tratar a hombres y a mujeres, a heterosexuales y a homosexuales, a transexuales y a personas intersexuadas, como ciudadanos "iguales". Las diferencias que los seres humanos manifiestan en torno a su sexuación, su identidad sexual y sus prácticas sexuales se han traducido socialmente en desigualdad, discriminación, estigmatización y, en ocasiones, en linchamiento social y muerte.[45]

[43] SCJN, *Protocolo,* p. 62.

[44] Como señala Castañeda hay que notar que en el sistema "las mujeres no son las únicas víctimas (…) Los hombres también están insertos, aprisionados", en M. Castañeda, *op. cit.,* p. 15.

[45] Marta Lamas, "Dimensiones de la diferencia", en Rodolfo Vázquez y Juan Antonio Cruz Parcero, *Género, Cultura y Sociedad*, Fontamara, México, 2012, p. 1.

La perspectiva de género debe, entonces, entenderse como una herramienta crítica que promueve la emancipación, la desalienación y la deconstrucción de las concepciones patriarcales del sexo y el género. En este sentido, la perspectiva de género es una herramienta que auxilia a los Jueces, tanto hombres como mujeres, en el correcto ejercicio de las virtudes de la independencia y la imparcialidad.

Juzgar con perspectiva de género *es un acto de independencia o autonomía intelectual* en tanto que la perspectiva de género es un aparato crítico que permite al Juez o Jueza descubrir y resistir la potencial influencia de factores externos a su agencia como lo es la presión ejercida por la cultura imperante en la comunidad o sociedad donde ejerce su profesión. Además, puede ser también *un acto de imparcialidad* en tanto consista en la resistencia de influencias "provenientes de sí mismo/a" que operan a la manera de limitaciones o condicionamientos socialmente adquiridos por el proceso de culturalización del que todas las personas somos parte. Recordemos que el patriarcado es un sistema de vida acríticamente adquirido por las personas y que condiciona su visión del mundo en todo lo relativo a los géneros y sus atributos. La perspectiva de género se ofrece, entonces, como una herramienta de 'desalienación' que promueve la liberación de tal condicionamiento.

Como se indica en el Protocolo, la perspectiva de género es una guía para la impartición de justicia que permite "detectar las circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones a los derechos humanos en virtud de la identidad sexogenérica de las personas"[46] y, en este sentido, podemos afirmar que es una herramienta que contribuye al ejercicio de las virtudes judiciales de la autonomía intelectual (o independencia) y la imparcialidad.

[46] SCJN, *Protocolo*, p. 8.

Una Jueza o Juez que no opone la debida resistencia a los condicionamientos e influjos que el sistema patriarcal impone sobre su juicio, está en grave peligro de no observar adecuadamente el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. El sistema patriarcal puede ejercer influencia sobre el Juez o la Jueza a la manera de presiones sociales (factor externo a su agencia) o como condicionamiento de sus creencias (factor interno a su agencia). Resistir dicha influencia es un acto de virtud. Por ello, juzgar con perspectiva de género es juzgar desde la independencia y la imparcialidad.

6. FUENTES

AGUILÓ, Josep, "Imparcialidad y aplicación de la ley", en GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 139-165.

_____, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, núm. 6, abril 1997, pp. 71-79.

AMAYA, María Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*. Temas selectos de Derecho Electoral 6, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

ATIENZA R., Manuel, "La imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial", en GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 167-186.

AXTELL, Guy, *Knowledge, Belief, and Character. Readings in Virtue Epistemology*, Rowman & Littlefield, Lahman, 2000.

BAEHR, Jason, *The Inquiring Mind. On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Argentina, 2008.

BUTLER, Judith, *Gender Trouble*, Routledge, Nueva York, 1990.

CASTAÑEDA, Marina, *El Machismo invisible*, Taurus, México, 2013.

CHALMERS, Alan Francis. ¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y estatuto de la ciencia y sus métodos. Eulalia Pérez Sedeño y Pilar López Mañez (trads.), Siglo XXI Editores, México (1976) 2008.

CODE, Lorraine, "Toward a 'Responsibilist' Epistemology", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 45, núm. 1, 1984, pp. 29-50.

ESCOBAR-MARTÍNEZ, Lina Marcela, "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 15, 2009, pp. 181-214.

FAIRWEATHER, Abrol y ZAGZEBSKI, Linda, *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility,* Oxford University Press, Oxford, 2001.

FERNÁNDEZ Chagoya, Melissa (coord.), *Miradas multidisciplinarias en torno a la masculinidad, Desafíos para la impartición de justicia*, 2016.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

_____, *Prueba y verdad en el derecho* (2a ed.), Marcial Pons, Madrid, 2005.

FERRER, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*. Pedro Haddad (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

GASCÓN Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

GOLDMAN, Alvin I., "The Unity of the Epistemic Virtues", en FAIRWEATHER, Abrol y ZAGZEBSKI, Linda, *Virtue Epistemology. Essays on Epistemic Virtue and Responsibility,* Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 51-72.

GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009.

GRECO, John, *Achieving Knowledge,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

_____ y Turri, John, *Virtue Epistemology. Contemporary Readings*, The MIT Press, Cambridge, 2012.

HADDAD, Pedro, "La virtud de la humildad y sus aportes al ámbito probatorio", *Quaestio Juris*, vol. 8, núm. 4, 2015.

HANSON, Norwood Russell, *Patrones de Descubrimiento. Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia.* Enrique García Camarero, Alianza, Madrid (1958) 1977. Disponible también en Olive y Pérez Ransanz (1989), pp. 216-262.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, "Imparcialidad judicial e independencia judicial", en GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 41-93.

JIMÉNEZ Asensio, Rafael, "Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978", en GÓMEZ M., Carlos (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2009, pp. 11-39.

_____, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002.

LAGUNA Maqueda, Oscar Emilio, "Cuando la justicia tiene mirada de varón", en FERNÁNDEZ Chagoya, Melissa (coord.), *Miradas multidisciplinarias en torno a la masculinidad, Desafíos para la impartición de justicia*, 2016, pp. 1-22.

LAMAS, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en VÁZQUEZ, Rodolfo y Cruz PARCERO, Juan Antonio, *Género, Cultura y Sociedad*, Fontamara, México, 2012, pp. 1-23.

LAUDAN, Larry, "Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado", en FERRER, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen, *Debatiendo con Taruffo*. Pedro Haddad (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

_____, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

LOUSADA A., José Fernando y RON L., Ricardo Pedro, *La independencia judicial*, Dykynson, Madrid, 2015.

MONTERO Aroca, Juan, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTMARQUET, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Rowman & Littlefield, Lahman, 1993.

MOORE, George Edward, "Prueba del mundo exterior", en *Defensa del sentido común y otros ensayos*, Carlos Solis (trad.), Ediciones Orbis, Barcelona (1959) 1983.

MURATORI, Ludovico Antonio, *Los defectos de la jurisprudencia*. Vicente María Tercilla (trad.), Imprenta de la Viuda de Joachin Ibarra, Madrid, 1794.

OLIVÉ, León y PÉREZ RANSANZ, Ana Rosa, *Filosofía de la Ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI Editores, México, 1989.

PAPAYANNIS, Diego, "Independence, Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication", *Revus*, núm. 28, 2016, pp. 33-52.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género,* 2a ed., SCJN, México, 2015.

_____, *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2004.

SCHEDLER, Andreas, "Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial", *Isonomía*, núm. 22, 2005, pp. 65-95.

SOSA, Ernest, *A Virtue Epistemology: Apt Belief and Reflective Knowledge*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2007.

_____, "The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge", *Midwest Studies in Philosophy,* vol. 5, núm. 1, 1980, pp. 3-26.

STEUP, Matthias, *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Daniela Accatino Scagliotti (trad.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

_____, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid (1992) 2002.

TWINING, William, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Oxford, Blackwell, 1990.

VALDÉS, Margarita y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Normas, virtudes y valores epistémicos. Ensayos de epistemología contemporánea*, Instituto de Investigaciones Filosóficas–UNAM, México, 2011.

VÁZQUEZ, Rodolfo y CRUZ Parcero, Juan Antonio, *Género, Cultura y Sociedad*, Fontamara, México, 2012

VÁZQUEZ, Carmen, "La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales", *Doxa*, núm. 38, 2015, pp. 101-130.

ZAGZEBSKI, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge University, Cambridge Press, 1996.

ZAKARIA, Fareed. "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 6, 1997, pp. 22-43.

TRANSPARENCIA *VERSUS* CORRUPCIÓN RETOS Y PERSPECTIVAS PARA EL ESTADO MEXICANO

Aristeo García González*

Más información no conduce necesariamente a mejores resultados.
(Gigerenzer, 2008)

Resumen

Una falta de transparencia y la existencia de prácticas corruptivas pueden destruir la estabilidad democrática de un país. México no es ajeno a esta realidad. Sin embargo, con la transparencia como un aliado de la ciudadanía y con el reconocimiento del acceso a la información como un derecho humano fundamental, se busca hacer frente a este fenómeno social, político y económico, mejor conocido como corrupción. El "ser consciente" sobre los efectos que pueden llegar a producirse por este fenómeno en los diversos sectores debe venir desde adentro, es decir, desde las instituciones, y con la adopción de una verdadera cultura jurídico-social. Precisamente, en el presente estudio se recogen algunas ideas y propuestas a través de las cuales es posible hacer frente al fenómeno de la corrupción en el Estado mexicano.

* Maestro en Derecho Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España, miembro del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos Personales, Jefe del Departamento de Acceso a la Información Pública del Poder Judicial del Estado de Michoacán. Contacto: argago78@gmail.com

Palabras clave: Transparencia, Corrupción, Ética, Cultura, Poder Judicial, Política, Administración Pública.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano se ha convertido en un referente mundial por sus aportaciones en materia de transparencia y acceso a la información, incluso, por la mejora en sus marcos legales e institucionales, así como por su adhesión a diversas iniciativas internacionales.

En el caso del combate a la corrupción, se han comenzado a dar los primeros pasos, sobre todo, con la reforma constitucional y con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción. A pesar de ello, su marco jurídico aún es débil para prevenirla y hacer frente a la misma. Motivo por el cual, resulta necesario que se cuente con estrategias reales y efectivas que permitan hacer frente a las prácticas corruptivas y nocivas que están llevando al Estado mexicano a una desaceleración económica, a una inestabilidad política y a una falta de credibilidad en las instituciones.

La publicidad de todos aquellos actos de corrupción y la exhibición de los funcionarios involucrados en los mismos, no resuelve el problema de fondo. Su presencia en el accionar gubernamental e institucional sigue estando presente, a pesar de la implementación de políticas y medidas preventivas, si bien se trata de esfuerzos importantes, aún siguen siendo insuficientes.

La realidad lo demuestra claramente, no hace mucho tiempo, se puso de manifiesto como el fenómeno de la corrupción incide notablemente en la consolidación

de un Estado de Derecho, el informe sobre los avances de México en la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) 2013-2015, lo describe de la siguiente manera:

> la corrupción, violencia y un débil Estado de Derecho "afectan no sólo la agenda de transparencia, sino, sobre todo la calidad de vida de los ciudadanos mexicanos.[1]

Precisamente, ante esta realidad y, a pesar de que México se ha convertido en un referente internacional en temas de transparencia, resulta preciso que lo sea también en el combate a la corrupción, y no esté presente en los primeros lugares de los países que la generan; tal como se desprende en un reciente informe denominado "Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe", en el cual se pone de manifiesto que ciertos funcionarios cobran sobornos a cambio de brindar un acceso a los servicios, principalmente escolares y hospitalarios.

Motivo por el cual, en el presente trabajo se hace un análisis de la importancia de la "transparencia positiva" en el combate a la corrupción. Para lo cual, se inicia con un breve estudio acerca de la importancia y el reconocimiento de la "transparencia" en México. Posteriormente, se revisará el fenómeno de la corrupción y sus implicaciones en la vida democrática, particularmente, la que se hace presente en la Administración Pública, la Política y el Poder Judicial.

Finalmente, se proponen algunas estrategias a través de la cuales se puede hacer frente a la "transparencia negativa", la cual se hace evidente en la descomposición, específicamente, dentro Estado mexicano.

---

[1] Paulina Gutiérrez y Ocejo Almudena. *México. Informe de Avance 2013-2015*, http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Mexico_2nd%20IRM%20report_final.pdf [último acceso: 21 de septiembre de 2015].

2. TRANSPARENCIA ¿PARA QUÉ?: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO

Haciendo un poco de historia, en 1766, un sacerdote y diputado sueco-finlandés impulso la primera Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas, una legislación que trata la libertad de información como la representación del derecho a pedir información al gobierno —acceso a los documentos oficiales— y a recibirla gratuitamente o a un coste mínimo.[2] Tal como se establece hoy en día en las diversas legislaciones en la materia.

Otra de las primeras acciones documentadas a favor de una mayor transparencia de la información estuvo presente durante el siglo XVIII en Estados Unidos, cuando algunas colonias de Nueva Inglaterra consiguieron la celebración de reuniones individuales entre los ciudadanos y los servidores públicos.[3] Desde entonces, la transparencia ha tenido un desarrollo lento pero constante a favor de la libertad de información y el libre acceso a ésta.

Lo anterior a pesar de que la noción de transparencia proviene de la ciencia política y de la administración pública, como un principio que implica el actuar de la administración. Seguramente es por ello que la palabra 'transparencia' se ha venido utilizando para aludir a la cualidad consistente en permitir el pleno acceso

[2] Neil Kent, *Historia de Suecia*, Ediciones Akal, Madrid, 2011, p. 59.

[3] Alberto B. Bianchi, *Historia constitucional de Estados Unidos*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 450.

de la ciudadanía a las determinaciones provenientes de los órganos del Estado y a los procesos de los cuales se derivan.[4]

Incluso, la Real Academia Española se refiere a la palabra 'transparencia' como una "cualidad de transparente"; a su vez, la misma fuente define "transparente" en los siguientes términos: "Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse".

Si bien es cierto, con este término no se agota el tema ni se da cuenta de todas sus modalidades y sutilezas. No obstante, a través del mismo y, para efectos jurídicos, lo que se busca es una mayor apertura de la información que se encuentra en posesión de las entidades públicas. Por ello, la transparencia se ha constituido como un principio fundamental del denominado derecho de acceso a la información, el cual consiste en la "Obligación de dar publicidad a las deliberaciones y actos relacionados con sus atribuciones así como dar acceso a la información que generan los denominados sujetos obligados".[5]

Sin embargo, y más allá de estas primeras acepciones, surge una interrogante más importante: *Transparencia ¿para qué?*

La idea de transparencia ha prevalecido más que la de otra institución jurídica, como es el caso del principio de publicidad de los actos del Estado; esto ha sido en

[4] José Ramón Cossío, "¿Es la transparencia una condición del Estado de Derecho?", *Revista Este País*, núm. 175, octubre de 2005, p. 40.

[5] Entiéndase por sujetos obligados: cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo autónomo, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba o ejerza recursos públicos. Véase Artículo 23, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, *Diario Oficial de la Federación*, de 4 de mayo de 2015.

virtud de que con la palabra transparencia se sintetiza de mejor manera lo expresado por otros términos similares. El consenso global existente sobre la misma ha sido determinante en los procesos democráticos por los que han atravesado o viven algunos países.

De ahí que también pueda decirse que la transparencia se ha convertido en un valor de la democracia. Lo cual se hace patente con la exigencia cada vez mayor de acceso a una información administrada y producida por las instituciones veraz y confiable. Que además sea clara y comprensible para la ciudadanía en general y para todos los grupos interesados en conjunto o en parte de sus actividades, en sus fuentes de financiamiento, en sus logros, resultados y en sus dificultades.

Razón por la cual, el derecho de acceso a la información, como una extensión de aquella, ha alcanzado su reconocimiento en sede constitucional. Incluso se ha convertido en un instrumento efectivo, que promueve la participación ciudadana y contribuye de esta forma a una mayor apertura de las instituciones así como a un gobierno más democrático.

Podría afirmarse, incluso, que en la sociedad del presente, la transparencia es uno de los antídotos con el que puede hacerse frente a la corrupción. Dicho en otros términos, la transparencia es una herramienta que permite empoderar a los ciudadanos en todo el mundo, puesto que con ella se fortalece la rendición de cuentas y permite una participación informada.

En el caso mexicano, el término 'transparencia' —a pesar de haber sido incorporado a la Ley Federal de Acceso a la Información Pública en México—, en buena medida alude más al acceso a la información del gobierno. A pesar de ello, cuando

se menciona dicho término, se hace una referencia enfática a las llamadas obligaciones de transparencia sobre aquella información del gobierno que, sin que haya necesidad de una solicitud específica por parte de un ciudadano, debe estar disponible al público, es decir, debe ser de fácil acceso, como Internet.

En resumidas cuentas, el derecho de acceso a la información reconocido en el texto constitucional mexicano, es una vertiente del derecho a la información; mientras que, la 'transparencia' es la garantía legal que le da eficacia al derecho de acceso a la información pública en un Estado democrático.

Por lo anterior, pude decirse que a partir del concepto y ejercicio de la transparencia es posible hacer frente a las prácticas corruptivas que afectan a las instituciones y de las que el Estado mexicano no está exento.

3. ¿Y LA CORRUPCIÓN? EL CASO MEXICANO

Para la Organización de las Naciones Unidas la corrupción "Es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana".[6]

Para comprender lo anterior basta una simple observación a la realidad para constatar que la corrupción es uno de los mayores problemas que debilita las democracias y la confianza en las instituciones de gran parte del mundo.

[6] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,* Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 60.

En palabras de Vargas Llosa: "La corrupción [...] es la mayor amenaza a la democracia y sobre todo en América Latina",[7] a lo cual, habría que añadir, "es el mayor lastre para el despegue económico de nuestro país".[8]

Lo anterior se advierte en la realidad debido a los diversos matices que la corrupción puede adquirir: abuso de poder, nepotismo, soborno, cohecho, mal uso de los conocimientos, fraude, aceptación de obsequios a cambio de favores, entre otros, lo cual puede estar presente en sectores como el administrativo, político y judicial.

De ahí que pueda decirse que la corrupción administrativa se distingue de la corrupción política, en virtud de que la primera afecta principalmente a los burócratas que forman parte de la administración pública. Mientras que en el ámbito judicial, el Juez o Jueza puede actuar con discrecionalidad, lo cual puede llevarle a cometer actos de corrupción.

Casos reales han existido, incluso con incidencia mediática, a los cuales puede dárseles seguimiento y conocer a sus actores a través de Internet y los diversos buscadores disponibles. Sin embargo, derivado de escándalos recientes —por ejemplo Brasil, Italia o España— es que la corrupción ha ganado importancia.[9]

[7] El Tribuno, "La entrevista completa a Mario Vargas Llosa en la SIP", El Tribuno, 5 de octubre de 2015. Disponible en https://youtu.be/17XPBXEmg10?t=133

[8] Klaus Schwab y World Economic Forum (eds.), *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, World Economic Forum, Génova, 2015, p. 385.

[9] Ídem.

El Estado mexicano no está exento de este tipo de prácticas corrosivas. Tal como quedó demostrado en los diversos índices de corrupción, es el caso del Índice de Percepción de la corrupción 2014,[10] elaborado por Transparencia Internacional; incluso, en el Índice Global de Impunidad 2015,[11] donde México se ubica en el número 103 de 175 países analizados en todo el mundo y en segundo lugar como el país más corrupto en una lista de 59 países que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas, respectivamente.

Más aún, el Instituto Mexicano para la Competitividad sitúo a México en el lugar 36, de 43 países evaluados, dentro del índice de Competitividad Internacional. Dicho organismo refirió que "la corrupción juega un papel importante en la falta de mejora en competitividad nacional."[12]

De ahí que también pueda afirmarse que el problema de la corrupción en México no ha nacido con la presente administración, sino que ha estado presente desde hace varias décadas.[13] Sin embargo, su mayor auge se hizo presente a finales

[10] Transparency International, "Índice de percepción de la corrupción 2014. El crecimiento transparencia en riesgo", 3 de diciembre de diciembre de 2014, disponible en: http://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2014_el_crecimiento_transparente_en_r [Último acceso: 18 de agosto de 2017].

[11] Juan Antonio Le Clercq Ortega y Rodríguez Sánchez Lara (coords.), Índice global de impunidad. IGI2015 Fundación Universidad de las Américas Puebla.

[12] Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), Índice de Competitividad Internacional 2015, *La corrupción en México: Transamos y no avanzamos*, México, IMCO, 2015, p. 256.

[13] Jorge Zepeda Petterson, *Los corruptores*, Destino, México, 2013; Julio Scherer García, *Historias de muerte y corrupción: Calderón, Mouriño, Zambada, El Chapo, La Reina del Pacífico, Grijalbo México, 2011; Anabel Hernández, Los cómplices del Presidente, Grijalbo, México, 2010; Luis Pazos, Los ricos del gobierno. La costumbre de la corrupción, Planeta, México, 2012; y Jaime Cárdenas, Estado de Derecho y corrupción, Porrúa, México, 2005.*

del año 2014, al enfrentar el gobierno mexicano una polémica que alcanzó al Presidente de la República y a la Primera dama, así como, a otros funcionarios públicos.[14]

Lo anterior colocó a México en los primeros lugares del Índice del Estado de Derecho del World Justice Project de 2014,[15] y lo reconoció como uno de los países que cuenta con los servidores públicos más corruptos a nivel global. Incluso, en el Índice más reciente, del año 2017, México sigue estando en el peor lugar para un Estado de Derecho; la situación más crítica se ubica en el tema de justicia penal.[16]

Es por ello que, con base en los resultados emitidos por los diversos organismos, sería iluso pensar que la corrupción se puede perseguir con la instauración de un Sistema Nacional de Anticorrupción en México, ya que también la adhesión a reglas internacionales obliga a los Estados a diseñar e implementar distintas herramientas, la cuales pueden incidir en la disminución de la corrupción que les aqueja.

A pesar de la implementación de políticas para el combate a la corrupción y la obligación que tienen las diversas instituciones y los partidos políticos para transparentar su quehacer administrativo, en muchos países, incluyendo a México, se

[14] Daniel Lizárraga, Rafael Cabrera, Irving Huerta, y Sebastián Barragán, *La casa blanca de Peña Nieto*, Grijalbo, México, 2015.

[15] World Justice Project. *WJP Rule of Law 2015* [en línea]. [ref. de 19 de octubre de 2015], http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX [Último acceso: 12 de diciembre de 2017].

[16] World Justice Project. *WJP Rule of Law 2017-2018* [en línea]. [ref. de 10 de enero de 2018], https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018 [Último acceso: 12 de enero de 2018].

han convertido de forma progresiva en un aparato completamente opaco, en cuyo interior se puede hacer casi todo sin que la ciudadanía se pueda enterar.

Es verdad, la corrupción se alimenta de la opacidad. Por fortuna, en esta sociedad cada vez más informatizada, se puede hacer frente a este tipo de prácticas sacando a la luz asuntos públicos relacionados con las prácticas corruptivas dentro de los ámbitos administrativo, político y judicial.

Motivo por el cual resulta necesario obligar a las autoridades a informar, a crear mecanismos reales de verificación del gasto público, promover la participación de la sociedad civil, utilizar la ley de acceso a la información pública, transparentar las transacciones bancarias y bursátiles, entre otras.[17]

Es por ello que desde la idea de una "transparencia positiva", la sociedad dejará de ser sólo contemplativa y permisiva de la corrupción que se hace presente en los ámbitos administrativo, político y judicial, y se convertirá en una sociedad participativa e interesada en el quehacer y ejercicio de los recursos públicos.

4. LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO PÚBLICO: *RETOS Y PERSPECTIVAS*

En el presente se puede hacer referencia a numerosas clasificaciones y tipos de corrupción.[18] Sin embargo, para efectos de este trabajo, hago una distinción de

[17] Ídem.

[18] Javier Pradera, *Corrupción Política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014, p. 260; Leslie Holmes, *Corruption a very Short Introductions*, Oxford University Reino Unido Press, 2015, p. 139; Laurence

aquellos que tienen mayor incidencia y efectos nocivos, como es el caso de la Administración Pública, la Política y el Poder Judicial.

Respecto al caso de la Administración Pública, ésta puede ser entendida como la estructura del Estado, destinada a proveer una gran variedad de bienes y servicios, tales como salud, educación, seguridad, entre otros; es decir, es la encargada de implementar las políticas públicas necesarias para su buen funcionamiento.

En este sector, la corrupción está presente a partir de que los Estados se constituyeron y comenzaron a brindar una esfera más amplia de servicios públicos, sin importar el tipo de régimen adoptado. Hoy en día, las prácticas de corrupción siguen desarrollándose con más amplitud en los Estados que asumen más funciones o que se dedican a regular mayor cantidad de actividades privadas.[19]

En dicho ámbito, la corrupción se ve favorecida por "la proliferación de las instancias administrativas, todas ellas con cierto poder discrecional para la toma de decisiones, lo que genera una estructura propicia para las acciones venales."[20]

Esto es, la discrecionalidad favorece notablemente la posibilidad de desarrollar hechos de corrupción, lo cual se debe en gran medida a la amplia variedad normativa que regula la administración pública, en virtud de que cada órgano de la Administración Pública produce sus propias normas sustanciales y procedimentales, que

Cockcroft, *Global Corruption Money, Power, and Ethics in the Modem Wold*, I.B. Tauris&Co.Ltd, Reino Unido, 2013, p 288.

[19] Jorge Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos,* Gedisa, Barcelona, 2002, p. 79.

[20] *Ibídem*, p. 45.

en muchos casos no son publicadas, accesibles o, en su caso, son prácticamente incomprensibles.

Si se entiende a la corrupción como: "El uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado, así como todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político",[21] se puede concluir que existe una amplia variedad de formas que adquiere la corrupción, muchas de ellas imperceptibles, como el compadrazgo o el tráfico de influencias en las oficinas gubernamentales, en la mayoría de los casos, difícil de reglamentar o sancionar.

Motivo por el cual la corrupción también puede asociarse con la actitud negativa que adoptan los funcionarios públicos en su comportamiento ante la sociedad, como la falta de un código de ética en sus procedimientos o la deslealtad y traición a sus compañeros.

Lo anterior pone en evidencia un margen de discrecionalidad y provoca una asimetría de la información muy grande a favor del funcionario administrativo que le permite utilizar y disponer a su voluntad de los bienes públicos.[22] Lo cual puede ser calificado como "transparencia negativa", esto, en virtud de que la dimensión de su precio y sus efectos[23] puede afectar los bienes del Estado, incluso, ampliando las prácticas corruptoras.

---

[21] Stephen Morris, *Corrupción y Política en el México Contemporáneo*, Editorial Siglo XXI, México, 1992, p. 25.

[22] Susan Rose-Ackerman, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Alfonso Colodrón Gómez (trad.), Siglo XXI. Madrid 2001, p. 19.

[23] Han Byung-Chul, *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013, p. 11.

Por otro lado, los particulares suelen no conocer a ciencia cierta los deberes de los funcionarios administrativos, los mecanismos de reclamo por sus incumplimientos o, en su caso, los procedimientos sancionatorios no les permiten una participación directa o no funcionan eficazmente. Esto también provoca una situación particularmente propicia para que el funcionario administrativo exija o incentive el ofrecimiento de un soborno o malverse o se apropie de caudales públicos.

Ahora bien, en lo que respecta a la corrupción política, puede decirse que ésta se da en los espacios de poder facultados para diseñar y desarrollar políticas públicas. Por virtud de la compra de voluntades de quienes detentan el poder económico y la búsqueda de medios financieros para alcanzar, mantener o acrecentar el poder político, lo cual no es nada nuevo, sin embargo, se trata de una constante histórica,[24] vigente hasta nuestros días.

Aunada a la permanente presión en los momentos de decisiones políticas, la corrupción también se manifiesta durante las elecciones. Lo cual se debe a que los partidos políticos necesitan financiación y para ello suelen recibir de manera legal e ilegal fondos del sector privado. Dichos fondos, en muchas ocasiones son entregados sin conocimiento público, lo que condiciona la voluntad de los funcionarios políticos elegidos que deberán tomar decisiones a favor de los sectores que los financiaron, es decir, se ven obligados a atender los intereses de un pequeño grupo y no los de sus votantes.[25]

[24] María Amparo Casar, *México. Anatomía de la corrupción*, Centro de investigaciones para el Desarrollo (CIDE)/Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), México, 2015, p. 25.

[25] Excélsior, "Rastrea Fepade dinero ilícito en campañas de cuatro estados", Excélsior, 29 de mayo de 2017. Disponible en: https://www.huffingtonpost.com.mx/2017/05/29/rastrea-fepade-dinero-ilicito-en-campanas-de-4-estados_a_22114888/

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que: "La preocupación se llama favoritismo. Dado que, los grupos que contribuyen con fondos a los políticos elegidos esperan ayuda en el proceso legislativo. Incluso, esperan un trato especial en problemas concretos al tratar con la burocracia o cuando buscan que se les otorgue contratos y concesiones. Si los intereses de dichos grupos o individuos entran en conflicto con los del público en general, quedan debilitados los valores democráticos."[26]

Lo cual pone en evidencia los beneficios monetarios, los cuales, al no ingresar en el patrimonio de los candidatos, son muy difíciles de medir y monitorear, como es el caso de la compra de espacios en los medios o de periodistas.

Finalmente, como el órgano estatal encargado de aplicar la ley con el fin de proteger los derechos de las personas y controlar al resto de los poderes, el Poder judicial no está exento de que en él se cometan hechos de corrupción por parte de sus operadores judiciales.

Si bien es cierto, la mayoría de los casos de corrupción en el Poder judicial suelen darse por falta de una ética pública por parte del funcionario público, lo que incita a que ciertos operadores judiciales puedan incurrir en actos corruptivos. Sin embargo, en ocasiones se hacen presentes debido a la existencia de lagunas legales, toda vez que las mismas pueden generar o inducir a la corrupción.

En el caso particular de los Jueces, estos ejercen una potestad de forma cuasi-monopólica al ser los principales responsables organizacionales de la resolución

[26] S. Rose-Ackerman, *op cit.,* p. 183.

de conflictos de la sociedad civil mediante la aplicación de la ley.[27] Esta fuerza los puede llevar a ocupar una posición privilegiada en la negociación para llevar a cabo prácticas corruptivas.

En este sentido, al contar con cierta discrecionalidad al momento de impartir justicia a través de las normas jurídicas generales o aplicarlas a un caso concreto, el Juez tiene cierta libertad para resolver de una u otra forma el caso concreto, pudiendo quedar su resolución sujeta a un acto de corrupción.

En palabras de un Ministro de la Suprema Corte de Justicia Mexicana, "Tolerar la corrupción es ir en contra de la naturaleza de la impartición de justicia, es **propiciar** la destrucción de todo el sistema judicial."[28] Definitivamente, el combate a la corrupción en el sistema de justicia debe venir desde adentro, lo cual le permitirá dar una mayor certeza al trabajo desarrollado por los funcionarios y, por ende, no se verá mermada la confianza por parte de la sociedad.

No obstante lo anterior, en la realidad no sólo se hace presente uno de estos tipos de corrupción, también suele darse en forma conjunta e interrelacionada. Es por ello que, según sea el tipo de corrupción que se analice, deben diseñarse estrategias en cada ámbito particular. Por lo tanto, en el siguiente apartado se proponen algunas ideas que bien pueden ser aplicadas para prevenir cualquier tipo de corrupción.

---

[27] Comisión Andina de Juristas, *Mecanismos de control y vigilancia ciudadana,* Lima, 2003, p. 29.

[28] Discurso del Ministro María Aguilar Morales*, XII Asamblea General Ordinaria de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia,* 10 de noviembre de 2017.

5. ALGUNAS IDEAS SOBRE LAS POSIBLES ESTRATEGIAS PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

Se puede partir de las dos ideas que dan origen a las prácticas de corrupción. La primera se centra en el hecho de que las personas que cometen conductas corruptas son seres viciosos e inmorales. Una segunda se refiere al hecho de que el individuo, como ser racional y sociable, tiene tentaciones para cometer un hecho de corrupción.

Dicho lo anterior, conviene aclarar que una conducta corrupta tiene como causa una multiplicidad de factores difíciles —económicos, sociales, culturales, jurídicos, éticos—, lo cual se hace evidente en las diversas funciones que pueden llegar a desarrollar los servidores públicos, los políticos, así como los mismos Jueces y Magistrados.

Con la premisa anterior es posible llevar a cabo la elaboración de un diseño institucional de políticas anticorrupción, el cual debe estar orientado a la "ética en el ejercicio de la función pública". Aún y cuando la incorporación de un sistema ético por parte de una persona se produzca a lo largo de todo su ciclo educativo, el cual comienza en la infancia.

Al diseñar una política anticorrupción, orientada a la ética en el ejercicio de la función pública, se debe tener presente que un funcionario dispuesto a cometer actos de corrupción difícilmente va a internalizar imperativos éticos que no ha asumido a lo largo de su vida. Pero, con un poco de ayuda, es posible prevenirlo y alejarlo de la misma.

En este sentido, una política pública de lucha contra la corrupción, debe estar orientada a la educación de la sociedad civil y sus resultados más profundos, sólo deben esperarse en el largo plazo. Lo que seguramente acontecerá una vez que se consolide la función del Sistema Nacional de Anticorrupción en México, incluso, es posible que las prácticas corruptivas se vean disminuidas una vez que se fortalezca dicho Sistema.

No obstante lo anterior, existen algunas acciones positivas de corto y mediano plazo que pueden implementarse desde este ángulo del combate a la corrupción y que se encuentran relacionadas con la posibilidad de atenuar la característica de la corrupción en sectores específicos, como en el caso de la administración, la política y el Poder Judicial.

En el caso de la corrupción administrativa se requiere que se desarrollen mejores mecanismos de auditoría y que se profesionalice la carrera administrativa.

Por lo que se refiere a la corrupción política, se requiere una mayor transparencia en los ámbitos de toma de decisiones y una regulación mayor en la financiación de los partidos políticos, así como en las nuevas formas de hacer política. De ahí la importancia de que se revise la normativa vigente y se desarrollen propuestas que realmente sirvan, no sólo para garantizar elecciones limpias y transparentes, sino también, para que las nuevas tecnologías pueden contribuir positivamente a la democracia.

Finalmente, la corrupción en el ámbito judicial debe ser disminuida o limitada a través de las mejoras en la gestión y en la transparencia institucional, incluso, a través de la efectiva aplicación de los códigos de ética y la legislación de responsa-

bilidad de servidores públicos, así como, con la publicidad de las resoluciones judiciales.

En definitiva, en todos los casos, la instauración de una *cultura jurídica-social* es otro aspecto importante, esto es, fomentar entre los servidores públicos, políticos y operadores judiciales un pensamiento institucional, un modo de "ser consciente",[29] visto desde la realidad —*prácticas nocivas*—, y no sólo como una obligación que se debe cumplir, por el hecho de encontrarse consignadas en las diversas normas o códigos éticos.

Esto es, la cultura entendida como "el conjunto de conocimientos, opiniones, prácticas o conductas que una persona tiene sobre la transparencia y la corrupción". A partir de ello, se desprende una *cultura jurídica-social*, la cual debe atender a una doble perspectiva: *jurídico* (conocimientos) y *social* (opiniones, prácticas o conductas).[30]

En relación con el enfoque *jurídico*, no basta con enseñar la existencia de un marco normativo, sino también es preciso mostrar sus componentes principales y su contenido. Esto es, la transparencia como una obligación y prerrogativa fundamental y, la corrupción, como un fenómeno sancionado, tanto a nivel interno como más allá de las fronteras.

[29] Hugh Heclo, *Pensar institucionalmente,* Paidós, Barcelona, 2010, p. 135.

[30] *Cfr.* Aristeo García González, "Hacia una cultura en materia de protección de datos personales", *Hechos y Derechos*, núm. 14, 12 de abril de 2013, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6816/8752

Respecto a la perspectiva *social*, basta mirar en el presente los diversos medios de comunicación tradicional y digital, incluso, en diversos portales web y redes sociales, los informes emitidos por diversas organizaciones, para conocer los actos de corrupción cometidos por diversos personajes de la función pública, la política y el ámbito judicial. Los cuales, en el pasado solían ser poco conocidos. Sin embargo, ahora la realidad es distinta a consecuencia de la creciente digitalización de la información, lo cual no sólo puede afectar la vida de quien comete algún acto de corrupción, sino que también puede llegar afectar su propia dignidad.

6. CONSIDERACIONES FINALES

PRIMERA. La mejor forma de gobernar, administrar y gestionar, es siendo transparente. El desempeño de las diversas instituciones y la vida democrática de un país, sin duda, es resultado de la transparencia, lo cual genera una mayor confianza por parte de la ciudadanía, una estabilidad política, pero sobre todo, una mayor credibilidad en las instituciones.

SEGUNDA. La corrupción, lamentablemente, es una constante. De ahí la necesidad fomentar una cultura y promoción de valores éticos entre los diversos servidores públicos. Quizá con ello, no se acabe la misma, sin embargo, el compromiso y desempeño de los actores involucrados, contribuirán notablemente a la disminución de las prácticas corruptivas que se hacen presentes día con día en los diversos sectores.

TERCERA. La transparencia, al ser un concepto más amplio que el de corrupción. Términos como el de acceso a la información, apertura, claridad y visibilidad

de la información, fortalecidos, serán el mejor antídoto para hacer frente a la corrupción, misma que puede llegar a destruir la estabilidad de un país.

CUARTA. En definitiva, una sociedad transparente que no esté condicionada al flujo de información permitirá: tomar mejores decisiones económicas, reducir la corrupción, generar confianza en el sistema y, sin lugar a dudas, contribuirá al crecimiento económico y a la estabilidad social y política que anhelamos los mexicanos.

7. BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de Estados Unidos*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2008.

BYUNG-CHUL, Han, *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

CÁRDENAS, Jaime*, Estado de Derecho y corrupción,* Porrúa, México, 2005.

CASAR, María Amparo, *México. Anatomía de la corrupción*, Centro de investigaciones para el Desarrollo (CIDE)/Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), México, 2015.

COCKCROFT, Laurence. *Global Corruption Money, Power, and Ethics in the Modem Wold*,: I.B. Tauris&Co.Ltd, Reino Unido, 2013.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Mecanismos de control y vigilancia ciudadana,* Lima, 2003.

COSSÍO. José Ramón, "¿Es la transparencia una condición del Estado de Derecho?", *Revista Este País*, núm. 175, octubre de 2005.

GIGERENZER, G., *Las decisiones instintivas: la inteligencia del inconsciente*, Ariel, Barcelona, 2008.

GUTIÉRREZ, Paulina y Ocejo Almudena. *Informe de Avance 2013, México, 2015*, http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Mexico_2nd%20IRM%20report_final.pdf [último acceso: 21 de septiembre de 2015].

HERNÁNDEZ, Anabel*, Los cómplices del Presidente,* Grijalbo, México, 2010.

HECLO, Hugh, *Pensar institucionalmente,* Paidós, Barcelona, 2010.

HOLMES, Leslie, *Corruption a very short introductions*, Oxford University Press, Reino Unido, 2015.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD (IMCO), Índice de Competitividad Internacional 2015: *La corrupción en México: Transamos y no avanzamos*, IMCO, México, 2015.

KENT, Neil, *Historia de Suecia*, *Historia de Suecia*, Ediciones Akal, Madrid, 2011.

LE CLERCQ ORTEGA, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara (coords.), Índice global de impunidad. IGI2015 Fundación Universidad de las Américas Puebla [ref. de 16 de septiembre de 2015], http://udlap.mx/cesij/files/IGI_2015_digital.pdf [Último acceso: 25 de octubre de 2017]

LIZÁRRAGA, Daniel, CABRERA, Rafael, HUERTA, Irving y BARRAGÁN, Sebastián, *La casa blanca de Peña Nieto*, Grijalbo, México, 2015.

MALEM Seña, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos,* Gedisa, Barcelona, 2002.

MERINO, Mauricio (coord.), *Transparencia: libros, autores e ideas*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI)/CIDE, México, 2005.

MORRIS, Stephen, *Corrupción y Política en el México Contemporáneo*, Siglo XXI, México, 1992.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,* Nueva York, Naciones Unidas, 2004.

PAZOS, Luis, *Los ricos del gobierno. La costumbre de la corrupción,* Planeta, México, 2012.

PRADERA, Javier, *Corrupción Política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*; Alfonso Colodrón Gómez (trad.), Siglo XXI, Madrid, 2001.

SCHERER García, Julio, *Historias de muerte y corrupción: Calderón, Mouriño, Zambada, El Chapo, La Reina del Pacífico, Grijalbo,* México*, 2011.*

SCHWAB, Klaus y World Economic Forum (Edits), *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, World Economic Forum, Genève, 2015.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice de percepción de la corrupción 2014. El crecimiento transparencia en riesgo, http://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2014_el_crecimiento_transparente_en_r [Último acceso: 18 de agosto de 2017].

VARGAS LLOSA, *Mario, Conferencia ante la Sociedad Interamericana de Prensa* (SIP), Carolina del Sur, octubre de 2015.

WORLD JUSTICE PROJECT, *WJP Rule of Law 2015* [en línea]. [ref. de 19 de octubre de 2015], http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX [Último acceso: 12 de diciembre de 2017].

World Justice Project. *WJP Rule of Law 2017-2018* [en línea]. [ref. de 10 de enero de 2018], https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018 [Último acceso: 12 de enero de 2018].

ZEPEDA Petterson, Jorge, *Los corruptores*, Destino, México, 2013.

Medios de tutela de los derechos humanos durante el estado de excepción

Ramiro Rodríguez Pérez*

Resumen

Ensayo que tiene por objeto explorar los mecanismos de protección de los derechos humanos, mediante los cuales es posible revisar los decretos que se expidan con motivo de la restricción o suspensión de derechos prevista para los casos de invasión, perturbación grave de la paz o cualquier otro supuesto que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en términos del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De un lado, se señala en qué tipo de control constitucional se puede clasificar la revisión oficiosa de tales decretos, cuya competencia es de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para, en su caso, validar su constitucionalidad y, se mencionan algunos de los efectos y condiciones que deben reunirse para dicha revisión. Por otra parte, se defiende que, con independencia de dicho mecanismo de revisión, también es procedente el juicio de amparo para cuestionar un problema concreto

* Magistrado de Circuito adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Vigésimo Segundo Circuito. Doctor y Maestro en Derecho por la UNAM. Maestro en Derecho Penal por la UAQ. Contacto: raroz1916@hotmail.com

de la aplicación de tales decretos, en virtud de que los motivos de impugnación planteados en amparo pueden tratar cuestiones diversas a las analizadas en la revisión oficiosa; además, este medio de control constitucional tendría por efecto, a diferencia del otro cuyo efecto es evitar que entre en vigor el decreto en cuestión, reparar la violación de derechos en un contexto concreto.

Palabras clave: restricción o suspensión, derechos humanos, estado de excepción, revisión oficiosa y juicio de amparo.

1. INTRODUCCIÓN

La historia muestra que los Estados constitucionales modernos han tenido que enfrentar la dificultad de encontrar un equilibrio entre la necesidad de que el poder político pueda resistir eficazmente una situación de emergencia y, los principios del orden constitucional, lo que por supuesto no significa abandonar la observancia de la Constitución, sino del uso de un medio extraordinario cuyo objetivo es precisamente la defensa del orden constitucional.

Así, de acuerdo con la teoría constitucional moderna, es a través de poderes extraordinarios que se otorgan al Ejecutivo facultades excepcionales ante la alteración grave del orden público, ya sea por ataque externo o interno que amenace de forma inminente el orden constitucional. De ahí que sea mediante la restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías como se protege el orden jurídico nacional, es decir —invocando a Sergio Matías—, se hace uso de la "anormalidad" para garantizar el regreso a la "normalidad".[1]

[1] C. Sergio Matías, *Intervencionismo y neoliberalismo, estado de excepción y control constitucional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p. 68.

Las facultades extraordinarias, derivadas de la delegación de potestades legislativas en favor del Ejecutivo, implican por supuesto una excepción al principio de división de poderes; de ahí que, tanto el Legislativo al otorgarla, como el Ejecutivo al hacer uso de ella, deban realizarlo en la justa medida y con la necesaria precisión, para no sobrepasar el margen de excepción, es decir, ese uso de potestades debe ser proporcional y racional respecto a la situación de emergencia que enfrenten, de ahí la necesidad de entender los mecanismos de control procedentes ante el posible abuso en el ejercicio de facultades extraordinarias.

Con la finalidad de mayor claridad en cuanto a la procedencia, alcances y trámite de los medios de protección de los derechos humanos durante el estado de excepción considero necesario hacer referencia, aunque de manera breve, a los antecedentes de tal tópico jurídico, a las autoridades vinculadas con su aprobación, al procedimiento; y, finalmente, analizar los medios que tutelan los derechos aun en situación de anormalidad constitucional.

2. ANTECEDENTES

El antecedente del estado de excepción se encuentra en la dictadura de la República romana. A ese respecto, Héctor Fix-Fierro[2] señala que, el dictador era un Magistrado romano extraordinario, nombrado por el Cónsul a solicitud del Senado, y quien recibía la encomienda de hacer la guerra o reprimir una rebelión interna, lo que

[2] *Cfr.* Héctor Fix Fierro, "Comentario al artículo 29 constitucional" *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, t. V, artículos 28-36, 4a. ed., Cámara de Diputados LV Legislatura, México, 1994, pp. 596-597.

implica que se trataba de una especie de rey, que no estaba limitado por la colegialidad de la magistratura (cónsules), ni por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación del pueblo.

Por lo que respecta a México, diversos tratadistas refieren como primer antecedente de suspensión de derechos el proyecto de Constitución mexicana de Ignacio López Rayón, conocido con el nombre de "Elementos de la Constitución"; sin embargo, más allá de cualquier discusión al respecto, el antecedente real en nuestra Constitución vigente lo constituye el artículo 29 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Sin embargo, conviene referir que aun cuando en la Constitución de 1824 no se establecía la suspensión de garantías ni tampoco el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, las circunstancias de inestabilidad política y social de aquella época motivaron a que se hiciera uso, desde entonces, de facultades extraordinarias incluso sin sustento constitucional, lo que llevó al abuso por parte del Ejecutivo y que emitiera un sinnúmero de leyes en ejercicio de facultades extraordinarias. Según Montiel y Duarte[3] la primera ley en que se faculta al Presidente de la República a expedir leyes extraordinarias es la de 25 de agosto de 1829, misma que se publicó en el bando 26. En esa ley se autorizaba al Ejecutivo para adoptar cuantas medidas fueran necesarias para la conservación de la independencia, del sistema de gobierno y la tranquilidad pública.

[3] Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales,* 5a. ed., facsimilar, Porrúa, México, 1991, p. 540.

2.1 Ocasiones en que se han suspendido derechos en México

Tres han sido las ocasiones en que consta que se ha suspendido el ejercicio de derechos fundamentales en nuestro país.

La primera en 1861, siendo presidente Benito Juárez, mediante Decreto del Congreso de 7 de junio de ese año. De conformidad con ese Decreto, se limitó el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 5o, 7o, 9o, 10, 13, 18, 19, 21 y 26. Todos contenidos en la Constitución de 1857.

Posteriormente, se suspenden garantías en marzo de 1911, siendo presidente Porfirio Díaz. En esta ocasión, los derechos cuyo ejercicio se suspendiera fueron los comprendidos en los numerales 13, 19, 20 y 21 de la propia Constitución de 1857.

Finalmente, en junio de 1942, estando como presidente Manuel Ávila Camacho, mediante Decreto de 1o de junio de aquel año, se determinó restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales consignados en los preceptos 4o, párrafo I, 5o, 6o, 7o, 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, 22, párrafo III y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

No obstante, se puede consultar en el archivo de legislación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación un documento que parece reunir las características del *Diario Oficial de la Federación*, pero que no pudo ser localizado en otros archivos históricos, en que se contiene un Decreto al parecer emitido por el Presidente Francisco I. Madero, fechado el 19 de enero de 1912, de cuyo contenido se aprecia que se suspendió el ejercicio de los derechos comprendidos en el artículo 10, en la primera parte del artículo 13, en la primera parte del artículo 19 y en los diversos 20 y 21 de la Constitución Federal.

Del análisis de ese documento se puede advertir que éste es muy similar al Decreto de suspensión que emitiera en marzo del año anterior Porfirio Díaz.

En el artículo 10 de dicho Decreto se estableció que la suspensión de garantías duraría cuatro meses desde la fecha en que se promulgara; con la particularidad, además, que se circunscribió a los Estados de Morelos, Guerrero, Tlaxcala, así como a los Distritos de Acatlán, Chiautla, Matamoros Izucar, Atlixco, Cholula, Huejotzingo y Tepeji del Estado de Puebla y a los de Chalco, Tenancingo, Sultepec, Temascaltepec, Tenango y Lerdo, del Estado de México.

También es conveniente recordar que el 21 de junio de 1917, el entonces presidente Venustiano Carranza solicitó al Congreso se suspendieran garantías, esto es, poco más de cuatro meses después de promulgada la Constitución actualmente en vigor; sin embargo, el 17 de diciembre de ese mismo año desistió de esa petición.

En relación con dicha solicitud de suspender garantías, se ignoran los motivos que llevaron al Presidente a plantearla al Congreso, aunque se entiende de las razones que se expusieron al desistir de dicha solicitud, que debió ser por el conflicto interno que en esa época prevalecía, pues se dirigía a incendiarios, plagiarios y salteadores de caminos.

Las razones por las cuales el titular del Ejecutivo Federal decidió desistir de la suspensión de garantías se publicaron en el mismo *Diario Oficial* mencionado, de donde se aprecia que se debió prácticamente a la tardanza de aprobar aquella solicitud, en virtud de las discusiones y desacuerdos surgidos en las Cámaras del Congreso.

3. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE SUSPENDER O RESTRINGIR DERECHOS

El texto del artículo 29 de la Ley Suprema del país, en vigor, prevé que es procedente decretar la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías: *1)* en caso de invasión; *2)* por perturbación grave de la paz pública; o *3)* en cualquier otro caso que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad.

El primer supuesto, esto es en caso de invasión, parece no representar mayor dificultad su comprensión, aunque vale acotar que la invasión puede entenderse parcial o total, incluso no necesariamente tendría que llegar a materializarse, pues bien puede tratarse de una verdadera amenaza, hipótesis en que creo es viable tal restricción o suspensión, en la medida que ello ayudaría a prevenir que de llegar a ese momento las consecuencias de la invasión fueran menos graves.

A causa de perturbación grave de la paz pública. Este supuesto es muy amplio en tanto que su origen puede obedecer a distintos fenómenos o circunstancias, ya que como lo refiere Arteaga Nava,[4] el origen de la perturbación puede derivar, por ejemplo, de revoluciones —entendidas como estallido cuya pretensión sea cambiar la estructura social, política y económica, como ya ha ocurrido en nuestro país—, un motín o cuartelazo, en el que militares con intervención de civiles intenten suplantar de manera violenta a una clase gobernante o simplemente hacer prevalecer cierta política gubernativa.

[4] Elisur Arteaga Nava, *Tratado de derecho constitucional,* vol. 3, Oxford, México, 1999, p. 936.

En cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. A diferencia de los dos supuestos mencionados, este tercer supuesto se trata de una hipótesis genérica, en tanto que la sociedad puede encontrarse en grave peligro por fenómenos naturales (como terremotos, inundaciones, incendios, sequías prolongadas y generales, entre otros), por situaciones provocadas por personas (bandolerismo generalizado, criminalidad incontrolable), o cualquier otro motivo que, en concepto del Presidente de la República y con aprobación del Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, genere grave peligro o conflicto en la sociedad.

4. DISTINCIÓN ENTRE 'SUSPENDER' Y 'RESTRINGIR' DERECHOS

Para el propósito anunciado —distinguir entre restricción y suspensión—, resulta conveniente atender en primer orden al sentido gramatical de tales verbos. Así, el Diccionario de la Lengua Española define 'restringir' como: "ceñir, circunscribir, reducir a menores límites"; mientras que por 'suspender', entre otras, como "detener o diferir por algún tiempo una acción u obra".

Luego, la distinción gramatical implica que, tratándose de restricción de derechos y garantías, corresponde a límites menores la reducción de los derechos fundamentales, en tanto que con la suspensión se priva o difiere por algún tiempo el ejercicio de esos mismos derechos y garantías.

Entonces, como lo señalan Fix-Zamudio y Valencia Carmona,[5] entre la restricción y la suspensión existe una diferencia de grado, de modo que la suspensión sólo

[5] Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humano, procesos colectivos y amparo, como nuevo paradigma constitucional,* Porrúa-UNAM, México, 2013, p. 44.

se podría aplicar en una emergencia de mayor alcance y gravedad; esto es, que si la emergencia puede enfrentarse únicamente limitando o endureciendo determinados derechos, se hará frente a la situación con tal medida sin llegar a la suspensión del ejercicio de los mismos, pues ésta sólo deberá autorizarse en casos de auténtica crisis como lo menciona Pedro Salazar.[6]

Es oportuno hacer ver que aun cuando la restricción de derechos y garantías aparece con la reforma al artículo 29 de junio de 2011, ello no implica que, con anterioridad, solo fuera posible suspender el ejercicio de los derechos, ya que de no ser necesario únicamente podrían limitarse algunos de ellos, tal como ocurrió en 1942, cuando solo se restringieron los derechos fundamentales previstos en los artículos 10, 14, 16, 19, 20 y 25 de la Constitución Federal, como así se estableció expresamente en los numerales 9o, 11, 12, 14, 15 y 17 de la Ley de Prevenciones Generales relativa a la Suspensión de Garantías establecida por Decreto de 1o. de junio de 1942; mientras que fue suspendido el ejercicio de otros derechos humanos, como se advierte del decreto de suspensión y ley referida.

1. Restricción ordinaria. Constituye otro aspecto que amerita análisis con motivo de la facultad de restringir derechos y garantías derivada de que prácticamente todos los derechos humanos tienen límites, es decir, que se encuentran restringidos o limitados en condiciones de normalidad.

Lo anterior es así porque, como lo señala Joaquín Brage Camazano,[7] los derechos fundamentales no son ni pueden ser ilimitados, por el contrario, se encuentran

[6] Pedro Salazar, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la constitución mexicana", en Miguel Carbonell, y Pedro Salazar, (coord.), *La reforma constitucional de los derechos humanos: un nuevo paradigma,* SCJN-UNAM, México, 2012, p. 270.

[7] Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 36.

sujetos a limitaciones; lo que además es lógico de entender, en virtud de que el individuo titular de ellos no es soberano ni permanece aislado, antes bien requiere convivir y relacionarse en sociedad, de modo que el límite de sus derechos se encuentra en el respeto de los otros individuos.

En relación con la limitación a prácticamente todos los derechos fundamentales en condiciones ordinarias o de normalidad, nuestra propia Ley Fundamental la establece, por ejemplo, en el artículo 5o. que garantiza la libertad de trabajo, prevé como limitaciones ordinarias: que el trabajo sea lícito, que no ataque derechos de terceros y que no se ofendan los derechos de la sociedad. El derecho fundamental a la libre manifestación de las ideas, que consagra el numeral 6o, tiene como restricción que con ello no se ataque la moral, los derechos de terceros, que no se provoque algún delito o perturbe el orden público. El propio derecho a la libertad personal encuentra sus límites cuando se comete algún ilícito, incluso antes de que se determine la plena responsabilidad del sujeto acusado, pues en términos del precepto 18 de la Constitución, da lugar a prisión preventiva cuando el delito merezca pena privativa de libertad; el derecho básico a la vida encuentra sus límites cuando, como en algunas legislaciones de nuestro país, se autoriza abortar.

En torno a los límites o restricciones de los derechos fundamentales, esto es, a que ninguno es absoluto, la Primera Sala de la Suprema Corte ha emitido jurisprudencia, pues al efecto de manera enfática señaló: "Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria."[8]

[8] Tesis: 1a./J.2/2012 (10a.), de rubro "RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS". Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, tomo 1, Febrero de 2012, p. 533. Reg. IUS 160267.

En el derecho internacional de igual manera se establece la restricción a los derechos humanos, como se advierte de los numerales 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Restricción extraordinaria. Lo señalado hasta ahora en relación con la restricción de derechos y garantías corresponde a situaciones ordinarias o de normalidad; no obstante, el artículo 29 de la Constitución se refiere a la restricción o límites de los derechos fundamentales ante situaciones extraordinarias, puesto que su existencia o implementación depende de las mismas causas que dan lugar al estado de excepción.

Es oportuno hacer notar que del proceso legislativo que culminó con la reforma al precepto constitucional en análisis, no se advierte consideración específica en cuanto a la restricción de derechos en circunstancias extraordinarias; sin embargo, es claro que se trata de limitaciones diferentes a las que, en condiciones normales, establece la Constitución.

5. ¿QUIÉNES PARTICIPAN EN LA DETERMINACIÓN DE SUSPENDER O RESTRINGIR DERECHOS?

1. Presidente de la República. De acuerdo con el precepto constitucional que se comenta, debe ser el titular del Ejecutivo el encargado de tomar la iniciativa para que se decrete el estado de excepción, lo que resulta lógico en virtud de que, conforme a nuestro sistema constitucional, es a él a quien en términos generales corresponde la administración y ejecución de los actos que rigen al Estado; o como lo

refiere Arteaga Nava[9] al citar a Mariano Coronado, ello se justifica en la medida que se trata de un funcionario que está en posibilidad de conocer mejor la situación nacional que cualesquiera de los otros integrantes de los demás poderes.

Además, de conformidad con lo dispuesto en las fracciones VI, VII y VIII, del artículo 89 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República preservar la seguridad nacional, en términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente, esto es, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, para la seguridad interior y la defensa exterior de la Federación; declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa Ley del Congreso de la Unión.

La afirmación de que únicamente corresponde al titular del Ejecutivo Federal iniciar el procedimiento de suspensión de derechos y garantías, y no a alguno de los otros poderes, se obtiene del citado artículo 29 constitucional al utilizar la fórmula "solamente el Presidente"; por lo que ante dicha redacción no queda duda de que es facultad y responsabilidad del Ejecutivo iniciar tal procedimiento, ello con independencia de si la situación amerita la restricción o suspensión de derechos y garantías, en concepto del Congreso, de alguna de sus Cámaras, de la Comisión Permanente, o incluso cualesquiera de los legitimados para presentar iniciativas de ley, pues lo más que podrían hacer es proponer al Presidente de la República inicie tal procedimiento, sugerencia que puede o no atender.

[9] E. Arteaga Nava, *op. cit.,* p. 941.

2. Congreso o Comisión Permanente. La participación del Congreso de la Unión se entiende como una medida de control y efectividad, pues éste se trata de un poder independiente de aquel que solicita la medida.

Ahora, como lo hace ver el propio Arteaga Nava,[10] no existe norma alguna que prescriba que deba otorgarse un tratamiento especial a la solicitud comentada, por lo que ante esa circunstancia se entiende que, presentada la solicitud a alguna de las Cámaras, se debe turnar a la comisión correspondiente para su estudio y dictamen, pudiendo los integrantes de la comisión dispensar algún trámite especial, en los términos que marque la ley; aprobado el proyecto por la Cámara de origen, debe enviarse a la revisora, para el mismo propósito.

Lo anterior lleva a concluir que ni aun tratándose de un caso grave y de notoria urgencia, es válido que las Cámaras que integran el Congreso pueden obviar sesionar en forma separada; ni tampoco sería legal que actuaran de manera simultánea ambas Cámaras.

3. Comisión permanente. El problema parece complicarse cuando el Congreso no se encuentra reunido y la solicitud de suspensión o restricción se presenta ante la Comisión Permanente, en tal hipótesis habría que establecer si realmente dicha Comisión puede aprobar la iniciativa. Ello, en tanto que así parece preverlo el artículo 29 en análisis, cuando señala: "y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, cuando aquel no estuviere reunido"*;* en la parte final del mismo primer párrafo se establece: "pero si se verificase en tiempos de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que la acuerde."

[10] *Ibídem,* p. 945.

Lo previsto de tal modo por el citado precepto constitucional genera duda respecto a quién aprueba realmente la suspensión y la restricción de derechos y garantías, si puede ser indistintamente el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, o si se trata de actos distintos.

En concepto de Carlos de Silva Nava,[11] el artículo 29 —cuando se refiere al aspecto destacado—, regula dos cuestiones distintas: la primera consiste únicamente en la aprobación de la suspensión o restricción del ejercicio de derechos y garantías, la cual puede llevar a cabo tanto el Congreso de la Unión, cuando se encuentra reunido, como la Comisión permanente, cuando el Congreso está en receso.

En cambio, el segundo aspecto atañe a otorgar facultades al Presidente para legislar; y estas únicamente las puede conceder el Congreso de la Unión, no la Comisión permanente.

En el mismo sentido se pronuncia Juan Díaz Romero[12] cuando señala que se trata de una contradicción aparente, en tanto que son dos cuestiones diferentes, ya que la restricción o suspensión puede ser aprobada por el Congreso de la Unión o por la Comisión Permanente, lo que solo tiene efectos negativos de limitar o reducir —en el caso de restricción— y detener o interrumpir —en el supuesto de suspensión—, pero como esa situación paralizante, que genera amenaza e inseguridad en el país, exige que se le haga frente de inmediato con acciones positivas, traducidas en normas generales que regulen el accionar del Ejecutivo, pero que al ser de

[11] Carlos de Silva Nava, *Curso de derecho constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2010, p. 190.

[12] Juan Díaz Romero, *Ensayos y conferencias de los forjadores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comentarios a las reformas constitucionales de 2011 sobre derechos humanos y juicio de amparo,* México, 2012, p. 63.

carácter extraordinario, en tanto que en tiempos de normalidad no le competen, se requiere que sea el Congreso de la Unión quien autorice al Presidente de la República para que expida normas generales.

En mi concepto, efectivamente, la redacción del precepto constitucional que se comenta debe interpretarse en el sentido de que prevé dos situaciones diferentes, la primera relativa únicamente a la aprobación de la restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías, lo que puede llevar a cabo el Congreso de la Unión si se encuentra reunido o la comisión permanente, cuando aquel esté en receso; pero lo que definitivamente es exclusivo del Congreso de la Unión es otorgar al Ejecutivo facultades extraordinarias para emitir las leyes de emergencia necesarias. Lo afirmado, en virtud de que en términos del artículo 78 de la ley suprema, la comisión permanente no cuenta con facultades para legislar; de modo que no puede delegar u otorgar una facultad de la que carece.

4. Suprema Corte. El último párrafo del artículo 29 de la Constitución dispone que, los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos y garantías serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez, de lo cual nos ocuparemos más adelante.

6. REQUISITOS QUE DEBE CONTENER LA PETICIÓN

1. De legalidad. En la solicitud deben indicarse los hechos y razones que justifiquen la necesidad de la medida, ya sea por invasión o perturbación grave de la paz pública, o de ambos supuestos, o el motivo que considere que pone a la sociedad en grave peligro o conflicto. La redacción del precepto constitucional en análisis no exige la

existencia de solo uno de los supuestos mencionados, menos la presencia de los tres, sino en todo caso, la gravedad del mismo; dicho en otras palabras, esta exigencia se traduce en un requisito de legalidad, mediante el cual se funde y motive la necesidad apremiante de la medida.

2. Ámbito espacial en el que será aplicable. El numeral de la Constitución que se comenta prevé que la suspensión de derechos y garantías, puede ser en todo el país o en lugar determinado. Luego, atendiendo a la magnitud del problema que se debe enfrentar, es necesario que se exponga el por qué se justifica la suspensión o restricción del ejercicio de derechos en todo el territorio nacional o únicamente en un espacio determinado, que puede comprender una o varias entidades federativas, o uno o varios municipios, pues no se entendería una medida tan grave en toda la nación, cuando el problema solo comprende un lugar determinado del territorio.

3. Tiempo de la medida suspensiva o restrictiva. Del mismo precepto constitucional referido, igualmente se aprecia la necesidad de que en la iniciativa se indique el período de tiempo que se considera necesario para hacer frente a la situación de emergencia, puesto que el estado de excepción solo puede decretarse temporalmente; de ese modo, concluido el plazo debe restablecerse el pleno goce y ejercicio de los derechos y garantías.

4. Prevenciones Generales. Diversa condicionante para decretar la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, consiste de acuerdo con el numeral en análisis, en que debe ser por medio de prevenciones generales. Pero, ¿qué debemos entender por prevenciones generales? Para responder a la pregunta anterior, parece oportuno acudir en primer término al significado de la palabra "prevención". Así, la Real Academia define tal vocablo, entre otros, como: acción y

efecto de prevenir; igualmente como preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa.

La definición mencionada resulta útil para establecer que, por 'prevenciones generales' debe entenderse el acto del Presidente de la República de solicitar en el mismo documento o por separado, pero de manera simultánea al Congreso de la Unión para su aprobación, la restricción o suspensión de derechos y garantías. Esto es, las prevenciones generales constituyen la propuesta que el Presidente hace al Congreso de aquellos derechos que considera necesarios sean restringidos o suspendidos para prevenir o hacer frente de manera eficaz a la situación grave que enfrente o deba enfrentar la nación.

Lo anterior ya que, como lo refiere Mario de la Cueva,[13] los derechos fundamentales que prevé la Constitución son muy amplios, de ahí que no se puedan suspender en abstracto, porque entonces deja de existir el criterio de la necesidad de restringir o suspender el ejercicio de ciertos derechos; de modo que las prevenciones generales deben entenderse como la medida y límite de la restricción o suspensión de derechos y garantías.

Ello porque, para poder aprobar las medidas concretas que el Ejecutivo requiere de manera concomitante al decreto de restricción o suspensión de garantías, el Congreso debe conocerlas; de otra forma, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República podría determinar a su antojo los términos y condiciones del referido decreto.

[13] Mario de la Cueva, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* serie estudios jurídicos, núm. 41, México, UNAM, 2006, pp. 16 y 17.

5. Revocación del decreto. Por otra parte, el Congreso puede revocar el decreto de suspensión o restricción de garantías, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 29 de la Constitución, lo que me parece lógico, ya que bien puede ocurrir que la situación de emergencia hubiera cesado o disminuido antes del plazo otorgado, caso en el cual quedan, de inmediato, sin efecto las medidas adoptadas durante la situación de emergencia; con la particularidad además de que el Ejecutivo no puede hacer observaciones al decreto por el que el Congreso revoque la restricción o suspensión.

7. LEYES DE EMERGENCIA

Una vez en estado de excepción, el Ejecutivo debe emitir los decretos de ley necesarios para hacer frente a la situación extraordinaria que se viva en todo el territorio nacional o en parte de él. La necesidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir leyes se justifica porque, como lo hacen ver Fix-Zamudio y Valencia Carmona[14] al citar a Donoso Cortés, si quien aspira a gobernador en tiempos de disturbios y trastornos con leyes comunes es un imbécil, será un temerario quien pretenda gobernar sin leyes.

A esas leyes se les conoce como de emergencia, en virtud de que se emiten por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias, de modo que tienen carácter transitorio, ya que su objetivo es hacer frente a las necesidades extremas que afectan de manera grave el orden público, de ahí que dichas leyes dejan de tener vigencia superada esa situación, como así lo establece el cuarto párrafo del precepto constitucional en análisis.

[14] *Op. cit.,* nota 5, p. 36.

8. MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Precisado lo anterior, la primera interrogante que surge es: ¿existen mecanismos de protección de los derechos fundamentales durante ese período de excepción? La respuesta la encontramos en el propio artículo 29 de la Ley Suprema de la nación; como se vio, dicho numeral autoriza la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos; señala el procedimiento a seguir. Mientras que respecto de los medios de defensa, podemos advertir que son dos los que tutelan los derechos humanos durante ese período de anormalidad constitucional: *a)* el juicio de amparo y *b)* la revisión oficiosa a cargo de la Suprema Corte que de las leyes de emergencia expida el Ejecutivo Federal, durante ese lapso.

A raíz de la reforma de 10 de junio de 2011, se ajustó el contenido del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los compromisos internacionales que nuestro país había pactado, específicamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tanto que, el citado precepto se homologa en cuanto a derechos humanos insuspendibles a lo previsto en el precepto 27 del referido compromiso internacional. De ahí que, actualmente, de llegar a decretarse el estado de excepción, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la niñez, los derechos políticos, las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna, el principio de legalidad y retroactividad, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la desaparición forzada y la tortura, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Dicha reforma es sin duda de la mayor importancia en tanto que, por disposición de la Ley suprema, ni aun en presencia de una situación grave pueden suspenderse los derechos que menciona expresamente el citado precepto constitucional. Luego, el juicio de amparo es considerado una garantía para la protección de los derechos fundamentales del hombre, según lo ha considerado la Suprema Corte mediante jurisprudencia, al establecer que

> Históricamente las garantías individuales se han reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo.[15]

Entonces, puede considerarse que al no ser suspendible, el juicio de amparo es un medio de tutela de derechos humanos durante el estado de excepción.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que el amparo es una garantía insuspendible, según se aprecia de la opinión consultiva 9/87

> LA CORTE,
> ES DE OPINIÓN,
> por unanimidad

[15] Tesis: P./J. 2/97 (9a.), de rubro Agravios inoperantes. lo son los que sostienen que los juzgadores de amparo violan garantías individuales, solamente en ese aspecto, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, tomo V, Enero de 1997, p. 5. Reg. IUS 199492.

> 1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.[16]

El diverso mecanismo de control mencionado se advierte precisamente de la referida reforma constitucional, ya que por primera vez en la historia de nuestro país se otorga de manera expresa competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para revisar de oficio los decretos que expida el Presidente de la República, una vez que esté determinado y subsista el estado de excepción.

La importancia de la intervención del Poder Judicial a través de su Máximo Tribunal, en situaciones de excepción, es tal que contribuirá a evitar la arbitrariedad en la expedición de leyes de emergencia y su aplicación, en tanto que de ese modo la Suprema Corte estará en aptitud de pronunciarse en relación con la concordancia y proporcionalidad de las leyes que en dicha situación expida el Presidente de la República, respecto a la limitación o suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales que autorice el Congreso de la Unión, lo que redundará en beneficio de los gobernados.

Es cierto que en México, afortunadamente, han sido muy pocas las ocasiones en que se ha recurrido al uso del estado de excepción, sin embargo, no debemos olvidar que en la última de tales ocasiones, esto es en 1942, se limitó incluso de

[16] Corte IDH, "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A No. 9. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc

manera expresa la procedencia del juicio de amparo en contra de disposición de las leyes de emergencia o de algún acto derivado de ellas, lo que se estableció en el artículo 18 de la ley de Prevenciones Generales.

Lo anterior fue avalado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al emitir algunos criterios, durante la Quinta Época, en la que se estableció la improcedencia del juicio de amparo respecto de leyes de emergencia y actos realizados durante el tiempo en que se suspendieron garantías, entre otras, en la tesis de rubro: SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO TRATÁNDOSE DE LA. (LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA).[17]

Ahora, en virtud de lo novedoso de la revisión oficiosa producto de la reforma referida a cargo del Máximo Tribunal, así como de la falta de explicación en las iniciativas que la motivaron, al igual que de la discusión y su aprobación, se dificulta conocer cuál fue realmente la intención de otorgar competencia a la Suprema Corte, para el efecto destacado, y menos se sabe en términos precisos el procedimiento que deberá seguirse, pues a la fecha no se ha expedido la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional, por lo que el presente trabajo se ocupara mayormente del análisis de este medio de control de reciente creación.

8.1 ¿Cómo entender la revisión oficiosa a cargo de la Suprema Corte?

Para dar respuesta a esta interrogante es conveniente hacer referencia a alguna de las clasificaciones que propone la doctrina de los medios de control de constitucio-

[17] Tesis [A]: 1a. *s.n.* (5a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Quinta Época, *s. t., s. f.,* p. 923, Reg. IUS 296680.

nalidad. Así, por ejemplo, José Julio Fernández Rodríguez[18] señala que los procesos constitucionales son los relativos a:

1. El control de constitucionalidad de la ley;
2. La defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y,
3. Los atinentes a la distribución del poder.

De acuerdo con lo anterior, es factible entender que la Constitución Política de nuestra nación contempla los tres tipos de procesos o mecanismos de control.

1. De control de constitucionalidad de la ley. Atendiendo al orden en que aparecen en la Carta Fundamental, encontramos:
   a) El que es objeto de análisis, es decir, la revisión oficiosa que prevé el último párrafo del artículo 29 constitucional de las leyes de emergencia.
   b) El juicio de amparo, pues en términos del artículo 103 de dicha Constitución procede respecto de normas generales que violen derechos humanos; respecto de normas generales que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México; y, en contra de normas generales de las entidades federativas o del Distrito Federal que invadan la competencia de la autoridad federal;
   c) Controversias constitucionales, en términos de la fracción I del artículo 105 del Pacto Federal.

[18] Voz, "Procesos constitucionales", *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, tomo II 6. W, CJF-IIJUNAM, México, 2014, p. 1054.

d) Acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con la fracción II del mismo precepto constitucional.

2. En relación con la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales. Aunque eventualmente se pudieran impugnar leyes que impliquen contradicción con algún derecho humano tanto en las acciones de inconstitucionalidad como en las controversias constitucionales, considero que en realidad los que tienen como objetivo prevenir o reparar violación a los derechos fundamentales que prevé la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte, son: *a)* La revisión oficiosa que prevé el último párrafo del artículo 29 constitucional; y, *b)* El juicio de amparo.
3. En cuanto a la garantía de distribución de poder, que el mecanismo o proceso constitucional de carácter jurisdiccional que establece nuestra Ley Suprema es sin duda la controversia constitucional por excelencia (pues mediante su ejercicio se faculta al Tribunal Constitucional de nuestro país), revisar y hacer respetar el reparto que del poder se ha determinado en la misma, lo que puede ocurrir desde un aspecto horizontal del poder, o en cuanto a la distribución vertical. Es cierto que también el juicio de amparo puede ser útil para impugnar actos o normas que restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia de la Ciudad de México, así como tratándose de normas generales o actos de los Estados o de la Ciudad de México que invadan la competencia de la autoridad federal; sin embargo, dicho juicio únicamente procederá cuando se violen derechos humanos reconocidos por la Constitución.

8.2. En relación con sus alcances

Una manera diversa de entender la atribución que otorga la Constitución de la República al máximo órgano de justicia en el país, mediante la revisión oficiosa, es

desde luego, establecer los alcances de los mecanismos de control, para lo cual es útil la clasificación que se hace entre control abstracto y concreto de la constitucionalidad de leyes. Tal clasificación es quizá, como bien lo señala Brage Camazano,[19] la más tradicional e importante.

El origen de la clasificación mencionada se encuentra, según el referido autor, en la doctrina germana. Así, tratándose de control abstracto de las leyes, esto ocurre cuando una ley se somete a revisión ante el Tribunal Constitucional a instancia de ciertos órganos políticos y al margen de todo litigio o caso concreto, así como de la aplicación que pudiera tener esa ley; en cambio, el control concreto de la constitucionalidad de las leyes se ejerce a la hora de resolver un litigio.

En México, el caso más claro de un medio de control abstracto de constitucionalidad en sede judicial es la acción de inconstitucionalidad, prevista en la fracción II del artículo 105 de la Ley Suprema de la Nación; mientras que un mecanismo de control concreto es sin duda el juicio de amparo, donde en un proceso constitucional puede cuestionarse la contravención de una norma respecto de la Constitución, con motivo de su entrada en vigor y en perjuicio de uno o varios gobernados.

Es importante referir que independientemente de que se trate de un mecanismo de control abstracto o de uno concreto de constitucionalidad, ambos tienen como misión hacer que prevalezca la supremacía constitucional. De modo que, para ese fin, el Tribunal competente deberá realizar un juicio lógico de ponderación y contraste entre la norma impugnada y aquella de la Constitución que se plantea como violentada.

[19] Voz "control constitucional" en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, tomo I, A-F, CJF-IIJUNAM, México, 2014, p. 207.

Atendiendo a lo mencionado, considero que la revisión oficiosa de las leyes que expida el Presidente de la República, en ejercicio de facultades legislativas delegadas, debe entenderse como un medio de control abstracto de constitucionalidad puesto que su análisis debe suceder al margen de todo litigio o aplicación a un caso concreto.

8.3. Revisión de oficio

Para entender la revisión de oficio en el ámbito jurisdiccional es necesario recordar que, el análisis la regularidad constitucional de las leyes suele ocurrir a solicitud de parte o de oficio.

No está de sobra recordar que, el control judicial de normas generales se presenta, básicamente, en aquellas naciones que cuentan con una Constitución rígida, como es el caso de México; sin embargo, para declarar la inconstitucionalidad de una norma general por contravenir algún precepto de la ley suprema, los órganos jurisdiccionales requieren generalmente que se solicite así en el litigio correspondiente, es decir, que la facultad de los tribunales precisa, para determinar si una ley o reglamento se ajusta o no a los parámetros establecidos en la Constitución, de que lo hagan valer las partes. Así ocurre en la mayoría de los mecanismos que autorizan dicho control.

Basta advertir que mediante el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales a los que se ha hecho referencia, es necesario invocar la inconstitucionalidad de una norma por quien tenga legitimación para ello, para que el Tribunal conozca de ese medio de control, a efecto de que pueda hacer un pronunciamiento respectivo.

No obstante, tratándose de derechos humanos, la situación varía ya que en esos casos la intervención del órgano jurisdiccional competente puede llevarse a cabo de oficio, en dos vertientes, como se entiende de las tesis del rubro siguiente: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.[20] y CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.[21]

La primera ocurre cuando en juicio, sin que lo solicite alguna de las partes, el juzgador advierte que la aplicación de alguna norma, que en ese caso rige la situación a dirimir, puede afectar un derecho humano reconocido en la Constitución o en algún tratado internacional, cuya observancia es obligatoria, pues en ese hipotético caso, a pesar de la presunción de legalidad de esa ley, debe atenderse a lo indicado por la ley suprema o por el tratado internacional.

Como esa inaplicación de la ley que prevé el caso a resolver puede obedecer a que contradice un precepto constitucional o un tratado internacional, en relación con un derecho fundamental, suele distinguirse entre norma inconstitucional o inconvencional, dependiendo de dónde se tutele ese derecho; en ambos casos, la declaratoria de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, de ser el caso, no va más allá de los límites del litigio en que se hace el pronunciamiento.

Tal modo de entender este tipo de control oficioso, en nuestra nación es reciente, en virtud de que aparece con motivo de la reforma al artículo 1o. de la

[20] Tesis [A]: P., P.LXVII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo 1, diciembre de 2011, p. 535, Reg. IUS 160589.

[21] Tesis [A]: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo II, octubre de 2015, p. 1647, Reg. IUS 2010143.

Constitución de 2011; esto influyó para que se aceptara el control difuso de constitucionalidad, como puede advertirse de diversas tesis que se han emitido.

Sin necesidad de juicio. Se presenta cuando el propio sistema establece que determinadas leyes, antes de entrar en vigor, sean revisadas por el órgano constitucional correspondiente, como ocurre por ejemplo en Francia, tratándose de leyes orgánicas, a través del Consejo Constitucional.

En México, la actuación oficiosa por conducto de la Suprema Corte, acontecía únicamente, para averiguar algún hecho o hechos que pudieran constituir grave violación de alguna garantía, pues así lo establecía el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución, supuesto que pasó a ser competencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como se desprende del último párrafo del diverso numeral 102 del propio pacto federal, en virtud de la reforma constitucional en comento.

Ahora, es en el último párrafo del numeral 29 de la Ley Suprema en que se introduce la revisión oficiosa de los decretos que, durante el estado de excepción, expida el Presidente de la República; de modo que en este caso nos encontramos ante un medio de control judicial de constitucionalidad, de oficio, lo que resulta novedoso en nuestro sistema jurídico, pues además, esa revisión puede impedir que alguna o varias leyes de emergencia, que la Suprema Corte considere que no se ajustan a los alcances y fines del decreto que estableció la restricción o suspensión de derechos fundamentales, tenga aplicación y genere perjuicios en contra de los gobernados, al no poder entrar en vigor; pues la correspondiente resolución de inconstitucionalidad tendrá efectos generales al llevarse a cabo de manera abstracta.

8.4. ¿La revisión oficiosa de esos decretos debe ser antes o después de que entran en vigor?

Otro aspecto que genera duda es si la revisión oficiosa que debe llevar a cabo la Suprema Corte de los decretos que emite el Presidente de la República en situación de emergencia, debe tener lugar antes de que entre en vigor o si por el contrario ello debe verificarse con posterioridad, porque la Constitución únicamente dispone que dichos decretos serán revisados de oficio e inmediatamente por el Máximo Tribunal.

Ante la falta de claridad en cuanto a la oportunidad para que intervenga la Suprema Corte, y con el objeto de tratar de aclarar ese aspecto, es necesario distinguir entre expedir, promulgar y publicar un decreto o ley; pues según se ha indicado, el precepto constitucional en análisis solo se refiere a expedir decretos durante la restricción o suspensión de garantías.

Lo dicho, en virtud de que la delegación de facultades para expedir leyes por el Presidente de México no exime al titular del Ejecutivo de cumplir los requisitos y formalidades que para la entrada en vigor y obligatoriedad de una ley exige la Constitución. Así, los artículos 70 y 72 de la Ley Suprema de la Unión, establecen, el primero, que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto "y que se promulgarán", mientras que el numeral citado en segundo orden prevé "se remitirá al Ejecutivo, quien si no tuviera observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente".

Adicional a lo señalado, los artículos 3o y 4o del Código Civil Federal, disponen que las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de obser-

vancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Diario Oficial, salvo cuando la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fije el día en que debe comenzar a regir.

La necesidad de establecer la diferenciación aludida resulta más evidente cuando advertimos que es común entender y confundir expedición, promulgación y publicación de leyes.

Luego, si como se ha dicho, la Constitución establece como parte del proceso legislativo la expedición, promulgación y publicación para que adquiera vigencia una ley o decreto, ello lleva a entender que se trata de situaciones o fases diversas, cuya distinción puede ser útil para comprender si la revisión que debe llevar a cabo el Tribunal Constitucional, debe ser entendida como preventiva o no.

8.5. Expedición de leyes-decretos

Si atendemos al significado de la palabra expedir, encontramos que el Diccionario de la Lengua Española lo define como "dar curso a las causas y negocios; despacharlos, extender por escrito con las formalidades acostumbradas, bulas, privilegios, reales órdenes, etc."[22]

La definición anterior es útil, sin embargo, lo importante, para efectos del presente trabajo, es comprender qué se entiende por expedir leyes, en tanto que de

[22] Voz "expedir" en *Diccionario de la Lengua Española*, tomo I, vigésima segunda edición, Madrid Espasa Calpe S.A., 1992, p. 935.

ese modo podremos ubicar en qué momento del proceso de creación de una ley o decreto ocurre la expedición y qué consecuencias jurídicas genera esa fase.

En palabras de Francisco Berlín Valenzuela,[23] en materia parlamentaria en general, la expedición de leyes en los distintos países, recibe nombres diferentes, pero su equivalente es dar curso a las leyes aprobadas por el parlamento con las formalidades establecidas para el proceso legislativo.

En nuestro país, la expedición de leyes tiene lugar después de que la aprueba el Poder Legislativo, esto es, una vez discutida y aprobada la iniciativa correspondiente, de ese modo, como bien lo dice el citado autor, con la expedición de leyes se genera la separación jurídica de estas del órgano legislativo que las ha creado.

8.6. Promulgación de leyes y decretos

Por su parte, la promulgación de leyes, en el caso de régimen democrático de división de poderes presidencialista como el nuestro, según Luis J. Molina Piñeiro[24] consiste en el acto por el cual el Presidente dispone publicar, después de su aprobación, una ley o decreto que le ha remitido el Poder Legislativo, es decir, cuando el titular del Ejecutivo determina no hacer uso del derecho de veto.

8.7. Publicación de leyes y decretos

Por lo que respecta a la publicación, se puede decir que es la culminación del proceso legislativo y constituye una obligación pues una vez discutida, aprobada y

[23] Voz ""expedición" en *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios,* serie II, Léxico y discurso parlamentario, volumen I, tomo 1, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 420.

[24] Voz "promulgación de leyes", *ibídem*, p. 792.

sancionada la ley o decreto se da a conocer a los habitantes de la nación a través del medio de difusión creado para ese fin, en México, se denomina *Diario Oficial de la Federación*, y de ese modo, adquiere obligatoriedad.

De acuerdo con lo señalado, puede decirse que la expedición de una ley o decreto es un acto previo a la promulgación; como ya se indicó, es la remisión o envío del Legislativo al titular del Ejecutivo. Por su parte, la promulgación implica el acto por el cual el Presidente autentifica la existencia y regularidad, a la vez que toma la decisión de ordenar la publicación de la ley o decreto para que sea conocida por sus destinatarios y entre en vigor.

Visto así, desde mi perspectiva, la intervención de la Suprema Corte en la revisión oficiosa de las leyes que expida el Presidente de la República, durante la restricción o suspensión del ejercicio de derechos garantías, acontece antes de que esa norma adquiera vigencia y obligatoriedad; por lo que, tal mecanismo de control de constitucionalidad puede clasificarse como a *priori* o previo. Así, la promulgación y publicación de los decretos en comento tendrá verificativo una vez que el Máximo Tribunal de la nación, haya determinado su constitucionalidad y validez, no antes.

Recapitulando, la revisión oficiosa que se analiza debe entenderse como un mecanismo de control abstracto, de oficio, *a priori* o previo; cuya misión es la protección de los derechos fundamentales y garantías durante el estado de excepción.

9. ¿QUÉ ES UN DECRETO?

Bien, de acuerdo con la porción del precepto constitucional que se analiza, la tarea que se impone al Máximo Tribunal de Justicia en el país, antes de la vigencia del

estado de excepción, es revisar los decretos que durante ese tiempo expida el Presidente de la República, de ahí que resulte necesario entender ese tipo de decretos.

Así, el Diccionario de la Lengua Española,[25] define como decreto: "la resolución, decisión o determinación del jefe del Estado o de un tribunal o Juez sobre cualquier materia o negocio." De acuerdo con esta definición, es posible entender que los decretos, en una primera aproximación, igualmente pueden clasificarse en:

1. Administrativos; los que como menciona Magdalena Aguilar y Cuevas,[26] implican la expresión de voluntad del órgano Ejecutivo que dicta resoluciones en ejercicio de sus funciones, sobre una especie de negocios públicos; ello con apoyo en la fracción I, del artículo 89 constitucional.
2. Judiciales; pues en términos del precepto 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles, las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite. Tales decretos deben dictarse al dar cuenta el secretario con la promoción respectiva, según el diverso numeral 221 del propio cuerpo normativo.
3. Legislativos; el artículo 70 de la Constitución dispone que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto; el diverso 71 prevé quiénes tienen derecho a iniciar leyes o decretos; mientras que el numeral 72 de la misma Ley Suprema, establece que todo proyecto de ley o decreto,

[25] Voz "decreto", *op. cit.*, nota 22, p. 669.

[26] Voz "decretos administrativos" en *Enciclopedia jurídica latinoamericana*, t. IV D, Porrúa-IIJUNAM, México, 2006, p. 98.

cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas.

En particular, los decretos que interesan son los que expide el titular del Ejecutivo Federal, los que pueden entenderse como:

1. Decreto-ley. Según Manuel González Oropeza,[27] la fusión del decreto con la ley, que ha motivado el término decreto-ley, proviene de la doctrina francesa que surgió con la gran depresión, cuando las circunstancias económicas y las condiciones de emergencia creadas por la guerra, facultaron al Presidente para expedir decretos que constituían ciertas leyes, con la autorización y ulterior aprobación del propio legislador. En el caso de nuestra nación, se entiende que se trata de un decreto-ley cuando la propia Constitución atribuye al Ejecutivo facultades para legislar sin necesidad de que el Poder Legislativo otorgue esa atribución, así sucede en el caso de las disposiciones generales que emite el Consejo de Salubridad que depende directamente del Presidente de la República, como se advierte de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución.
2. Decreto-delegado; este tiene lugar cuando el Congreso de la Unión delega facultades extraordinarias al Presidente de la República para legislar en los casos de excepción que prevé el artículo 49 constitucional, es decir, cuando se actualizan las hipótesis de los diversos preceptos 29 y 131 de la propia Constitución.

[27] Voz "decreto ley" en *Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*, volumen I, tomo 1, serie II México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión LVI, Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, 1997, pp. 323 y 324.

Así, las leyes que emite el Ejecutivo Federal, mediante facultades delegadas en términos de los artículos 29 y 131, tanto en la doctrina como en la práctica judicial, se les conoce con el nombre de Leyes de Emergencia.

10. ¿EL MEDIO DE CONTROL QUE SE ANALIZA PUEDE CONSIDERARSE UN PROCESO JURISDICCIONAL?

En principio, habrá que establecer el significado que tiene en el lenguaje común la voz "proceso", para lo cual, al acudir al Diccionario de la Lengua Española[28] encontramos que entre otros, se le atribuye: "conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial."

Desde luego que así como se habla de procesos naturales, de producción, etc., igualmente en el campo del derecho tenemos procesos legislativos, administrativos y por supuesto los jurisdiccionales.

Calamandrei[29] menciona que "proceso", fuera del campo jurídico, también tiene un significado común que, derivado del verbo "proceder", indica en general la continuación de una serie de operaciones variadas vinculadas por la unidad del fin: se habla de proceso quirúrgico, de proceso químico, mientras que para los juristas, proceso es la serie de actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional.

[28] Voz "proceso" en *loc. cit*., nota 22, p. 1671.

[29] Citado por José de Jesús Gudiño Pelayo, *Introducción al amparo mexicano*, 2a. ed., Noriega Editores ITESO, México, 1999, pp. 43-44.

Fernando Flores García,[30] después de hacer referencia a lo que han señalado autores como Chiovenda, Ugo Rocco y Carnelutti respecto de "jurisdicción", indica que este término puede concebirse como una potestad de deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y por un agente imparcial.

Atendiendo a lo que se ha mencionado tanto de proceso como de "jurisdicción", parece acertada la propuesta de Gudiño Pelayo[31] de entender por proceso jurisdiccional al conjunto de actos regulados por normas jurídicas, las que determinan los órganos del Estado, las partes, formalidades, términos y procedimientos, mediante los cuales el Estado realiza la función jurisdiccional.

En virtud de lo indicado, considero que puede concluirse que el medio de control establecido en el último párrafo del artículo 29 de la Constitución no puede entenderse como un proceso netamente jurisdiccional, en tanto que no es propiamente una acción procesal que origine la sustanciación de un procedimiento jurisdiccional, con motivo de un litigio entre partes, que culmine con una sentencia.

De ese modo, opino que le asiste razón a Díaz Romero[32] cuando destaca que esta nueva atribución de la Suprema Corte para revisar los decretos que expida el Ejecutivo, una vez determinado y subsistente el estado de excepción, queda al margen

[30] Voz "jurisdicción" en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, tomo VI. H-K, Porrúa-IIJUNAM, México, 2006, pp. 643-644.

[31] José de Jesús Gudiño Pelayo, *op. cit.*, nota 29, p. 44.

[32] *Op. cit.*, nota 12, p. 65.

de la función propiamente jurisdiccional que de ordinario le corresponde, lo que significa que tal revisión deberá entenderse en vía administrativa.

11. ¿PUEDE INTEGRAR JURISPRUDENCIA LO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE EN LA REVISIÓN OFICIOSA?

Con anterioridad se mencionó que la revisión oficiosa que establece el último párrafo del artículo 29 de la Constitución no constituye un proceso jurisdiccional, y que se trata de una revisión en vía administrativa. Ahora, esa circunstancia no es motivo para considerar que lo resuelto a través del citado mecanismo de control de constitucionalidad impida que se integre jurisprudencia, ya que de conformidad con el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ello es factible, pues el precepto legal citado en último término señala que la jurisprudencia que establezca el Máximo Tribunal, ya sea en Pleno o en Salas, en las ejecutorias que pronuncie en los asuntos de su competencia distinta del juicio de amparo, se regirá por las disposiciones de la Ley de Amparo.

Luego, si el requisito para integrar jurisprudencia es que la resolución se emita en un asunto competencia de la Suprema Corte, y si por disposición del último párrafo del artículo 29 de la Constitución, corresponde a dicho alto Tribunal revisar de oficio e inmediatamente los decretos correspondientes a las leyes de emergencia, es razonable concluir que, con lo decidido en tales asuntos, puede integrarse jurisprudencia.

Para la integración de la jurisprudencia en el caso de la revisión oficiosa a que me refiero, mientras no se emita la ley reglamentaria del precepto constitucional referido, en que se pueda regular esa cuestión, considero que deberá atenderse a

lo previsto por la Ley de Amparo, por así disponerlo el numeral de la Ley Orgánica referida. Así, la jurisprudencia podrá derivar de la reiteración de un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en sesiones diferentes, por mayoría de cuando menos ocho votos (artículo 222 de la Ley de Amparo).

12. ¿PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LAS LEYES DE EMERGENCIA O SU APLICACIÓN, UNA VEZ QUE LA CORTE RESUELVE QUE SON CONSTITUCIONALES Y VÁLIDAS?

Si partimos de que las leyes de emergencia que expida el Presidente de la República deben ser revisadas de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es posible pensar de inicio que, si dicho Tribunal resuelve que tales decretos son constitucionales y por tanto válidos, entonces ya no es procedente que sean objeto de control a través de diverso medio, en virtud de que el Máximo Tribunal ya realizó el pronunciamiento respectivo; sin embargo, ello no es así, en tanto que el propio artículo 29 constitucional, en su párrafo segundo, establece que en los decretos que se expidan no podrán suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Desde esa óptica, considero, el último párrafo del precepto constitucional que se analiza, no debe interpretarse de manera aislada, sino en armonía con el diverso segundo a que se ha hecho mención que, como se ha indicado, prohíbe que en los decretos en que se determine el estado de excepción, se restrinjan o suspendan las garantías indispensables para la protección de los derechos fundamentales. Luego, si por garantías constitucionales se entienden, entre otras, los medios que prevé la Constitución para salvaguardar los derechos que consagra la ley suprema, entiendo que la garantía de que pueden hacer uso los ciuda-

danos para demandar el respeto de sus derechos fundamentales, en relación con la aplicación de una ley de emergencia, es sin duda el juicio de amparo.

Por supuesto que en contrario, se podrá argumentar que la anterior conclusión es incorrecta porque eventualmente los tribunales de menor jerarquía del Poder Judicial de la Federación (juzgados, tribunales unitarios o colegiados de circuito) podrían emitir fallos contradictorios en relación con el emitido por el Máximo Tribunal de Justicia en el país, en que hubiere determinado mediante la revisión en términos del tan citado artículo 29 del Pacto Federal, la constitucionalidad y validez de la ley de emergencia reclamada posteriormente mediante juicio de amparo.

Esa postura creo sería equivocada por las siguientes razones:

1. Porque, como se ha indicado, no se trata del mismo medio de control de constitucionalidad, en tanto que la revisión oficiosa que prevé el artículo 29 de la Ley Suprema del país es de carácter administrativo, mientras que el juicio de amparo es un auténtico proceso jurisdiccional.
2. El análisis que realice la Suprema Corte mediante la citada revisión, debe entenderse en abstracto; mientras que el escrutinio a que se somete la ley de emergencia mediante juicio de amparo, con motivo del acto de aplicación, deberá ser fundamentalmente a partir de los planteamientos de inconstitucionalidad que se formulen en la demanda de amparo, los que por supuesto pueden ser de una variedad tal como la imaginación de los promoventes lo permita. Lo anterior es más evidente si se toma en cuenta que la revisión oficiosa debe realizarse en un período muy breve, como lo manda la Constitución, en donde además no habrán de desahogarse pruebas al no tratarse de un contradictorio.

3. No se prevé como causa de improcedencia del juicio de amparo que la Suprema Corte hubiera declarado la constitucionalidad y validez de una ley de emergencia, en diverso medio de control de constitucionalidad. Más aún, de una interpretación *a contrario sensu*, de la fracción VIII, del artículo 61 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución, se entiende que cuando el Máximo Tribunal de Justicia en el país se ha pronunciado por la constitucionalidad de una ley, en términos de lo dispuesto por las fracciones I y II del artículo 105 de la Ley Suprema de la Unión, es decir, en controversias o acciones de inconstitucionalidad, es procedente el juicio de amparo contra esa ley.
4. En caso de que en el juicio de amparo se formulen conceptos de violación respecto de temas ya analizados vía revisión por la Suprema Corte, ello no hace improcedente el juicio de amparo en relación con otros aspectos, de modo que en ese supuesto el Tribunal de amparo deberá desestimar por inoperante esos planteamientos, pudiendo conceder el amparo y protección de la justicia por otros motivos ajenos a los que analizó la Corte mediante la revisión oficiosa.

13. CRITERIO DE LA CORTE INTERAMERICANA

En relación con la posibilidad de limitar la procedencia del juicio de amparo, durante el estado de excepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha pronunciado dos opiniones consultivas OC-8/87, ha señalado que

> 43. Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones

> de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.[33]

Mientras que en la diversa OC-9/87, se consideró

> 38. La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que esta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. 39. Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquellos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.[34]

14. PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL JUICIO DE AMPARO Y LA REVISIÓN OFICIOSA

Se ha señalado que el juicio de amparo ha sido históricamente el medio de control por el que los gobernados pueden reclamar el respeto o restitución de algún derecho fundamental, cuando es violado por alguna autoridad, ya sea cuando esta dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar actos que en concepto del promovente, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; o cuando omite el que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones

[33] Corte IDH, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

[34] Corte IDH, "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A No. 9. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc

jurídicas. A partir del tres de abril de 2013, incluso se pueden impugnar actos de particulares siempre que sean equivalentes a los de la autoridad, y cuyas funciones estén determinadas por una norma.

Tratándose del recurso de revisión oficiosa de reciente creación, que establece el artículo 29 del Pacto Federal, su propósito es igualmente la tutela de los derechos humanos, reconocidos por la Constitución y las garantías para su protección, pero en circunstancias muy específicas, esto es, cuando se hubiere decretado el estado de excepción.

Teniendo en cuenta lo señalado, cabe destacar los aspectos más evidentes que distinguen a ambos mecanismos, así como aquellos que los asemejan, pues como se ha indicado, tienen como objetivo la defensa de los derechos fundamentales que establece la Constitución.

Diferencias. *1)* El juicio de amparo procede únicamente a instancia del o los agraviados; la revisión de los decretos aludidos se debe realizar de manera oficiosa. *2)* El juicio de amparo ha sido entendido como un verdadero juicio o proceso; la revisión considero que no tiene ese carácter. *3)* En el amparo cuando la sentencia es favorable, se restituye al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, de ahí que se trata de un medio de control *a posteriori* o sucesivo; si en la revisión se concluye que la ley de emergencia que expide el Ejecutivo es contraria a la Constitución, se puede evitar que entre en vigor. *4)* El juicio de amparo procede respecto de actos que pueden resultar violatorios de una o varias personas; en la revisión se pretende proteger a los ciudadanos en general, vinculados con esa ley de emergencia. *5)* El juicio también llamado de garantías, procede en todo tiempo y respecto de actos de toda

autoridad, ajustándose a lo previsto por la ley reglamentaria; la revisión en cambio solo opera cuando se hubiere decretado el estado de excepción y únicamente en relación con las leyes que en ejercicio de facultades delegadas emita el Ejecutivo Federal; lo que, como ya se indicó, puede entenderse como un mecanismo de control a *priori* o preventivo.

Semejanzas. Las similitudes que me parecen más evidentes son: *1)* Tanto el juicio de amparo, como la revisión oficiosa que establece la última parte del artículo 29 constitucional, tienen como objetivo tutelar derechos fundamentales y sus garantías. *2)* Ambos tienen rango constitucional, el juicio de amparo se prevé en los artículos 103 y 107, en tanto que la revisión oficiosa se establece en el artículo 29, todos de la Carta Magna. *3)* De ambos puede conocer la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose del juicio de amparo, mediante el recurso de revisión, en el caso de amparo contra leyes o a través de la facultad de atracción en los términos y condiciones que establecen la Constitución, la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como los acuerdos generales expedidos por la propia Suprema Corte; mientras que por lo que se refiere a la revisión oficiosa contra leyes de emergencia, quien deba conocer será siempre el Alto Tribunal mencionado.

Desde luego, que tanto las diferencias como las semejanzas enunciadas seguramente no son las únicas, sino que parecen las más evidentes. Aunado a que lo que se pretende es tratar de entender el mecanismo de control constitucional de reciente creación previsto en el último párrafo del artículo 29 constitucional.

15. SUPUESTOS EN QUE LOS TRIBUNALES DEL FUERO COMÚN PUEDEN CONOCER DEL AMPARO CONTRA LEYES DE EMERGENCIA

Es verdad que por regla general la autoridad jurisdiccional competente para conocer de un juicio de amparo indirecto en que se reclame la inconstitucionalidad de una ley es un Juez de Distrito; sin embargo existen dos excepciones: la primera, cuando el acto reclamado se atribuye a un Tribunal Unitario, supuesto en el cual de la demanda de amparo indirecto deberá conocer otro Tribunal Unitario; la segunda y más importante para efectos de este trabajo, se actualiza cuando el acto reclamado importe violación a los derechos fundamentales previstos en los artículos 16 en materia penal, 19 y 20 de la Constitución; en dicho supuesto, si se impugna la inconstitucionalidad de alguna ley de emergencia por contradecir alguno de los preceptos constitucionales inmediatamente indicados, la demanda de amparo podrá presentarse a discreción del quejoso ante el superior del tribunal a quien se atribuye la violación o ante un Juez de Distrito, pues así lo establece la fracción XII del artículo 107 del Código Supremo de la Nación. Imaginemos que la ley de emergencia que se considera inconstitucional se aplica en perjuicio de un quejoso, con motivo de un acto restrictivo de su libertad emitido por un Juez del fuero común, en ese caso, la demanda de amparo podrá presentarse ante el superior de ese Juez; si la ley la aplicó un Juez de Distrito, la demanda podrá presentarse ante otro Juez de Distrito o ante el Tribunal Unitario competente. En dichos casos, igualmente la sentencia que se pronuncie en el juicio de amparo, será recurrible mediante el recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

16. FUENTES

Bibliografía

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Tratado de derecho constitucional,* vol. 3, Oxford, México, 1999.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales,* Dykinson, Madrid, 2004.

DE LA CUEVA, Mario, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* serie estudios jurídicos, núm. 41, UNAM, México, 2006.

DE SILVA NAVA, Carlos, Curso de derecho constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2010.

DÍAZ ROMERO, Juan, *Ensayos y conferencias de los forjadores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comentarios a las reformas constitucionales de 2011 sobre derechos humanos y juicio de amparo,* México, 2012.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, tomo I, A-F, México, CJF-IIJUNAM, 2014.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, tomo II 6.W, México, CJF-IIJUNAM, 2014.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, tomo I, vigésima segunda edición, Madrid Espasa Calpe S.A., 1992.

DICCIONARIO UNIVERSAL DE TÉRMINOS PARLAMENTARIOS, serie II, Léxico y discurso parlamentario, volumen I, tomo 1, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997.

DICCIONARIO UNIVERSAL DE TÉRMINOS PARLAMENTARIOS, volumen I, tomo 1, serie II México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión LVI, Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, 1997.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA LATINOAMERICANA, t. IV D, México, Porrúa-IIJUNAM, 2006.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA LATINOAMERICANA, tomo VI. H-K, México, Porrúa-IIJUNAM, 2006.

FIX FIERRO, Héctor "Comentario al artículo 29 constitucional" *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones,* t. V, artículos 28-36, 4a. Ed., México, Cámara de Diputados LV Legislatura, 1994.

FIX ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA Salvador, *Las reformas en derechos humano, procesos colectivos y amparo, como nuevo paradigma constitucional,* México, Porrúa-UNAM, 2013.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, 2a. ed., Noriega Editores ITESO, México, 1999.

MATÍAS, C. Sergio, *Intervencionismo y neoliberalismo*, *estado de excepción y control constitucional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales,* 5a. ed., facsimilar, Porrúa, México, 1991.

SALAZAR, Pedro, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la constitución mexicana" en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de los derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, SCJN-UNAM, 2012.

Criterios jurisdiccionales

Tesis: P./J. 2/97 (9a.) de rubro AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO, Pleno de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, tomo V, Enero de 1997, p. 5. Reg. IUS 199492.

Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.) de rubro CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo II, Octubre de 2015, p. 1647, Reg. IUS 2010143.

Tesis: P.LXVII/2011 (10a.), de rubro CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo 1, Diciembre de 2011, p. 535, Reg. IUS 160589.

Tesis: 1a./J.2/2012 (10a.), de rubro RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, tomo 1, Febrero de 2012, p. 533. Reg. IUS 160267.

Tesis Aislada (Penal) de rubro SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO TRATÁNDOSE DE LA. (LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Quinta Época, *s. t., s. f.,* p. 923, Reg. IUS 296680.

Otras fuentes

Corte IDH, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Corte IDH, "Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A No. 9. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc

AUTOINCRIMINACIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA EN MÉXICO

Geovanni de Jesus Duran Muñoz*

Con cariño para la Dra. Yesenia del Carmen Trejo Cruz, como testimonio de mi profundo agradecimiento y admiración.

Resumen

El sistema tributario en nuestro país se encuentra configurado por un conjunto de diversas legislaciones que, de acuerdo al principio de legalidad y la actualización del hecho imponible, determinan obligaciones a cargo de los contribuyentes, atendiendo a las actividades empresariales o de consumo que los mismos desarrollan. Bajo este escenario, el Estado mexicano como sujeto activo de la relación jurídico-fiscal se constituye como titular de un derecho de crédito, que lo habilita para exigir a los obligados tributarios el pago de contribuciones en forma coactiva, en aras de la absorción de ingresos económicos en el territorio nacional.

* Técnico en Computación Fiscal Contable por la Dirección General de Educación Tecnológica Industrial; Licenciado en Derecho y Diplomado en el Sistema Procesal Penal, Acusatorio y Oral por la Universidad Veracruzana; Maestrante en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la misma Casa de Estudios; Diplomado en Derechos Humanos y en Amparo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; Auxiliar de Investigación con línea en Derecho Fiscal y Económico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Contacto: buzon juridico_geovan@hotmail.com

Sin embargo, en no escasas ocasiones, se advierte que la Administración Tributaria puede lesionar la esfera jurídica de los contribuyentes durante el ejercicio de sus facultades de comprobación, al solicitarles datos e información que pueden producir la autoincriminación de éstos y, por ende, la aplicación de sanciones administrativas o penales en su perjuicio.

Palabras clave: Autoincriminación, Administración Tributaria, contribuyentes, facultades de comprobación.

1. INTRODUCCIÓN

La recaudación de tributos en México reviste una importancia fundamental para el desarrollo económico, jurídico, social y democrático de nuestra Nación como fuente ordinaria de financiación pública, a partir de la cual el Estado sostiene su amplia estructura burocrática y realiza el desdoblamiento de sus atribuciones y tareas en beneficio de los gobernados.

Bajo este escenario, los contribuyentes —como destinatarios de las normas tributarias— resienten en su patrimonio la sustracción de riqueza por parte del ente público, derivado de su adecuación conductual al hecho imponible. Sin embargo, la imposición unilateral de cargas fiscales a los particulares no puede soslayar el parámetro de racionalidad que nuestra propia Constitución determina en el artículo 31, fracción IV, para el ejercicio de la potestad tributaria atribuida originariamente al Estado.

De esta manera, los principios constitucionales de *proporcionalidad, equidad, legalidad* y *destino del gasto público,* consagrados en el antedicho numeral, constituyen las bases generales del esquema de tributación en México y, al mismo tiempo,

atendiendo a su núcleo altamente garantista, se traducen en derechos humanos *per se*. Los cuales —en teoría— operan como cortapisas frente a las intervenciones legislativas que involucren la configuración de nuevas contribuciones.

No obstante, por la forma en que los tributos inciden en el financiamiento de las partidas presupuestales que integran el gasto social en nuestro país, los mismos han sido considerados como tópicos de interés público. En este contexto, la Administración Tributaria como delegada del Ejecutivo Federal en su función recaudatoria, es investida legalmente con amplias facultades que le permitan fiscalizar el exacto cumplimiento de las disposiciones fiscales, a través del ejercicio de sus facultades de comprobación para la determinación y cobro de contribuciones.

Sin embargo, la autoridad administrativa, al practicar inspecciones a los contribuyentes en la búsqueda del pago del adeudo tributario, puede eventualmente extralimitarse en sus funciones causando alguna afectación a la esfera jurídica de aquellos, en el marco de la verificación e investigación de obligaciones fiscales de las que son objeto.

Situación que, en muchas ocasiones, propicia el indebido fincamiento de responsabilidades administrativas e incluso penales a los sujetos pasivos, por la supuesta comisión de infracciones y delitos en contra de la Hacienda Pública. Lo anterior, con base en los documentos y datos que los contribuyentes suministran a la autoridad auditora en forma coactiva, y que pueden involucrar información potencialmente autoinculpatoria en detrimento de su propio patrimonio, libertad personal y dignidad humana; a partir de la socavación de sus derechos fundamentales a la *defensa, presunción de inocencia y no autoincriminación.*

La *autoincriminación tributaria*, poco estudiada por la doctrina jurídica en nuestro contexto nacional, por los delicados aspectos que envuelve respecto de la conflictividad de valores constitucionales, requiere de un estudio detenido y profundo que nos permita ubicarla en la justa dimensión de su trascendencia y, de esta manera, dotar a los contribuyentes de un margen sólido de seguridad jurídica en la determinación de obligaciones fiscales a su cargo y la defensa de sus derechos fundamentales. Particularmente durante el desarrollo de los diversos procedimientos legales dispuestos para la recaudación de contribuciones.

Bajo este escenario, el presente trabajo tiene como consigna evidenciar la confrontación existente entre dos figuras constitucionales protegidas. De una parte, el deber formal de los contribuyentes para colaborar con la inspección de tributos que ejerza la Administración Fiscal, vía sus facultades de comprobación —atentos al artículo 16 constitucional— y por la otra, el derecho humano que les asiste a aquellos para autopreservarse y evitar colaborar con las posibles sanciones que se les imputen, en sede administrativa o judicial —de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 20, Apartado B, fracciones I y II del mismo ordenamiento—.

2. AUTOINCRIMINACIÓN TRIBUTARIA EN VISITA DOMICILIARIA

El desarrollo de las atribuciones y tareas del Estado-Nación, en aras de la satisfacción de las necesidades sociales y el propio sostenimiento de su aparato burocrático, involucra la insoslayable generación de gastos y, por ende, la erogación de recursos económicos que comprometen el grosor de las arcas estatales en el marco de una erosionada fuente de ingresos.

La recaudación de contribuciones, en este sentido, representa para el Estado mexicano el instrumento económico ineludible de naturaleza ordinaria, a partir del cual éste puede hacer frente a los apremios financieros que suponen los gastos públicos y, de esta manera, concretar fácticamente el logro de sus fines, a través de la imposición unilateral de cargas pecuniarias a sus administrados, en ejercicio de su poder de *imperium*. Es así como desde la arena del derecho tributario, los contribuyentes —mediante las actividades empresariales o de consumo que realizan— dan vida a los supuestos hipotéticos que la ley contempla como hechos generadores de la relación jurídico-fiscal, y con ello producen o no el nacimiento de obligaciones específicas.

En este contexto, el Estado mexicano en su calidad de sujeto activo y como titular de un derecho de crédito, puede exigir de los pasivos el pago de los montos económicos a los que asciende la deuda tributaria. Corresponderá a los contribuyentes autodeterminar la obligación fiscal sustantiva a su cargo, esto es la cantidad dineraria o en especie que deban entregar al Estado. Sin embargo, ante la omisión de los pasivos en determinar el monto de su obligación, la Administración Fiscal como delegada del Ejecutivo Federal en su función recaudatoria pondrá en marcha toda la maquinaria administrativa de la que dispone, a fin de verificar el exacto cumplimiento de las disposiciones fiscales y aduaneras, en la búsqueda del pago del adeudo tributario; con lo que se advierte el empleo de sus *facultades de comprobación*.

Lo anterior delimita el inicio de los procedimientos administrativos de fiscalización que permitan la captación de los ingresos tributarios, omitidos o no enterados correctamente por los contribuyentes, a través de la revisión, investigación, determinación y cobro de contribuciones. "Las facultades de comprobación que le asisten

a las autoridades fiscales, representan una gama importante de funciones que engloban distintos actos administrativos, cuya finalidad persiguen [sic] demostrar que el contribuyente ha realizado el mandato legal en el pago correcto de impuestos [contribuciones] o bien se comprueba el incumplimiento de los mismos."[1]

Bajo esta tónica, son dos las modalidades que asumen legalmente las *facultades de comprobación* de la autoridad fiscal, a saber: *a)* revisiones de gabinete y *b)* visitas domiciliarias. Respecto de las primeras cabe mencionar que se refieren a la solicitud de información y documentación contable —parcial o total— que la autoridad tributaria formula a los contribuyentes, responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados, en el afán de corroborar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a su cargo. El desarrollo de dicha revisión tiene verificativo dentro del domicilio, establecimientos u oficinas de las propias autoridades, así como por conducto del *buzón tributario*, según se haya realizado el requerimiento; para lo cual, el obligado fiscal en vista de dar cumplimiento a dicho mandato, habrá de presentar los documentos solicitados a través de los medios impresos o electrónicos necesarios.

Por cuanto hace a las *visitas domiciliarias,* éstas son actos de fiscalización que tienen como consigna verificar la situación tributaria del sujeto pasivo, responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados, apersonándose en el domicilio fiscal, locales o establecimientos que aquellos hayan señalado al respecto. Tales visitas tienen, por lo tanto, la finalidad de auditar los libros contables, informes, declaraciones, mercancías, registros, bienes, comprobantes de pago, y demás documentos,

[1] Yesenia del Carmen Trejo Cruz, "El juicio contencioso administrativo-fiscal, en torno a la seguridad jurídica del contribuyente, por su implementación en línea", en María del Carmen Ainaga Vargas (coord.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos V,* Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, pp. 127-128.

que demuestren fehacientemente la existencia de irregularidades —o no— en el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Esta modalidad de las *facultades de comprobación* atribuidas al fisco federal —para el caso que nos atiende—, al representar un acto de molestia frente a los particulares en su domicilio, papeles y posesiones, encuentra su fundamento normativo en el artículo 16 de la Constitución Federal; el cual habilita a las autoridades administrativas para practicar visitas a los contribuyentes —ajustándose a las formalidades del cateo—, para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para la auditoría. Asimismo, los preceptos contenidos en el Código Fiscal de la Federación en los numerales 42 al 49 sirven de fundamento legal para tal efecto.[2]

Como puede observarse, en nuestro país las autoridades fiscales gozan de ciertas facultades atribuidas por el ordenamiento legal, que les permite optar disyuntivamente entre la posibilidad de practicar o no auditorías a los contribuyentes, para comprobar la situación fiscal en que éstos se encuentran. Tal circunstancia, en el caso que nos ocupa, evidencia un amplio margen de discrecionalidad ejercida por los agentes del Estado, para ponderar su apersonamiento en las residencias de los particulares y fiscalizarlos; fincados en la sola presunción del incumplimiento de sus obligaciones de pago frente al fisco, sin previamente otorgar garantía de audiencia.

[2] Véase Código Fiscal de la Federación, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2017, pp. 66-75, disponible en: *http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Paginas/2017/leyes_2017.aspx*

Situación que, en varias ocasiones, se traduce en una afectación directa a la esfera jurídica de los contribuyentes, en particular, respecto al disfrute de su domicilio y el desarrollo de su vida privada con relación a su persona, familia, papeles o posesiones. Ámbitos éstos reservados a los titulares de tales derechos, que por su propia naturaleza los excluyen del conocimiento público o de terceros.

En consecuencia, la inviolabilidad del domicilio fiscal en tanto derecho fundamental supone la protección jurídica de dicho espacio físico delimitado y los documentos correspondientes, pues es donde los contribuyentes ejercen su libertad más íntima, sin ser objeto de injerencias arbitrarias. Sin embargo, bajo el apremio de la recaudación tributaria como un tema de interés público, el Estado mexicano justifica legítimamente su intromisión al domicilio, vida privada y papeles de los particulares, para cerciorarse de que se han acatado las disposiciones fiscales en su integridad, con apego al mismo artículo 16 constitucional.

Se estima que, las visitas domiciliarias constituyen uno de los instrumentos más eficaces con los que cuenta la Administración Fiscal para incorporar al afluente económico nacional la riqueza indebidamente encubierta por los contribuyentes. Pues a través de ellas se determina *in situ* el crédito fiscal a su cargo, a partir del acopio de datos y medios de prueba. Mismos que en la vertiente sancionadora serán útiles para cerciorarse de hechos u omisiones relevantes, que determinen la aplicación desfavorable de la normativa fiscal en los casos en que se vean involucradas cuotas tributarias defraudadas, derivadas de las conductas antijurídicas emprendidas por los mismos contribuyentes.

En este punto vale la pena destacar que el desarrollo de los diversos procedimientos legales que envuelven la exacción de tributos en México, nunca ha sido

completamente guiado por una verdadera lógica de derechos que resguarde fácticamente el valor inalienable del contribuyente como persona; antes al contrario, la captación de recursos fiscales ha delineado un camino sinuoso, encaminado a la lógica inversa de la protección y garantía de sus derechos fundamentales. Por los límites propios de esta intervención, delimitamos nuestro trabajo al análisis sucinto de la *visita domiciliaria* y la forma en que ésta se relaciona con nuestro objeto de estudio. Así bien, se considera que el ejercicio de las antedichas facultades de comprobación da inicio con el primer acto que se notifique a los contribuyentes, el cual debe versar sobre un acto de efectiva fiscalización. Además de esta precisión, se debe hacer notar que las diversas autoridades hacendarias podrán ejercer tales facultades conjunta, indistinta o sucesivamente.

Dentro de la ordenación legal de las visitas domiciliarias en nuestro contexto tributario, como ya se mencionó líneas antes, el Código Fiscal de la Federación "[…] regula desde la expedición y notificación de la orden de visita, hasta la elaboración del acta final, con la cual se da por terminada la diligencia de fiscalización así como, en su caso, la elaboración de actas complementarias, cuando conforme a la ley proceda su levantamiento."[3] De igual forma, se contemplan normativamente ciertas medidas cautelares, que permitan a la autoridad auditora la incautación y protección de aquellos elementos materiales con potencial trascendencia probatoria, que coadyuven en la determinación de tributos.

Ahora bien, las *actas circunstanciadas* que se aluden, al representar actos constitutivos por parte de la autoridad fiscal, "[…] determinan una situación concreta con respecto a un asunto en particular, como la verificación de hechos o situa-

[3] Doricela Mabarak Cerecedo, *Derecho Financiero Público,* Mc Graw-Hill, México, 1995, p. 191.

ciones, o la valoración de pruebas que constituyen un pronunciamiento de la autoridad, por lo que nace el acto con plena validez."[4]

Es en este contexto donde advertimos la existencia de las obligaciones formales o accesorias de los contribuyentes, que se concretan en un *hacer*, *no hacer* o *tolerar*; en aras de facilitar el cumplimiento de la obligación principal —*de dar*—. En torno a la primera, ésta se refiere al deber de los obligados tributarios en presentar las declaraciones periódicas, avisos, mantener la contabilidad de sus operaciones, entre otras. Respecto de la segunda, se encuentra representada como aquellas prohibiciones expresas establecidas en la ley. Y finalmente, las obligaciones de tolerar, tienen como objeto el permitir las diversas diligencias administrativas que se derivan de la verificación e inspección de tributos, en ocasión del ejercicio de las facultades de comprobación de la autoridad fiscal.

Fijamos nuestra atención en esta última obligación formal enunciada, la cual conlleva la ineludible colaboración de los auditados, con el personal de la Administración Tributaria, en permitir su acceso al domicilio y mantener a su disposición la contabilidad, documentos y demás información que confirmen el cumplimiento de las disposiciones fiscales a su cargo. Lo anterior bajo el entendido de que de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones establecidas en la ley, como se constata del catálogo de infracciones tipificadas en el artículo 85 del Código Fiscal Federal:

> Artículo 85.- Son infracciones relacionadas con el ejercicio de la facultad de comprobación las siguientes:

[4] Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, *Principios de Derecho Tributario,* 5a. ed., Limusa, México, 2011, p. 142.

> I. Oponerse a que se practique la visita en el domicilio fiscal. No suministrar los datos e informes que legalmente exijan las autoridades fiscales; no proporcionar la contabilidad o parte de ella, el contenido de las cajas de valores y en general, los elementos que se requieran para comprobar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros, o no aportar la documentación requerida por la autoridad conforme a lo señalado en el artículo 53-B de este Código.
>
> II. No conservar la contabilidad o parte de ella, así como la correspondencia que los visitadores les dejen en depósito.
>
> III. No suministrar los datos e informes sobre clientes y proveedores que legalmente exijan las autoridades fiscales o no los relacionen con la clave que les corresponda, cuando así lo soliciten dichas autoridades.
>
> IV. Divulgar, hacer uso personal o indebido de la información confidencial proporcionada por terceros independientes que afecte su posición competitiva a que se refieren los artículos 46, fracción IV y 48, fracción VII de este Código.
>
> V. Declarar falsamente que cumplen los requisitos que se señalan en el artículo 70-A de este Código.[5]

Relacionado con la porción normativa anterior, el artículo 86 del mismo ordenamiento, establece la cuantía a que ascienden las respectivas multas cuando el contribuyente se oponga a colaborar con las multicitadas facultades de comprobación:

> Artículo 86.- A quien cometa las infracciones relacionadas con el ejercicio de las facultades de comprobación a que se refiere el Artículo 85, se impondrán las siguientes multas;

[5] Código Fiscal de la Federación, *loc. cit.,* pp. 116-117.

I. De $15,430.00 a $46,290.00, a la comprendida en la fracción I.

II. De $1,350.00 a $55,710.00, a la establecida en la fracción II.

III. De $2,920.00 a $73,180.00, a la establecida en la fracción III.

IV. De $117,940.00 a $157,250.00, a la comprendida en la fracción IV.

V. De $6,690.00 a $11,150.00, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan, a la establecida en la fracción V.[6]

A partir de lo anterior, resulta evidente que frente los requerimientos que realice la autoridad auditora durante las diligencias de inspección, el contribuyente carece de derecho alguno para rehusarse a proporcionar la información y documentos legítimamente requeridos, so pena de incurrir en las infracciones contenidas en el artículo 85 y hacerse acreedor a las consabidas sanciones del correlativo numeral 86 del ordenamiento tributario en cita. De esta manera, la cooperación del contribuyente con las facultades de comprobación de la autoridad fiscal se constituye como una práctica coactada, es decir, un deber formal. Deber cuyo incumplimiento se castiga con sanciones administrativas.

No obstante, suponiendo que el sujeto pasivo acepte colaborar con las antedichas diligencias de la visita domiciliaria, y por ende, con la auditoría de tributos en su domicilio, papeles y posesiones, existe la posibilidad de que al proporcionar la información y documentos que se le requieren, sin que se le prevenga, éstos contengan declaraciones de aceptación de culpabilidad involuntarias y errores en

[6] *Ibídem,* p. 117.

torno al cumplimiento cabal de sus obligaciones fiscales. Lo que se traduciría para los contribuyentes en potenciales declaraciones en contra de sí mismos —*confesiones*— dentro de los procedimientos de indagación de los que son objeto.

Aspectos todos que serán asentados en las respectivas actas circunstanciadas —parciales y final—, las cuales, como ya se dijo, producirán consecuencias jurídicas plenas en la aplicación de sanciones y cobro de créditos fiscales, por su naturaleza de documentales públicas. En términos de Trejo Cruz, "[…] las actas son los documentos que demuestran la actuación de la inspección tributaria, al lado de las diligencias, comunicaciones y los informes [...] Las actas derivadas de la inspección son documentos probatorios que permiten la verificación de los datos proporcionados por los contribuyentes en la Inspección tributaria [sic]."[7]

Ahora bien, debe destacarse —así sea brevemente— un aspecto de la mayor importancia, cuando en los resultados de la inspección tributaria concurran sospechas de la comisión de delitos fiscales. Pues bajo esta nueva premisa, las multicitadas actas circunstanciadas recobran un papel primordial en la represión de las conductas defraudadoras del fisco. Lo anterior en virtud de que, tales documentos legales podrían constituir medios de prueba en la tramitación futura de procesos judiciales para la imputación de sanciones a los contribuyentes incumplidos y, de esta manera, reguardar el orden tributario vigente a través de la imposición de las penas.

Al respecto, resulta ilustrativa la siguiente porción normativa del Código Fiscal Federal antes invocado, que a la letra ordena

[7] Yesenia del Carmen Trejo Cruz, "La autoincriminación: vulneración a los derechos del contribuyente o alternativa legal para la imposición de sanciones tributarias", *Con-ciencia Política,* nueva época, núm. 15, julio-diciembre, México, 2008, p. 176.

> Artículo 92.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos previstos en este Código. Los abogados hacendarios podrán actuar como asesores jurídicos dentro de dichos procedimientos.
>
> [...]
>
> La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el fin de formular ante el Ministerio Público el requisito de procedibilidad que corresponda, podrá allegarse de los datos necesarios para documentar hechos probablemente constitutivos de delitos fiscales.[8]

Se tiene entonces que, los procedimientos de fiscalización antes descritos, cuya naturaleza intrínseca se advierte netamente administrativa, mutan en este punto su naturaleza inicial hacia una vertiente puramente penal. En este sentido, el descubrimiento de obligaciones incumplidas por parte la autoridad fiscal, con base en la información proporcionada por el contribuyente durante la inspección de tributos —y asentada en las actas respectivas— representa para efectos del proceso penal, una suerte de recolección de evidencias constitutivas de delito, que habrán de hacer prueba plena en el momento procesal oportuno, en razón de constituir medios de convicción catalogados como documentales públicas. Sin que de todo ello se desprenda, fácticamente, un tratamiento indiciario conforme a una debida cadena de custodia.

Como hemos visto, el desarrollo de las diligencias de visita en el domicilio fiscal de los sujetos pasivos puede producir efectos perjudiciales en su esfera jurídica. Particularmente respecto de su *derecho a no declarar* y *presunción de inocencia*, pues

[8] Código Fiscal de la Federación, *loc. cit.,* p. 121.

no obstante a que la autoridad fiscal informa al contribuyente sobre el contenido de dichas actas, esencialmente dirigidas a la determinación y liquidación del tributo, no le advierte a cabalidad sobre los alcances jurídicos adversos que tales documentos pueden representarle en la articulación de procedimientos administrativos y judiciales entablados en su contra.

Es decir, el contribuyente está situado en un escenario de incertidumbre jurídica, al desconocer la aplicación dual que la autoridad tributaria puede realizar sobre la base del contenido de tales actas circunstanciadas para cobrar los créditos determinados y, al mismo tiempo, imponer sanciones en su perjuicio por la comisión de ilícitos fiscales. Lo que conlleva una aceptación involuntaria del contribuyente respecto de los datos, errores y manifestaciones que está informando de forma coactada al fisco y que finalmente, redundarían en la constatación de su participación —total o parcial— en la comisión de infracciones o delitos, indistintamente.

Vistas así las cosas, resulta inobjetable la forma en que la Administración Fiscal ejercita dos tipos de potestades públicas al interior de un mismo procedimiento fiscalizador. Por una parte, la *potestad liquidatoria,* consistente en la comprobación, investigación y liquidación del tributo; y por la otra, la *potestad sancionadora*, que se concreta en la imputación de sanciones administrativas, en razón de los ilícitos advertidos con motivo de la inspección fiscal desahogada. Sumado a ello, se destaca la posibilidad legal que le asiste a la autoridad tributaria, para aportar a la jurisdicción penal todas las actuaciones y pruebas que acrediten la probable existencia de conductas antijurídicas cometidas por el contribuyente. Como se advierte del siguiente precepto legal transcrito:

> Artículo 93.- Cuando una autoridad fiscal tenga conocimiento de la probable existencia de un delito de los previstos en este Código y sea perseguible de oficio, de inmediato lo hará del conocimiento del Ministerio Público Federal para los efectos legales que procedan, aportándole las actuaciones y pruebas que se hubiere allegado.[9]

Es precisamente en este punto, donde se avista el entrampamiento jurídico y totalmente incriminatorio que despliega nuestro orden tributario, en menoscabo del derecho fundamental del contribuyente *a no autoincriminarse*; de cara a su deber formal de colaborar con la inspección fiscal. Lo que puede derivar en la aplicación de sanciones simultáneas por la comisión de infracciones —en el marco del derecho tributario sancionador— o incluso, la imposición de penas por la comisión de delitos en contra de la Hacienda Pública —en el contexto de procedimientos penales—.

Es así que en términos de Palao Taboada, "[…] una persona se autoincrimina cuando pone en conocimiento del órgano sancionador informaciones o datos que este [sic] desconocía y no tenía otra manera de averiguar, y en los cuales puede fundarse su sanción o condena."[10]

Al respecto el autor Sanz Díaz-Palacios sostiene que

> […] la inculpación tiene lugar en virtud de materiales susceptibles de autoincriminar al obligado tributario; materiales que han de contener una declaración de voluntad o de conocimiento de dicho sujeto y, además, cuya existencia ha de tener origen, en último término, en la voluntad de ese sujeto. Toda declaración autoinculpatoria se concretaría en una aportación consciente de tales materiales

[9] *Ibídem,* p. 122.

[10] Carlos Palao Taboada, "El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario", *Revista Mexicana de Derecho Financiero y Tributario,* México, vol. I, núm. 3, enero–junio, 2015, p. 36, disponible en *http://www.revistamdft.ugto.mx/index.php/tercer-numero/item/235-el-derecho-a-no-autoincriminarse-en-el-ambito-tributario*

> al poder público; por lo que respecta al problema que nos ocupa, la declaración autoinculpatoria se concretaría en una aportación consciente de esos materiales a la Administración tributaria.[11]

Situación que evidencia la conflictividad entre estos dos valores constitucionales protegidos. Precisando lo anterior, estamos en presencia de un mandato originario que impone al sujeto pasivo la obligación formal de colaborar con la Administración Tributaria durante el ejercicio de sus facultades de comprobación —artículo 16 constitucional—;[12] lo que entra en colisión con otro mandato del mismo rango normativo que tutela los derechos del contribuyente a presumir su inocencia, no declarar o guardar silencio en ejercicio de su derecho de defensa y por supuesto el de *no autoincriminación* —artículo 20, Apartado B, fracciones I y II—.[13]

Por su sentido, resulta dable destacar las consideraciones vertidas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo

---

[11] José Alberto Sanz Díaz-Palacios, "El Derecho a no declarar contra sí mismo: La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. (Segunda Parte)", *Análisis Tributario,* vol. XVI, núm. 184, mayo, Lima, 2003, p. 26.

[12] ARTÍCULO 16. […] La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 33a. ed., México, ISEF, 2014, p. 21.

[13] ARTÍCULO 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[…]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio […]. *Ibídem,* pp. 27-28.

Circuito, en la Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50 —antes de la reforma penal de 2008—, donde estimó que

> […] la autoridad judicial puede considerar la cooperación del acusado en el esclarecimiento de los hechos, como una conducta posterior al delito que puede resultarle favorable según las manifestaciones que realice, pero en ningún caso, ponderar en su menoscabo hechos que no hubiera declarado; de ahí que, considerar lo anterior como un indicio para acreditar la responsabilidad del activo, en el delito imputado, es indebido, porque al estar consagrado, a nivel constitucional, el derecho a no declarar en su contra, si así lo estima pertinente, la plenitud de su ejercicio contempla inclusive el derecho de negar los hechos o no mencionar u omitir los que estime pertinentes para su defensa adecuada, de lo contrario, se volvería nugatoria esa garantía, por inferir indebidamente, un indicio en contra del titular de la garantía.[14]

Como un refuerzo jurídico para la defensa del multicitado derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2, inciso g),[15] junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3, inciso g),[16] reconocen y protegen literalmente el *derecho humano a la no autoincriminación* de las personas. Tal precisión resulta relevante en razón de que a partir de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 en nuestro país, dichos instrumentos internacionales fueron incorporados al sistema jurídico mexicano, atentos al artículo 1o

[14] Véase Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50, de rubro garantía de no autoincriminación consagrada en el artículo 20, apartado a, fracción ii, de la constitución política de los estados unidos mexicanos. su ejercicio no puede constituir un indicio para acreditar la responsabilidad del sentenciado, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2371.

[15] ART. 8. Garantías Judiciales […] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […]g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable […] Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Miguel Carbonell, *Compendio de Derechos Humanos,* Porrúa, 2012, México, pp. 769-770.

[16] ART. 14 [...]3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […]g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Ibídem,* p. 516.

constitucional, con relación al 133, que dio paso a la conformación de un innovador *bloque de constitucionalidad*. Por lo que aquéllos participarán de la misma supremacía y fuerza normativa que la Carta Magna, con la calidad de derecho positivo vigente y vinculante.

El *derecho humano a la no autoincriminación* tiene sus orígenes remotos en la Europa Medieval y los Tribunales Inquisitoriales que detentaban un control absoluto sobre los procesos criminales, en aras de imputar desmesuradas sanciones a los herejes y sediciosos en nombre de la ortodoxia religiosa. De ahí que, el origen del ámbito de aplicación de este derecho se constriñe al seno de la arena penal, como garantía constitucional de *autopreservación* del inculpado frente a la aplicación de sanciones judiciales en donde éste haya sido compelido a declarar en contra de sí mismo.

Desde nuestra consideración, tales contenidos constitucionales tienen plena aplicabilidad en el terreno tributario, en virtud de que ambos —el derecho penal y el derecho administrativo/fiscal sancionador— son expresiones directas de un único *ius puniendi* del Estado frente a lo antijurídico. En consecuencia, los principios sustantivos que caracterizan el derecho penal en general deben ser aplicables —con sus modulaciones— a los distintos sectores del derecho en que se ejercite la potestad punitiva.

Sin embargo, en la praxis fiscal se ha prescindido de una verdadera aplicabilidad del *derecho humano a no autoinculparse* de los contribuyentes o, en las mejores condiciones, se han restringido considerablemente sus alcances.

> Admitir que las declaraciones autoinculpatorias efectuadas bajo coacción ante la inspección de los tributos puedan fundamentar la imposición de sanciones tributarias[,] constituye una aberración equiparable a aceptar que los órganos jurisdiccionales reconozcan a este tipo de declaraciones virtualidad o eficacia probatoria penal. No olvidemos que tanto la potestad para imponer sanciones tributarias a los infractores como la potestad para castigar penalmente a los delincuentes son, ambas, manifestación del *ius puniendi* del Estado. Y puesto que ello es así, el derecho a no autoincriminarse debe reconocerse en el ámbito administrativo [...] y tributario sancionador, en particular, no sólo en el proceso penal.17

Así, de acuerdo con lo antes expuesto, podemos aseverar que la *autoincriminación tributaria* en nuestro país puede manifestarse en una doble vertiente. Por una parte, el contribuyente puede colaborar con las diligencias de inspección que se practiquen en su domicilio fiscal, manteniendo a disposición del personal auditor los libros contables, informes, declaraciones, mercancías, bienes, etc., que actualicen el cumplimiento de sus deberes formales con las facultades de comprobación de la autoridad tributaria y, al mismo tiempo, se expone a que se le finquen ciertas responsabilidades en sede administrativa y penal por la supuesta comisión de infracciones y delitos en contra de la Hacienda Pública, atendiendo al potencial contenido incriminatorio que tales documentos e informaciones puedan contener en detrimento propio.

En la segunda vertiente, el contribuyente puede rehusarse a colaborar con la auditoría de tributos de la que es objeto y, por ende, negarse a proporcionar los documentos e informaciones que se le requieran en ejercicio de su derecho a no

[17] J. A. Sanz Díaz-Palacios, *op. cit.,* p. 29.

autoinculparse, pero haciéndose acreedor a las multas que su infracción representa, así como a que, por dicho actuar, se presuma su posible defraudación al fisco.

> Es así como, en su vertiente sancionadora, la potestad del Estado se manifiesta en una vertiginosa tipificación legal de presupuestos de hecho cuyas hipótesis contemplan la antijuricidad de ciertas conductas sociales, así como *el quántum* de la represión que éstas llevan anejas, en la búsqueda de resguardar el buen orden social y normativo a través de la imposición de [sanciones administrativas y] penas.18

Bajo este escenario, frente a la maquinaria administrativa dispuesta para la verificación, investigación, determinación y cobro de contribuciones, durante el ejercicio de las multicitadas facultades de comprobación, los contribuyentes enfrentan un inescapable entrampamiento jurídico que les significa una severa afectación a sus esferas jurídica y patrimonial, en razón de la atmósfera densamente incriminatoria en la que se desenvuelven y que pueden fincarle diversas responsabilidades en el terreno administrativo y penal fiscal, a partir del encuadramiento de su conducta al catálogo de infracciones y delitos existente.

No obstante lo anterior, se apoya la idea de que "[…] los procedimientos tributarios […] deben constreñir todas sus fases a una garantía teórica y práctica, que trasciendan al apego de principios constitucionales con incidencia en la esfera jurídica y económica de los obligados tributarios. El quehacer del Estado, por lo tanto, implica el equilibrio en la obtención de contribuciones y el respeto a los derechos que en lo fundamental le [sic] asisten a los sujetos pasivos."[19]

---

[18] Geovanni de Jesus Duran Muñoz, "Delitos Electorales en México", *Jurista, Derecho y Justicia,* año 4, núm. 18, septiembre, México, 2016, p. 19.

[19] Yesenia del Carmen Trejo Cruz, "Los derechos humanos del contribuyente en el sistema tributario actual", en Francisco Santillán Campos y Jorge Eduardo Martínez Iñiguez (coords.), *La investigación e innovación para la*

3. CONCLUSIONES

A manera de epílogo respecto de este trabajo, debe destacarse en principio el imprescindible, pero insuficiente, debate doctrinal y público existente en nuestro país, que en la actualidad acoja la problemática de la autoinculpación de los contribuyentes en su especificidad, con relación a los procedimientos administrativos de fiscalización de tributos y la persecución de delitos fiscales.

Uno de los mayores problemas que advertimos en la investigación de este ensayo, tiene que ver con la forma en que la autoridad administrativa se conduce en el ejercicio de sus facultades de comprobación para la determinación y cobro de la deuda tributaria, así como para verificar la exacta observancia de las disposiciones fiscales. Pues, al percatarse de la posible comisión de hechos ilícitos, los auditores hacendarios continúan el desarrollo de la inspección haciendo requerimientos de datos al contribuyente en forma coactiva, no sólo para comprobar el cumplimiento de la obligación a su cargo, sino que lo emplean simultáneamente como estrategia de preconstrucción de pruebas, que pudieran apoyar —a futuro— la imposición de sanciones administrativas o el ejercicio de la acción penal en contra de los pasivos. De esta manera, cuando esos datos requeridos por la autoridad se utilizan indistintamente tanto para liquidar el tributo como para imponer sanciones, se quebranta el *derecho a no autoinculparse*.

En este sentido, se busca abrir una perspectiva garantista que privilegie el acorazamiento de la esfera jurídica y patrimonial de los contribuyentes, a través de la protección efectiva de sus derechos fundamentales, frente a los apremios finan-

mejora social, CENID, México, 2016, pp. 229-230.

cieros del Estado-Nación que empujan permanentemente el desborde de sus potestades originarias, en aras de robustecer las arcas públicas.

Es decir, se requiere a estas alturas de miradas vanguardistas por parte de todas las autoridades fiscales del país, que permitan advertir la conflictividad surgida entre dos figuras constitucionales protegidas que colisionan y, en esa medida, logren ponderar la protección del contribuyente y su dignidad intrínseca frente a la recaudación de tributos e imposición de sanciones.

Actualmente, si bien se reconoce a la arena penal como escenario de aplicación inmediata del *derecho a la no autoincriminación*, el radio de protección de este derecho, atendiendo a los estándares constitucionales de progresividad[20] que identifican a los derechos humanos en sentido amplio, no puede quedar constreñido a un área específica del Derecho; distante a ello, aquel debe desplegar su potencial como medio de acorazamiento de la dignidad humana en todos aquellos sectores en los cuales el Estado ejerza su potestad sancionadora, con efecto irradiante frente a un único *ius puniendi,* como lo es el campo administrativo/fiscal sancionador.

De esta manera, la no autoincriminación en tanto derecho humano, debe operar como garantía del contribuyente auditado e inculpado para no ser compelido a declarar —ya sea confesando o negando los hechos que se le imputen en sede

[20] El *principio de progresividad* debe entenderse como aquella obligación a cargo del Estado que tiene como consigna asegurar el avance y expansión de los derechos humanos de acuerdo a la adecuación a nuevas necesidades sociales, y en esa medida, constituye una prohibición expresa para evitar el retroceso en su protección. Bajo esta tónica, se tiene entonces que el Estado debe ampliar progresivamente el inventario de los derechos humanos reconocidos a los gobernados, a la par de optimizar su acatamiento; por ende, posibilitar las condiciones que permitan alcanzar el mayor e inmejorable goce y ejercicio de tales prerrogativas fundamentales, sin que exista un decrecimiento en los niveles de satisfacción previamente alcanzados.

administrativa o judicial— y menos aún, para proporcionar documentos y pruebas que lo perjudiquen en los procedimientos de comprobación emprendidos por la Administración Tributaria —entidad fiscalizadora—, o frente a las causas penales que se le inicien, en razón de que la tarea de recolectar indicios para el encuadramiento de conductas a los tipos penales corresponde originariamente al Ministerio Público —Fiscalía— como representante de la sociedad en la investigación y persecución de delitos.

En contraste con lo anterior, en nuestro país como en otras latitudes del mundo, se observa una tendencia a excluir del ámbito de aplicación de esta prerrogativa fundamental a los procedimientos de fiscalización tributaria. Sin embargo, desde nuestra consideración, el contribuyente auditado debería poder acogerse a este derecho en cualquier momento, para rehusarse a proporcionar la información o los datos que la Administración Fiscal le solicite, sin que de su silencio o no colaboración puedan extraerse elementos negativos en su perjuicio. Siempre que al dar cumplimiento a tales requerimientos, se engendre la posibilidad de aportar elementos que puedan autoincriminarle y, en esa lógica, trasciendan en la aplicación de sanciones administrativas por la comisión de infracciones o la imposición de penas por su participación en delitos fiscales.

4. FUENTES

Bibliografía

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Principios de Derecho Tributario,* 5a. ed., Limusa, México, 2011.

MABARAK CERECEDO, Doricela, *Derecho Financiero Público,* Mc Graw-Hill, México,1995.

TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen, "El juicio contencioso administrativo-fiscal, en torno a la seguridad jurídica del contribuyente, por su implementación en línea", en AINAGA VARGAS, María del Carmen (coord.), *Estudios Jurídicos Contemporáneos V,* Universidad Veracruzana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010.

_____, "Los derechos humanos del contribuyente en el sistema tributario actual", en SANTILLÁN CAMPOS, Francisco y MARTÍNEZ IÑIGUEZ, Jorge Eduardo (coords.), *La investigación e innovación para la mejora social,* CENID, México, 2016.

Hemerografía

DURAN MUÑOZ, Geovanni de Jesus, "Delitos Electorales en México", *Jurista, Derecho y Justicia,* año 4, núm. 18, septiembre, México, 2016.

SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto, "El Derecho a no declarar contra sí mismo: La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. (Segunda Parte)", *Análisis Tributario,* vol. XVI, núm. 184, mayo, Lima, 2003.

TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen, "La autoincriminación: vulneración a los derechos del contribuyente o alternativa legal para la imposición de sanciones tributarias", *Con-ciencia Política,* nueva época, núm. 15, julio-diciembre, México, 2008.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 33a. ed., ISEF, México, 2014.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y CARBONELL, Miguel, *Compendio de Derechos Humanos,* Porrúa, México, 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y CARBONELL, Miguel, *Compendio de Derechos Humanos,* Porrúa, México, 2012.

Tesis Jurisprudenciales

Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008.

Recursos en línea

Código Fiscal de la Federación, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2017, pp. 66-75, disponible en: *http://www.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Paginas/2017/leyes_2017.aspx*

PALAO TABOADA, Carlos, "El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario", *Revista Mexicana de Derecho Financiero y Tributario,* México, vol. I, núm. 3, enero–junio, 2015, p. 36, disponible en *http://www.revistamdft.ugto.mx/index.php/tercer-numero/item/235-el-derecho-a-no-autoincriminarse-en-el-ambito-tributario*

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en mayo de 2018 en los talleres XXXX XXX, S.A. de C.V., Marcelino Dá-valos núm. 12-1, Colonia Algarín, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06880, Ciudad de México, México. Se utili zar on tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 punt os y Gothic 720 BT de 12 y 18 pun tos. La edi ción consta de 2,000 ejemplares impre sos en papel bond de 75 g.