



# Curso de derechos humanos



Ana María Ibarra Olguín  
*Editora*



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN



# **CURSO DE DERECHOS HUMANOS**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la  
Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente  
del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**CONSUELO RAMÓN CHORNET**  
*Catedrática de Derecho Internacional Público  
y Relaciones Internacionales de la Universidad  
de Valencia*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad  
de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad  
de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# CURSO DE DERECHOS HUMANOS

ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN

*Editora*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

**tirant lo blanch**  
Ciudad de México, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/).

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

06100 Ciudad de México

Telf.: +52 1 55 65502317

[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)

[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

[www.tirant.es](http://www.tirant.es)

ISBN: 978-84-1147-489-4

MAQUETA: Innovatext

El cuidado y la corrección de los textos estuvo a cargo de la SCJN

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

PORFIRIO ANDRÉS HERNÁNDEZ  
PILAR BETRIÁN CERDÁN  
DANIEL CERQUEIRA  
NICOLÁS ESPEJO YAKSIC  
FRANCISCO ESPINOSA GONZÁLEZ  
FABIANA ESTRADA TENA  
DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA  
DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO  
ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN  
GUILLERMO KOHN ESPINOSA  
ALEJANDRA MARTÍNEZ VERÁSTEGUI  
MARAT PAREDES MONTIEL  
MARÍA FERNANDA PINKUS AGUILAR  
CARLOS GUSTAVO PONCE NÚÑEZ  
ALEJANDRA RABASA SALINAS  
GIOVANNI ALEXANDER SALGADO CIPRIANO  
RUBÉN SÁNCHEZ GIL  
FERNANDO SOSA PASTRANA  
MARÍA VALDÉS LEAL





# Índice

Presentación .....	23
Nota introductoria .....	25

ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN

## *Capítulo 1*

### PROPORCIONALIDAD Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

RUBÉN SÁNCHEZ GIL

I. INTRODUCCIÓN .....	39
II. RESTRICCIÓN (INTERVENCIÓN) DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	42
1. Interpretación y delimitación iusfundamentales .....	42
A. Dos diferentes perspectivas.....	42
B. Visión constitucionalista moderna .....	45
2. “Intervención”, “restricción” y conceptos afines .....	48
A. La “intervención” de derechos fundamentales .....	48
B. “Restricción”, “suspensión” y “regulación” en México .....	50
III. LAS RESTRICCIONES IUSFUNDAMENTALES Y SU PROPORCIONALIDAD	53
1. Razonabilidad y derechos fundamentales.....	53
2. El principio de proporcionalidad y su examen .....	55
3. El examen de proporcionalidad y su pertinencia .....	59
IV. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO .....	61
1. Fundamento jurídico.....	61
2. Etapas del examen de proporcionalidad.....	64
A. Configuración jurisprudencial .....	64
B. Fin constitucionalmente válido.....	67
C. Idoneidad .....	69
D. Necesidad .....	70
E. Ponderación o proporcionalidad “stricto sensu” .....	72
3. Algunos problemas mexicanos .....	74
A. Habilitaciones constitucionales al legislador.....	74
B. ¿Proporcionalidad, “test de igualdad” o “escrutinio judicial”? .....	76
C. Suspensión en el amparo (y medidas cautelares en general) .....	78
V. EPÍLOGO .....	83

## *Capítulo 2*

### BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA

I. INTRODUCCIÓN .....	89
-----------------------	----

II.	LA RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL: UNA REALIDAD EN CONSTANTE NEGACIÓN .....	90
III.	EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS: LA RECONCILIACIÓN DE UNA FALSA DISPUTA .....	98
	1. Principales desarrollos jurisprudenciales en torno al bloque de constitucionalidad.....	102
IV.	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA ..	113
	1. La recepción del control de convencionalidad en el contexto mexicano .....	117
V.	CONCLUSIONES .....	127

### Capítulo 3

## EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

CARLOS GUSTAVO PONCE NÚÑEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	133
II.	¿UN DERECHO GENERAL DE LIBERTAD?.....	135
	1. La teoría interna de los derechos .....	135
	2. La teoría externa de los derechos .....	137
	3. Las diferentes concepciones de los derechos de libertad en la práctica constitucional .....	139
	4. La concepción de los derechos de libertad en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana .....	142
III.	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	143
IV.	EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL .....	150
V.	EL FUNDAMENTO DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DE LA DIGNIDAD A LA LIBERTAD.....	152
VI.	LOS TITULARES DEL DERECHO .....	157
VII.	EL CONTENIDO DEL DERECHO .....	159
	1. De la especificación de conductas a la libertad residual .....	159
	2. Evolución de la doctrina constitucional.....	161
	3. El derecho al aborto como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad .....	163
	4. ¿Obligaciones positivas? .....	165
VIII.	LOS LÍMITES DEL DERECHO .....	166
	1. Límites internos y límites externos de los derechos.....	166
	2. Los límites internos del derecho al libre desarrollo de la personalidad .....	167
	A. ¿Todo está <i>prima facie</i> protegido? .....	167
	B. Decisiones o acciones que dañan a terceros .....	170
	2. Los límites externos del derecho: el principio de proporcionalidad .....	172
	3. ¿Consistencia argumentativa? .....	176
IX.	CONCLUSIONES .....	177

*Capítulo 4*  
**EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**  
 FERNANDO SOSA PASTRANA

FRANCISCO ESPINOSA GONZÁLEZ

I.	INTRODUCCIÓN .....	183
II.	DEFINICIÓN Y MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD	184
III.	LA VISIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD ....	187
IV.	ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL DERECHO A LA IDENTIDAD .....	188
V.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	191
VI.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2014.....	193
VII.	JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	194
VIII.	CONCLUSIONES .....	198

*Capítulo 5*  
**DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN**  
 GIOVANNI ALEXANDER SALGADO CIPRIANO

I.	INTRODUCCIÓN.....	201
II.	LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO .....	203
	1. El principio de la autonomía o de la autorrealización personal .....	203
	2. La participación democrática .....	206
	3. Instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos.....	208
III.	DOS VISIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ENTRE EL “LIBRE MERCADO DE LAS IDEAS” Y LA “ASAMBLEA DE CIUDADANOS” .....	209
IV.	DISCURSOS PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO E INTERAMERICANO .....	216
	1. Presunción general de constitucionalidad sobre todo tipo de expresiones .....	217
	2. El discurso de interés público como una expresión especialmente protegida. El sistema dual de protección .....	218
V.	LÍMITES Y CONTRAPESOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS RESTRICCIONES PARA SER LEGÍTIMAS.	220
VI.	JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	224
	1. Elementos para analizar casos sobre libertad de expresión. Los sujetos como parte central del debate público y del análisis jurídico .....	224
	A. Particular contra Estado.....	228
	B. Particular contra funcionario público.....	232
	C. Periodista contra funcionario público.....	235
	D. Periodista contra Estado .....	239
	E. Periodista contra particular con proyección pública .....	243
VII.	CONCLUSIONES .....	247

*Capítulo 6*  
**LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA**  
 PILAR BETRIÁN CERDÁN

I.	INTRODUCCIÓN .....	251
II.	REGULACIÓN NORMATIVA DE LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA .....	253
	1. Ámbito internacional .....	253
	2. Ámbito nacional .....	256
III.	TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA.....	259
IV.	CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA.....	261
V.	LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA .....	270
VI.	LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA .....	273
VII.	CONCLUSIONES .....	280

*Capítulo 7*  
**LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES**  
 MARÍA VALDÉS LEAL

I.	INTRODUCCIÓN .....	283
II.	DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA .....	284
III.	DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA .....	288
	1. Iniciativas ciudadanas .....	289
	2. Consultas populares .....	290
	3. Revocación de mandato.....	292
IV.	DERECHOS A VOTAR Y SER ELEGIDO.....	294
	1. Paridad .....	297
	2. Candidaturas independientes .....	301
	3. Reelección .....	305
	4. Suspensión de derechos políticos .....	309
V.	DERECHO A ACCEDER A FUNCIONES PÚBLICAS .....	313
	1. Violencia política en razón de género .....	315
VI.	CONCLUSIONES .....	319

*Capítulo 8*  
**ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO**  
 MARAT PAREDES MONTIEL

I.	INTRODUCCIÓN.....	327
II.	ACCESO A LA JUSTICIA.....	328
	1. Definición o marco conceptual .....	328
	2. Estudio práctico de las aplicaciones del derecho de acceso a la justicia .....	332

A.	Justicia gratuita .....	336
B.	Medidas que podrían dificultar el acceso a la justicia .....	336
C.	Justicia pronta .....	340
D.	Justicia imparcial.....	342
E.	Justicia completa .....	342
F.	Solución efectiva del conflicto.....	343
III.	DEBIDO PROCESO .....	344
1.	Definición o marco conceptual.....	344
A.	Dimensión procedimental y dimensión sustantiva .....	346
2.	Estudio práctico de las aplicaciones del derecho al debido proceso .....	347
A.	Emplazamiento.....	348
B.	Derecho a un juez natural.....	349
C.	Derecho a ser juzgado en plazo razonable .....	351
D.	Oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas .....	352
E.	Igualdad de las partes.....	353
F.	Derecho a formular alegatos.....	357
G.	Derecho a una resolución que dirima las cuestiones debatidas.....	359
H.	Derecho a recurrir el fallo.....	359
IV.	CONCLUSIONES .....	361

### Capítulo 9

#### GARANTÍAS PENALES

CARLOS GUSTAVO PONCE NÚÑEZ

GUILLERMO KOHN ESPINOSA

I.	INTRODUCCIÓN.....	367
II.	GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN .....	370
III.	LAS GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO .....	373
1.	El principio de legalidad .....	373
A.	Suprincipio de <i>lex scripta</i> o mandato de reserva de ley .....	374
B.	Subprincipio de <i>lex praevia</i> o mandato de irretroactividad de la ley penal en perjuicio.....	377
C.	Subprincipio de <i>lex certa</i> o mandato de taxatividad .....	380
D.	Subprincipio de <i>lex stricta</i> o de exacta aplicación de la ley penal.....	383
2.	Los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas.....	386
A.	Penas prohibidas .....	387
B.	El principio de proporcionalidad de las penas .....	389
3.	Los derechos fundamentales como límites al <i>ius puniendi</i> del Estado.....	391
4.	Prohibición de doble punición o <b>non bis in idem</b> .....	393
5.	Otros principios implícitos en la Constitución que limitan el <i>ius pundiendi</i> .....	394
A.	Principio de culpabilidad.....	395
B.	Principio de lesividad .....	396
C.	Principio de última ratio o mínima intervención.....	396

IV.	LAS GARANTÍAS PENALES PROCESALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO .....	397
1.	Garantías orgánicas del proceso penal .....	398
	A. Principio de juez competente y natural .....	398
	B. Principios de imparcialidad e independencia.....	398
2.	Garantías procesales epistemológicas o de verdad.....	400
	A. Principio de contradicción.....	400
	B. Principio de inmediación .....	401
	C. Derecho de defensa.....	401
	a. Derecho a la no autoincriminación.....	405
	b. Derecho a una defensa culturalmente adecuada y a contar con intérprete indígena.....	406
	c. Derecho a la notificación, contacto y asistencia consular.....	406
	D. Derecho a la presunción de inocencia .....	408
3.	Garantías procesales no epistemológicas o de libertad .....	409
	A. Garantías del derecho a la libertad personal.....	409
	a. Detenciones derivadas de mandato judicial previo (orden de aprehensión, arraigo y detención provisional con fines de extradición) ..	411
	b. Flagrancia y controles preventivos.....	411
	c. Detenciones con motivo de caso urgente .....	414
	d. Derecho de toda persona detenida a ser puesta a disposición sin demora ante una autoridad competente .....	416
	B. Garantías del derecho a la integridad personal .....	418
	a. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.	419
	b. Prohibición de uso excesivo de la fuerza.....	422
	C. Garantías del derecho a la vida privada.....	423
	a. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas .....	424
	b. Inviolabilidad del domicilio.....	425

### Capítulo 10

## EL DERECHO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN

I.	INTRODUCCIÓN.....	435
II.	EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN .....	438
	1. Distinciones en las NPC o en los resultados. Discriminación directa y discriminación indirecta .....	441
	2. Distinciones basadas en categorías protegidas.....	447
	3. Distinciones injustificadas .....	450
III.	ESQUEMA DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN .....	451
	1. Primer momento: formulación de un caso <i>prima facie</i> .....	452
	2. Segundo momento: bloqueo y refutación del caso <i>prima facie</i> .....	455
IV.	IRRAZONABILIDAD DE LAS DISTINCIONES.....	456
	1. Niveles de escrutinio .....	456

2.	Gradas de análisis del test de igualdad .....	457
V.	CONCLUSIONES .....	460

### Capítulo 11

## EL DERECHO A LA IGUALDAD DE GÉNERO

FABIANA ESTRADA TENA

I.	MARCO CONCEPTUAL .....	466
1.	Género .....	466
2.	Perspectiva de género .....	468
3.	Interseccionalidad .....	469
II.	MARCO JURÍDICO .....	470
III.	GÉNERO EN LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	474
1.	Derecho a decidir, derechos sexuales y reproductivos .....	474
A.	Derecho a interrumpir el embarazo .....	475
B.	Derecho a la información .....	477
C.	Técnicas de reproducción asistida y el derecho a decidir .....	478
D.	Objeción de conciencia .....	479
2.	Igualdad de género en el trabajo .....	479
A.	Perspectiva de género en el juicio laboral .....	480
B.	Trabajo del hogar .....	481
C.	Pensiones .....	482
D.	Guarderías .....	483
E.	Estabilidad laboral en el embarazo .....	484
3.	Derecho familiar .....	486
A.	Violencia familiar .....	486
a.	Una aproximación a la violencia de género en el ámbito familiar ...	487
b.	Perspectiva de género y violencia familiar .....	488
c.	Violencia y derecho a la igualdad .....	489
d.	Medidas de protección .....	489
B.	Alimentos .....	491
a.	Perspectiva de género en los juicios de alimentos .....	492
C.	Guarda y custodia .....	493
D.	Patria potestad .....	495
E.	Filiación .....	496
F.	Uniones .....	497
G.	Compensación .....	498
4.	Derecho penal .....	502
A.	Perspectiva de género y tipos penales .....	503
B.	La perspectiva de género en la investigación de delitos .....	505
C.	La perspectiva de género en el proceso penal .....	507
5.	Derecho electoral .....	513
A.	Principio de paridad como mandato de optimización .....	514
B.	Paridad horizontal .....	517
IV	CONCLUSIONES .....	518

*Capítulo 12***LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL**

ALEJANDRA MARTÍNEZ VERÁSTEGUI

I.	INTRODUCCIÓN.....	521
II.	EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD .	525
III.	LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL.....	529
	1. Marco jurídico.....	529
	2. Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	532
IV.	LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL.....	545
	1. Uniones entre personas del mismo sexo.....	546
	2. El derecho a la seguridad social derivado de la unión entre personas del mismo sexo.....	552
	3. Filiación homoparental.....	553
	4. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas.....	555
	5. Libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas.....	555
	6. Derechos a la participación política, libertad de expresión y libertad de información.....	556
	7. El derecho de las personas trans a adecuar sus documentos de identidad.....	557
	8. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.....	557

*Capítulo 13***LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

MARÍA FERNANDA PINKUS AGUILAR

I.	INTRODUCCIÓN.....	569
II.	MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD.....	570
	1. Modelo de prescindencia.....	570
	2. Modelo médico o rehabilitador.....	571
	3. Modelo social y de derechos humanos.....	573
III.	PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	574
IV.	SUJETOS OBLIGADOS.....	579
	1. Autoridades.....	579
	2. Particulares.....	582
V.	PRINCIPIOS GENERALES.....	582
	1. Principios a) y c): Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; y participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.....	583
	2. Principios b), d), e) y g): No discriminación, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, igualdad de oportunidades e igualdad entre el hombre y la mujer.....	584



3.	Principio f): Accesibilidad.....	589
4.	Principio h): Respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. ....	589
VI.	DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	590
1.	Accesibilidad.....	590
2.	Acceso a la justicia .....	592
3.	Capacidad jurídica .....	594
4.	Consulta y participación .....	605

### Capítulo 14

## LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

NICOLÁS ESPEJO YAKSIC

I.	INTRODUCCIÓN.....	617
II.	LA JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES .....	619
1.	Intereses básicos .....	620
2.	Intereses por el desarrollo .....	621
3.	Intereses por autonomía.....	621
4.	De intereses fundamentales a derechos fundamentales: justificación y peso .....	622
A.	Integración: interdependencia e indivisibilidad .....	624
B.	Autonomía: Comprensión e inteligencia .....	625
a.	Los límites de la “competencia”: Paternalismo liberal. ....	627
b.	Proteger y promover la autonomía: dos caras de la misma moneda. ....	630
5.	La prioridad normativa de los intereses de niñas, niños y adolescentes.....	632
A.	Prioridad lexicográfica <i>fuerte</i> : los intereses de niñas, niños y adolescentes como un “caso especial”.....	633
B.	Prioridad lexicográfica <i>débil</i> : los intereses de niñas, niños y adolescentes como “privilegiados” en el juicio de ponderación .....	635
6.	Reconocimiento y exigibilidad de los intereses prioritarios de niñas, niños y adolescentes .....	640
A.	Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes. ....	640
B.	Exigibilidad: Las garantías de los derechos de niñas, niños y adolescentes ..	644
a.	Las garantías primarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes. ....	645
b.	Las garantías secundarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes .....	647
III.	CONCLUSIONES .....	652

### Capítulo 15

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

DANIEL CERQUEIRA

I.	INTRODUCCIÓN.....	659
II.	CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA Y PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	661

1.	La evolución del derecho de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano .....	661
2.	Fundamento constitucional de la CLPI y otros derechos de participación diferenciada de los pueblos indígenas y tribales.....	666
3.	Principales instrumentos y derechos internacionalmente reconocidos.....	668
	A. Convenio 169 de la OIT.....	668
	B. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ....	669
	C. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ....	671
	D. Otros tratados relevantes.....	672
III.	MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y DE LA SCJN .....	673
1.	Principales disposiciones de la Constitución Federal .....	673
2.	Principales derechos y su desarrollo jurisprudencial.....	679
	a. Autoadscripción como criterio de definición de una persona, comunidad o pueblo como indígena.....	679
	b. Derecho a la personalidad jurídica colectiva .....	681
	c. Derecho a la identidad e integridad cultural .....	683
	d. Derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley.....	685
	e. Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales.....	688
	f. Derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado .....	691
	f.1. La obligatoriedad de la obtención del consentimiento .....	693
	f.2. Obligaciones accesorias-estudios de impacto socioambiental y derecho a compartir beneficios razonables .....	695
	g. Libre determinación de los pueblos indígenas.....	696
	h. Pluralismo jurídico y justicia indígena .....	699

### *Capítulo 16*

## LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

GIOVANNI ALEXANDER SALGADO CIPRIANO

PORFIRIO ANDRÉS HERNÁNDEZ

I.	INTRODUCCIÓN. DEL RECONOCIMIENTO A LA REALIDAD NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES .....	707
II.	LA CRÍTICA A LA TEORÍA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	710
III.	LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. LA DIGNIDAD HUMANA, ENTRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD .....	712
IV.	LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES .....	717
	1. El carácter oneroso y gratuito de los derechos.....	719
	2. El carácter vago e indeterminado de los derechos.....	720
V.	EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ENTRE LA OBJECCIÓN Y LA NECESIDAD DEMOCRÁTICA.....	721
VI.	PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ESTRATEGIAS JUDICIALES PARA TUTELAR DERECHOS SOCIALES. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA ....	726
	1. El “núcleo esencial” o “mínimo vital” de los derechos sociales.....	728

A.	La noción de un mínimo vital .....	728
B.	Una metodología para tutelar el núcleo esencial de los derechos sociales .	730
a.	La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.....	731
b.	La doctrina del Tribunal sudafricano .....	733
c.	La doctrina de la Corte colombiana .....	735
2.	Deber de <i>progresividad</i> .....	737
3.	Deber de <i>no regresión</i> .....	740
4.	Elementos esenciales o institucionales de los DESC.....	743
A.	Disponibilidad .....	744
B.	Accesibilidad .....	745
C.	Aceptabilidad.....	746
D.	Calidad .....	747
VII.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO ANTE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	747
1.	Los derechos sociales en particular.....	748
A.	Derecho a la salud.....	749
B.	Derecho a la educación.....	749
C.	Derecho a la cultura .....	750
D.	Derecho a la alimentación .....	750
E.	Derecho a la vivienda .....	751
F.	Derecho al agua .....	751
G.	Derecho al trabajo.....	751
H.	Derecho a un medio ambiente sano .....	752
2.	El juicio de amparo como un mecanismo de protección de los derechos sociales.	752
3.	Carga de la prueba.....	753
4.	Interés legítimo .....	755
5.	Interés legítimo de las personas jurídicas.....	756
6.	Interés legítimo colectivo.....	757
7.	Relatividad de las sentencias .....	759
8.	Efectos .....	761
9.	Medidas de reparación.....	764
VIII.	CONCLUSIONES .....	766

### Capítulo 17

## EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

ALEJANDRA RABASA SALINAS

I.	INTRODUCCIÓN .....	771
II.	CONEXIDAD ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES (ENFOQUE DE LA ECOLOGIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS).	775
III.	EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO UN DERECHO AUTÓNOMO .....	778
1.	Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano .....	781
2.	Principios rectores para la interpretación del derecho a un medio ambiente sano .....	787

IV.	DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES .....	807
1.	Perspectivas para el acceso a la justicia en asuntos ambientales: litigio climático y derechos fundamentales .....	817
V.	CONCLUSIONES .....	820

*Capítulo 18*

**LOS DERECHOS LABORALES**

HÉCTOR ORDUÑA SOSA

I.	INTRODUCCIÓN.....	829
II.	CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES .....	840
1.	Derecho al trabajo .....	840
A.	Doctrina .....	840
B.	Normativa.....	844
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	845
D.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	848
a.	Libertad de trabajo.....	849
b.	Estabilidad laboral .....	850
2.	Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias .....	853
A.	Doctrina .....	853
B.	Normativa.....	855
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	855
D.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	857
3.	Derechos colectivos.....	859
A.	Doctrina .....	859
B.	Normativa .....	862
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	862
D.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	864
a.	Libertad sindical.....	864
b.	Negociación colectiva.....	866
c.	Huelga .....	868
4.	Igualdad de trato y no discriminación .....	869
A.	Doctrina .....	869
B.	Normativa.....	872
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	873
D.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	874
5.	Erradicación del trabajo infantil.....	879
A.	Doctrina .....	879
B.	Normativa.....	881
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	881
D.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	882
6.	Prohibición del trabajo forzoso .....	883
A.	Doctrina .....	883
B.	Normativa .....	884
C.	Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	885

D. Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	885
III. CONCLUSIONES .....	886

*Capítulo 19*

**EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO

I. DOCTRINA SOBRE EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	894
II. MARCO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	901
1. Integración del bloque de constitucionalidad respecto del derecho humano a la seguridad social .....	901
2. Normatividad nacional. Esquema contributivo de aseguramiento .....	906
III. JURISPRUDENCIA Y RECOMENDACIONES DE LA COIDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	909
IV. LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	912
V. TEMAS DE REFLEXIÓN.....	922



# Presentación

La profunda transformación que vivimos a partir de la reforma constitucional de 2011 en la comprensión de los derechos humanos no se explica sino a través de la labor de la Suprema Corte, la cual se tomó muy en serio su papel de hacer de los derechos una realidad para las personas. A través de sus decisiones, la Corte hizo de la Constitución una norma plena. Primero, determinando que los derechos humanos —con independencia de su fuente, nacional o internacional— se integran en un solo parámetro de regularidad constitucional para todo el orden jurídico, y estableciendo pautas interpretativas a la luz del principio pro persona y los criterios de interdependencia, progresividad y no regresividad. También, al ir delimitando los contornos de aplicación de los derechos, cada caso a la vez. Así, encontramos una doctrina jurisprudencial muy robusta en muchos derechos humanos.

En este desarrollo hay ejemplos significativos. Se ha protegido el ejercicio periódico a través de garantías para el desempeño de su profesión y mediante una visión expansiva de los derechos a la libertad de expresión y de información. Se ha impulsado también la autonomía de las personas mediante el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dando cobertura constitucional a aquellos ámbitos de las personas que no encuentran protección en otro derecho fundamental. La Corte también ha dotado de contenido a los derechos a la presunción de inocencia y el debido proceso penal. De forma muy enfática se han dictado múltiples fallos a favor de la igualdad y no discriminación, se han aplicado diferentes perspectivas para juzgar, y caso a caso, se han desmantelado prejuicios que perviven aún en las normas. Así también, se han dado avances significativos hacia la igualdad de género. De la mano, se han ido desarrollando los derechos de diferentes grupos vulnerables, como los derechos de las personas y pueblos indígenas y de las personas con discapacidad. Existe una abundante jurisprudencia sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, concibiendo al interés superior de la infancia como su piedra angular.

Esta doctrina constitucional se presenta de forma clara y sistemática en la serie de publicaciones *Cuadernos de Jurisprudencia* del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN), donde se reconstruyen las líneas jurisprudenciales de la Corte en el tema de derechos humanos. El trabajo del CEC-SCJN ha sido fundamental para leer las sentencias de la Corte de forma concatenada, de modo que vayan contando la historia y contenido de los derechos.

Con todo, la construcción de los derechos a golpe de sentencias requiere también de una dogmática detrás que los articule y dé cuenta de sus desarrollos de forma clara y analítica. Este libro tiene esa virtud, describe dos mundos que conviven en el derecho, pero que, pocas veces, se presentan de forma conjunta: la teoría y la práctica judicial. Así, se encuentran en la obra diecinueve capítulos que explican las reflexiones teóricas que fundamentan a cada uno de los derechos, entrelazándolas con las doctrinas tanto de la Corte mexicana como de la Corte Interamericana. En efecto, cuando queremos conocer, por ejemplo, qué es el derecho a la igualdad y no la discriminación, podemos acercarnos a las sentencias de los tribunales que, supuesto a supuesto o por categoría protegida, han delimitado los contornos de aplicación del derecho. Sin embargo, ¿qué explica la protección reforzada a estos grupos especialmente protegidos?, ¿qué visiones morales de la igualdad están detrás de los desarrollos jurisprudenciales? Como vemos, las consideraciones teóricas y morales fundamentan las diferentes concepciones de los tribunales. Entender ambas fuentes permite tener una mejor comprensión del contenido de los derechos.

En los primeros capítulos se explica de forma muy didáctica el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, y el test de proporcionalidad, como una metodología útil para estudiar las colisiones entre derechos o entre los derechos y los fines del Estado. Luego, encontramos diversos artículos sobre los derechos que han tenido mayor desarrollo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así, se presentan los de derechos de libertad, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y de información, y el derecho a la identidad personal. La obra también incluye un capítulo sobre garantías penales, comprendiendo la relevancia del debido proceso y la presunción de inocencia, como fundamentos de la libertad. También, encontramos aquellos desarrollos que han tenido auge a la luz del principio de igualdad, como son la prohibición de la discriminación, la igualdad de género, y los derechos reforzados de ciertos grupos vulnerables. Finalmente, se exponen aquellos derechos tradicionalmente entendidos como sociales, como son el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la seguridad social.

Así, lo que encontrará el lector en este libro es una exposición muy completa de cada uno de los derechos humanos que lo integran. Su título, *Curso de Derechos Humanos*, revela su pretensión: ser una obra útil tanto para la enseñanza como para el estudio de los derechos humanos. Celebro con mucho agrado esta publicación cumbre del trabajo del CEC-SCJN, y que sin duda contribuirá en la transformación cultural y de derechos que ya está teniendo lugar en nuestro país.

**Ministro Arturo Zaldívar**

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



## Nota introductoria \*

Durante casi cuatro años, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN) ha detonado discusiones académicas en temas que inciden directamente en la vida de las personas, pero que frecuentemente han sido olvidados en la literatura jurídica mexicana. Me refiero a aquellas materias que se ocupan del derecho cotidiano, de la interacción de las personas con las normas. Por ejemplo, la vida familiar y sus reflejos en áreas más específicas como el interés superior de los niños y niñas, gestación por subrogación, restitución internacional de la infancia; así como los debates sobre la desigualdad, pobreza, diversidad sexual y los diferentes feminismos, entre muchas otras. Estos acercamientos al derecho que impactan directamente a los justiciables han sido publicados en más de cincuenta obras.

A la par, el CEC-SCJN ha desarrollado un modelo de formación de líneas jurisprudenciales, analizando en cuarenta cuadernos de jurisprudencia todos los criterios de la Suprema Corte de la novena, décima y, recientemente, la undécima épocas en materia de derechos humanos y otras instituciones jurídicas que han sido revolucionadas por la Suprema Corte, como el derecho de familia, el derecho de daños y el uso de evidencia científica. Así, pueden encontrarse las sentencias de la Corte de forma sistemática y concatenada, de modo que puede contarse *la historia de los derechos*. El contenido y alcance que, sentencia a sentencia, la Corte ha dotado a los derechos humanos. Estas publicaciones se encuentran, además, redactadas de forma sencilla y accesible, y se presentan de forma gráfica. El trabajo ha sido monumental, se han estudiado más de sesenta mil sentencias y articulado más de 800 líneas jurisprudenciales.

Esta obra es la culminación de ese esfuerzo. En este libro se estudian aquellos derechos fundamentales cuya doctrina constitucional es más robusta. A diferencia de los cuadernos de jurisprudencia que son meramente descriptivos, se hace un estudio dogmático y teórico de cada derecho, que se interrelaciona con los criterios de la Suprema Corte de México y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, se da cuenta de las sentencias paradigmáticas del derecho comparado que resultan iluminadoras para comprender el contenido del derecho

---

\* Agradezco especialmente a Giovanni Salgado Cipriano por su invaluable apoyo en la coordinación de esta obra.

en cuestión. También, en los capítulos que integran la obra se presentan los debates recientes acerca de la garantía y las diferentes metodologías de adjudicación de los derechos humanos. Con esto, se pretende informar al lector de las dificultades de aplicación los derechos en los casos en concreto. Finalmente, los estudios concluyen con una batería de preguntas para motivar discusiones posteriores y propiciar el acercamiento a la doctrina especializada. Así, quien estudia los derechos humanos encontrará en esta obra una especie de construcción dogmática de los derechos a la luz del derecho jurisprudencial.

El libro tiene como objetivo servir para un *Curso de derechos humanos*,<sup>1</sup> de ahí su título. En nuestro país, no se cuenta con un solo material pedagógico para la enseñanza de esta materia. Los textos recurridos son obras de hace años que no recogen los últimos desarrollos jurisprudenciales, ni dan cuenta de los debates recientes sobre la adjudicación de los derechos. El profesor tiene que buscar derecho a derecho, textos de otras latitudes y estar informado de la doctrina de nuestras cortes, mexicana e interamericana. Este libro compila esa información y la presenta de forma sistemática y crítica. Además, el desarrollo y complejidades de cada derecho humano demanda especialización, de modo que difícilmente puede haber expertos en varios derechos a la vez. El derecho a un medio ambiente sano y los derechos de la diversidad sexual requieren de enfoques muy diversos y han tenido recorridos disímiles. Por ejemplo, cada capítulo de este libro fue escrito por un estudioso o estudiosa del derecho en cuestión. Expertos y expertas que han participado en la defensa o en la adjudicación de estos derechos y que también están al día de sus contenidos teóricos.

Antes de presentar cada uno de los capítulos que integran la obra, es necesario explicar más detalladamente las razones detrás de la estructura y metodología del libro: ¿por qué es necesario cruzar los estudios teóricos de los derechos con criterios jurisprudenciales?; ¿por qué es relevante integrar en la comprensión de los derechos al derecho internacional de los derechos humanos?; ¿por qué se estudian derechos de ciertos grupos y no sólo los derechos individuales?; ¿por qué

---

1 La incorporación en el título del término “derechos humanos”, y no de otros como el de “derechos fundamentales”, se justifica más bien en una cuestión de carácter didáctico. Su uso, cuyo alcance de protección aspira a ser *universal*, nos permite tener un mayor margen de discusión, por encima de los aspectos más dogmáticos o positivos relativos a cada uno de los derechos en un sistema normativo particular. Es decir, partimos de la idea de que este concepto es más susceptible de generar e incorporar contenidos distintos a los reconocidos en determinados documentos normativos. Esto ilustra la metodología del libro, dados las fuentes y los elementos que en cada uno de los capítulos se abordan, tales como: la teoría y filosofía jurídicas, la jurisprudencia de tribunales constitucionales e internacionales e incluso la ciencia política y económica. Cada uno de estos aspectos ayuda construir los contornos de los derechos humanos que en la presente obra se revisan.

es necesario referir los problemas de adjudicación de los derechos? Me referiré brevemente a cada una de estas cuestiones.

### Apuntes preliminares al *Curso de derechos humanos*

*El carácter jurisprudencial de los derechos humanos.* Cuando la Constitución establece que tenemos derechos humanos, como la libertad de expresión, la educación, la vivienda, o el derecho contra la discriminación, nos dice todo y a la vez nada. Los derechos humanos, en tanto se conciben como principios jurídicos, no le indican al juez el curso de acción específico en un conflicto entre intereses opuestos. El lenguaje de los derechos humanos no brinda respuestas absolutas para la resolución de problemas normativos. Son precisamente los jueces quienes van definiendo los contornos de cada derecho y con ello, las pautas de aplicación acordes al caso. Es decir, los derechos se construyen a golpe de sentencias.

Así, caso por caso, los jueces “van urdiendo gradualmente la trama, el sentido y alcance de cada uno de los derechos establecidos en la Constitución”.<sup>2</sup> Con la resolución de problemas específicos, se van dando respuestas a los distintos escenarios y conflictos constitucionales que se puedan suscitar, incluso, en el futuro. Por ejemplo, una primera determinación fue que las parejas homosexuales tuvieran la posibilidad de celebrar el matrimonio de acuerdo con el derecho contra la discriminación;<sup>3</sup> ello fue una pauta clave para que, en un caso posterior, se determinara que, además, tales grupos tienen el derecho a recibir alimentos en caso de una separación,<sup>4</sup> y más tarde a adoptar a un niño o niña.<sup>5</sup> Cada uno de estos casos agrega un ingrediente más al contenido del derecho, y cada sentencia determina la respuesta que ensaya su alcance. De ahí que Dworkin concibiera a esta construcción como una *novela en serie*, donde cada sentencia nos presenta un capítulo, pero no puede comprenderse el contenido completo del derecho sin ver esa concatenación de casos.<sup>6</sup>

---

2 Magaloni, Ana Laura e Ibarra, Ana María, “La construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales. En el caso del derecho constitucional a una defensa adecuada”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 19, julio-diciembre 2008, p. 111.

3 Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2012.

4 Amparo directo en revisión 19/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de septiembre de 2014.

5 Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2015.

6 Con esta metáfora, Dworkin trata de ilustrar lo complejo que puede resultar para un juez la interpretación una norma jurídica de la cual él no es autor, pues “debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes”: Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 167.

Los *Cuadernos de jurisprudencia* del CEC-SCJN advierten esta cadena de casos. Constatan que, más que presentarse de forma lineal con determinaciones siempre en un sólo sentido, las sentencias se entrelazan a modo de constelaciones. En ocasiones, en estos procesos, hay una sentencia paradigmática que ilumina el universo de sentencias; se trata de sentencias hito que resuelven cuestiones constitucionales de gran trascendencia o inauguran un estudio inédito del derecho. A su lado, muy cerca, puede encontrarse otra decisión judicial que agrega un elemento más, detrás otra sentencia que posiblemente fue un tímido antecedente para la resolución de la cuestión.

Además, como señala la doctora Magaloni, *este derecho está en movimiento*. Es un derecho dinámico que se encuentra en constante tensión entre las fuerzas del pasado, presente y futuro. Con el pasado, porque en las decisiones judiciales deben tener adherencia con las decisiones que se dieron por los jueces previos. Con el presente, porque la resolución debe otorgar una respuesta satisfactoria a las partes, y con el futuro, porque la respuesta que se dé al caso debe servir de parámetro normativo para la resolución de próximos casos.<sup>7</sup> De modo que, no pueden comprenderse el contenido y el alcance de los derechos sin mirar el derecho jurisprudencial. Más aún, con la reciente reforma constitucional en materia de justicia federal,<sup>8</sup> es plausible construir líneas jurisprudenciales con la fuerza vinculante suficiente en aras de generar un verdadero impacto en la sociedad, en favor de los derechos de todas las personas que se encuentren en situaciones similares.

Por ello, en los capítulos que se presentan aquí se alude a esas sentencias paradigmáticas, útiles para comprender los fundamentos de los derechos y, en la medida de lo posible, se va dando cuenta de ese entramado de sentencias nacionales e internacionales que va delineando el contorno de cada derecho.

*Las metodologías de adjudicación de los derechos humanos*. Como ya se sostuvo, es un lugar común decir que los derechos no son absolutos. Su protección o garantía no se da en términos de todo o nada, en los que los derechos avasallen cualquier otro interés opuesto. Más aún, frecuentemente los derechos compiten entre sí. Al proteger la libertad de expresión se adelgaza el derecho al honor de los servidores públicos, y al privilegiarse la salud de los individuos puede entrarse en conflicto con su libre desarrollo de la personalidad. Por mencionar sólo algunos ejemplos. Es pues un ejercicio hermenéutico el que permite definir las respuestas más adecuadas a tales interrogantes constitucionales.

---

7 Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

8 La reforma judicial entró en vigor el 12 de marzo de 2021.

Al tiempo de privilegiar el carácter expansivo de los derechos, asumiendo un principio básico de la libertad consistente en que sólo se pueden limitar bajo suficientes e importantes razones, es que se han ideado diversas metodologías para desahogar las colisiones entre los derechos o entre los derechos y los fines del Estado. De ahí que, en atención a la relevancia que tiene para la resolución de problemas constitucionales, en este libro se presenta un capítulo específico sobre el *test de proporcionalidad*, y en cada estudio de los derechos que conforman la obra se reflexiona sobre las dificultades de su adjudicación. En el apartado sobre el derecho contra la discriminación se desarrolla el *test de igualdad*, así como las complejidades probatorias de cada nivel de análisis.

De forma destacada, en el capítulo sobre derechos sociales, y en cada derecho de esta naturaleza, se aluden a los problemas de adjudicación. Desde las dificultades de mostrar la legitimación de los demandantes, las diversidades con los juicios de adjudicación de los derechos de libertad, hasta las distintas fórmulas de reparación a la violación de estos derechos. Estas metodologías y descripciones de los problemas de adjudicación, vinculadas a la mayoría de los derechos humanos, ayudan a comprender su contenido dogmático desde una óptica práctica y cercana a los *derechos en acción*.

*La internacionalización de los derechos humanos.* Si bien la Corte mexicana ya incorporaba los derechos humanos de fuente internacional en sus precedentes, la reforma constitucional de 2011 estableció de forma contundente su nivel jerárquico y fundamental. En efecto, el nuevo artículo 1 de la Constitución señala que “*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*”. La resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 permitió que este precepto no se quedara en mera retórica, al precisarse que forman parte del parámetro de regularidad constitucional todas las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales en los que México es parte, así como la interpretación que de éstas haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta decisión amplió el número de fuentes con las que el juez constitucional debe dialogar. Además, en el artículo 1 constitucional se establecieron reglas sobre cómo interpretar estos derechos, a través de cláusulas como el pro persona y los principios de interdependencia, progresividad e indivisibilidad.

Estos cambios normativos obligan a que los derechos se construyan con la normatividad constitucional y convencional, pero también con los criterios jurisprudenciales de las cortes mexicana e interamericana. Esto significa que no pueden comprenderse los derechos humanos sin acudir a estas fuentes. La dificultad que esto presenta para el estudioso de los derechos no es menor. Así, en este libro se estudian los principales contenidos que han desarrollado ambas Cortes en cada

uno de los derechos que se incluyen en los capítulos. Al tiempo, se presenta un artículo sobre el llamado bloque de constitucionalidad y las dificultades del control de convencionalidad.

*Los derechos de los grupos vulnerables.* Otro fenómeno importante en la protección y estudio de los derechos humanos radica en la paulatina y constante incorporación de derechos específicos para grupos vulnerables. Se ha comprendido que el principio de igualdad no se cumple con el ideal de uniformidad, sino con el reconocimiento de las necesidades diferenciadas de cada grupo según su vulnerabilidad. En todo caso, lo que vincula a estos grupos son las desventajas materiales que histórica y sistemáticamente les ha impedido ejercer sus derechos humanos. Como consecuencia de ello, la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos ha puesto una considerable atención sobre cada experiencia y realidad particular de aquellos, lo que ha llevado a desarrollar importantes estándares para la protección de cada grupo a través de la cláusula que prohíbe la discriminación<sup>9</sup> y mediante diversas perspectivas para juzgar.<sup>10</sup> A su vez, estos derechos se han incorporado en instrumentos específicos de protección tanto a nivel nacional como internacional.<sup>11</sup>

Este desarrollo también es observado en una variedad de líneas jurisprudenciales por parte de las Cortes mexicana e interamericana. Así, han dotado de contenido a los derechos de las personas con discapacidad, de los pueblos y comunidades indígenas, de los niños, niñas y adolescentes, de la diversidad sexual, a la igualdad de género, entre muchos otros.<sup>12</sup> Cada precedente siempre ha denotado un común

---

9 Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (1948, p.6).

10 *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Dirección general de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

11 Por ejemplo, entre los principales documentos normativos que incoportan estos derechos específicos son: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre personas con discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, entre otras; respecto de leyes nacionales se encuentran, la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, Ley General de las Personas con Discapacidad, la Ley para prevenir y eliminar la discriminación, o la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

12 Véase la colección completa de *Cuadernos de Jurisprudencia del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN* en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>; también, consultar *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en <https://www.corteidh.or.cr/publicaciones.cfm>

denominador: la configuración interdependiente, indivisible y, al mismo tiempo, diferenciada de sus derechos para un verdadero ejercicio de su autonomía. De forma consistente con este desenvolvimiento de los derechos humanos, en esta obra se hace un esfuerzo por reunir los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales de los derechos de estos grupos. Así, se advertirán capítulos específicos para estas materias.

### **Estructura y contenido temático**

El libro establece una construcción dogmática de cada uno de los derechos humanos que lo integran. Vincula los desarrollos teóricos con la jurisprudencia de las Cortes mexicana e interamericana, propiciando un diálogo entre doctrina y precedentes judiciales. Al mismo tiempo, en la obra se aluden algunos problemas recurrentes de adjudicación. Aunque es un libro desarrollado para la comunidad jurídica mexicana, puede servir para el estudio de los derechos humanos en la región latinoamericana.

La obra se compone de 19 capítulos que pueden seccionarse en dos partes. La primera está integrada por artículos marco o que pretenden ser un referente teórico o contextual para el estudio de los derechos. Ahí encontramos los artículos sobre el bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, proporcionalidad y restricciones de derechos fundamentales. Cada uno de estos temas incorpora un ingrediente conceptual clave para el estudio y entendimiento de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión dogmática como operativa.

Ya con ese bagaje general de los derechos humanos, se abre una sección sobre derechos humanos en específico, donde se eluden las distinciones clásicas, de índole civil, político y social, para estudiar aquellos derechos humanos con mayor desarrollo jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se inicia con un capítulo sobre libre desarrollo de la personalidad y varios capítulos sobre derechos de libertad. También se integran a esta obra los desarrollos sobre acceso a la justicia y debido proceso, así como las garantías penales. Luego se presenta el capítulo sobre el derecho contra la discriminación y sus reflejos en derechos como la igualdad de género y derechos de la diversidad sexual. Como se explicó, se desarrollan, también, los derechos de grupos especialmente protegidos que han tenido una protección específica, como los derechos de las niñas, niños y adolescentes o los pueblos indígenas. Finalmente, se estudian los derechos económicos, sociales y culturales y sus proyecciones específicas, como los derechos a la seguridad social y el derecho a un medio ambiente sano.

La primera sección abre con el artículo de Rubén Sánchez Gil, “Proporcionalidad y restricción de derechos fundamentales”. En este, el autor explica los fundamentos y las etapas del test de proporcionalidad, identificándolo como una

herramienta moderna de adjudicación para determinar qué intervenciones a los derechos pueden estar justificadas. Con todo, el autor se centra en las aplicaciones que esta metodología ha tenido en nuestro país. Señala que la práctica judicial no ha sido consistente en la descarga del test, lo que puede llevar a confundir sus propósitos y niveles de análisis. También llama la atención sobre temas abiertos o novedosos en la aplicación de este juicio, como la suspensión en el amparo, las cargas probatorias y el test de igualdad.

En “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en México”, Daniel García ofrece un amplio panorama sobre ambas figuras en nuestro país. Explica la relevancia que supone asumir con seriedad y compromiso el concepto de bloque de constitucionalidad, así como la manera en que la Corte lo ha entendido con posterioridad a la reforma constitucional del año 2011. Un enfoque similar aplica al concepto de control de convencionalidad, pues identifica sus orígenes y explica la manera en que, aunque no exento de complicaciones, ha permeado nuestra cultura jurídica y nuestra arquitectura constitucional para transformar no sólo el significado y la posición de los derechos humanos, sino también la manera de impartir justicia en nuestro país.

En “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, Carlos G. Ponce expone de forma profunda y detallada el fundamento, el contenido y los alcances, así como el desarrollo que ha tenido este derecho fundamental en nuestro país. Tomando como referente las principales teorías existentes en la doctrina y el derecho comparado sobre el contenido y estructura de los derechos de libertad, se argumenta que el reconocimiento de un derecho fundamental “implícito” al libre desarrollo de la personalidad, no solo revela una visión (e interpretación) cada vez más liberal de la Constitución por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino también una mayor disposición a controlar normas y actos de autoridad que pueden incidir en la autonomía de las personas

En el capítulo “El derecho a la identidad personal”, Fernando Sosa Pastrana y Francisco Espinosa González parten del supuesto de que la identidad, en principio, se garantiza a través del registro y que además se trata de un derecho básico imprescindible de todas las personas. Es decir, al individualizarlas mediante un nombre, se pueden definir como sujetos de derechos sociales, civiles, culturales, económicos, políticos, etc. Para ilustrar su contenido normativo, analizan el derecho a la identidad de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de México y la Corte interamericana. Desarrollan los elementos tanto teóricos como normativos. Todo ello, para dar cuenta de su alcance, así como de la relevancia que tiene este derecho en el desarrollo de distintos supuestos fácticos, como la infancia mexicana, así como los aspectos más cotidianos de las personas. Al mismo tiempo, los autores advierten a lo largo de su texto que este derecho



fundamental ha sido objeto de distintas discusiones, debido a la evolución de la identidad en las personas así como de la propia diversidad social y cultural.

En el capítulo del “Derecho a la libertad de expresión e información”, Giovanni Salgado hace una exposición de los principales elementos conceptuales y normativos que permitirán orientar la manera en que se define y opera este derecho. Para ello, revisa las principales teorías liberales e igualitarias que fundamentan este derecho. Describe las doctrinas jurisprudenciales, principalmente de las Cortes mexicana, interamericana y la estadounidense. Después de este recorrido, el autor encuentra que, no obstante éste es un derecho complejo, se han encontrado consensos claves para delimitar sus contornos. Así Giovanni identifica los fundamentos teóricos del derecho en el marco de un Estado constitucional democrático; los principales debates doctrinales en torno a su función; los estándares sobre discursos protegidos y no protegidos; los límites y contrapesos de la libertad de expresión.

En el capítulo sobre “Libertad de conciencia, de creencias y religiosa”, Pilar Betrián aborda el análisis de los principales elementos de este derecho fundamental, de modo que se pueda contar de una visión completa tanto de su regulación como de sus aspectos teóricos. Así, en un primer apartado, recoge las fuentes de este derecho: la manera en que ha sido reconocido e incorporado por los principales documentos normativos. En el siguiente apartado, la autora profundiza en su contenido, desmenuzando sus principales manifestaciones, tanto de su dimensión interna como externa, individual como colectiva. Todo ello, sin olvidar considerar a los límites que en su ejercicio están previstos. Finalmente, aborda la cuestión de la objeción de conciencia, “una forma de concreción de la libertad de conciencia y religión, y se presenta cuando las normas o actos que generan una obligación o carga se oponen a las más íntimas convicciones —religiosas o no— de las personas”.<sup>13</sup> Con esta, se analizan dos ámbitos en los que más recientemente se ha manifestado la SCJN, como son el militar y el sanitario.

El capítulo de “Los derechos político-electorales”, María Valdés brinda un panorama general de estos derechos en el marco del sistema jurídico mexicano. Para ello, revisa las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En un primer momento, la autora aborda la relación entre derechos políticos y democracia; posteriormente, incorpora en su estudio el derecho a la participación política y las formas específicas de mecanismos de democracia directa que lo materializan en la Constitución mexicana. En segundo término, revisa los derechos a votar y ser elegido, particularmente, desde

---

13 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018 de 21 de septiembre de 2021, párr. 269.

las especificidades del principio de paridad, las candidaturas independientes y la posibilidad de ser reelecto. Por último, refiere al derecho a acceder a las funciones públicas, donde desarrolla el tema de violencia política en razón de género.

En el capítulo sobre “Acceso a la justicia y debido proceso”, Marat Paredes propone contribuir en la delimitación conceptual del derecho no únicamente como un conjunto de garantías formales sino también sustantivas. Para dicho objetivo, el autor divide el estudio en dos partes: la primera está dedicada al acceso a la justicia; en la cual se intentan dilucidar los principales presupuestos doctrinales que dan identidad al derecho para, posteriormente, dirigir la discusión a la aplicación de los principios de justicia gratuita, pronta, imparcial y completa. La segunda parte se centra en la revisión del derecho al debido proceso. En ella, el autor sostiene que este derecho presupone el acceso a la justicia, pero involucra además una serie de derechos sustantivos, formales y cualitativos que permean a todas las áreas del derecho. De ahí, el autor explica algunos de estos derechos y garantías, en el marco de una evolución histórica en la que surgen nuevos retos que pasan a integrarse en aquel derecho.

En el capítulo de Carlos G. Ponce Núñez y Guillermo Kohn Espinosa, “Garantías penales”, se sistematiza y explica de forma didáctica y sencilla el desarrollo que han tenido las garantías penales en el derecho constitucional mexicano, a partir de su análisis normativo y jurisprudencial. Para ello, se estudian las principales fuentes normativas (Constitución y tratados internacionales), la doctrina especializada, tanto nacional como comparada, así como los principales precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se han desarrollado el contenido y los alcances de cada una de las garantías penales sustantivas, orgánicas y procesales.

En el capítulo de mi autoría, “El derecho contra la discriminación”, expongo la arquitectura básica del derecho contra la discriminación a partir de un estudio que describe la práctica de los tribunales. Explico las diferencias del principio de igualdad con la cláusula que prohíbe la discriminación, identificando a esta cláusula con la prohibición de la negación de derechos o bienes jurídicamente relevantes a grupos especialmente protegidos. Luego, desarrollo las diferentes manifestaciones de la discriminación. Me detengo especialmente en mostrar los problemas probatorios y de adjudicación de este derecho. Para finalmente presentar los niveles de análisis del test de igualdad.

Fabiana Estrada, en “El derecho a la igualdad de género”, da cuenta de la doctrina construida en torno a este derecho humano, a partir de los elementos y parámetros más importantes desarrollados en los últimos años. Con ello, no pretende ser exhaustiva sino presentar los grandes temas en los que existe un desarrollo constitucional sustancial, con líneas jurisprudenciales definidas para

orientar la actividad jurisdiccional y de litigio. Todo ello haciendo uso de la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana sobre igualdad de género y del derecho comparado. El texto desarrolla de manera exitosa y con claridad cada uno de estos elementos, los cuales resultan cruciales para comprender las complejas dimensiones en las que este derecho se va expandiendo sobre diversos escenarios. Con todo ello, los desarrollos normativos que en este capítulo se presentan van orientados a atacar a aquellos prejuicios y estereotipos que han imperado a lo largo de la historia.

Alejandra Martínez Verástegui, en “Los derechos de las personas de la diversidad sexual”, analiza la manera en la que se ha abordado la protección de estos derechos por parte de la judicatura. La autora señala que la Suprema Corte ha sido un actor clave para lograr la protección de las personas de la diversidad sexual a través del desarrollo y consolidación de precedentes progresistas y protectores de sus derechos. Esta protección se ha articulado, sobre todo, alrededor del derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, en el texto se trazan algunas líneas doctrinales sobre estos principios. Alejandra conecta estas reflexiones con los estándares y precedentes que han emitido las Cortes mexicana e interamericana.

En “Los derechos de las personas con discapacidad”, María Fernanda Pinkus contrasta el modelo eugenésico con el de abordaje social y de derechos humanos de la discapacidad. Describe de que forma la óptica social ha permeado la normativa nacional e internacional. La autora desarrolla quiénes son las personas que están protegidas por este marco normativo. Más adelante, puntualiza que, tratándose de derechos de personas con discapacidad y de lograr su inclusión en la sociedad, las normas asignan responsabilidades tanto a las autoridades como a los particulares. Enseguida, explica cada uno de los principios que sustentan el marco de protección de esta población. En el último apartado, desarrolla el contenido normativo y jurisprudencial de algunos derechos que son clave para que las personas con discapacidad puedan gozar de sus demás derechos.

En “Los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, Nicolás Espejo desarrolla una justificación dogmática de los derechos de niñas, niños y adolescentes que busca establecer: a) que los niños poseen intereses significativos y que ameritan un reconocimiento y protección especiales; b) que la protección de estos intereses cuenta con algún tipo de prioridad normativa que limita el peso de otras consideraciones, intereses o valores importantes; y c) que resulta necesario el desarrollo de medidas para asegurar la exigibilidad de tales derechos frente a la autoridad o terceros. Para el logro de este objetivo, el capítulo presta especial atención a desarrollos contemporáneos en el campo de la teoría legal sobre estos derechos y a algunos desarrollos jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Na-

ción de México que pueden ser leídos en diálogo con este campo de la dogmática jurídica.

El texto de Daniel Cerqueira, “Los derechos de los pueblos indígenas”, sistematiza el contenido de los derechos de los pueblos indígenas y tribales reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por México, así como de aquellos derivados del marco constitucional mexicano, de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En una primera parte, el autor resume la evolución de los diferentes paradigmas constitucionales en la región y su incidencia en la relación Estado-pueblos indígenas. Asimismo, se hace una conceptualización teórica en torno al fundamento constitucional de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales. En una segunda parte, se enumeran las disposiciones más relevantes de la Constitución mexicana sobre la materia y desarrolla el contenido jurisprudencial de los derechos previamente identificados, de acuerdo con los precedentes de la Corte IDH y de la SCJN. Finalmente, el capítulo concluye con algunas preguntas de discusión, con el fin de servir como herramienta de aprendizaje sobre los estándares internacionales y constitucionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Por su parte, los autores de “Los derechos económicos, sociales y culturales”, Giovanni Salgado y Porfirio Hernández, advierten que aún existen temas pendientes que son clave en la interpretación y aplicación de los económicos, sociales y culturales (DESC) que merecen ser estudiados. Así, identifican tres aspectos cruciales para comprender el contenido y dificultades de adjudicación de estos derechos: en primer lugar, abordan aquellos temas y discusiones relacionadas con su dogmática jurídica, en el que se dilucidan sus principales fundamentos y rasgos conceptuales; en segundo lugar, realiza un estudio comparado de las principales estrategias, criterios y herramientas hermenéuticas por las que los DESC son tutelados en los tribunales constitucionales e internacionales sobre casos concretos; y, finalmente, revisan los aspectos más procesales e institucionales relativos a la justicia constitucional mexicana. A partir de este bosquejo, prioritariamente teórico, los temas presentados están más orientados a responder el *cómo* que el *por qué* de la justiciabilidad de los derechos sociales desde el ámbito judicial.

Alejandra Rabasa en “El derecho a un medio ambiente sano” muestra el desarrollo progresivo de un sistema de jurisprudencia constitucional que enfoca el derecho humano a un medio ambiente sano en sus diferentes dimensiones de justicia individual, colectiva e intergeneracional, poniendo en el centro de la tutela judicial a la naturaleza por su valor intrínseco. Para ello, la interpretación de la Suprema Corte, que identifica la conservación del medio natural como núcleo esencial del derecho humano a un medio ambiente sano, representa un avance de gran importancia para repensar desde una ética no utilitaria los criterios y meca-

nismos de acceso a la justicia en asuntos ambientales. Asimismo, la jurisprudencia constitucional sobre los principios que deben informar la tutela efectiva de este derecho fundamental han evolucionado a criterios que sientan bases sólidas para su ejercicio real, en la práctica.

El artículo de Héctor Orduña Sosa, “Los derechos laborales”, empieza con una definición estipulativa: se trata de prestaciones que protegen a las personas desde su ingreso al mercado de trabajo, durante el desarrollo de su vida laboral y aún después de que ésta ha concluido. El autor ofrece un panorama complejo sobre lo que engloba el derecho al trabajo: tanto protecciones propias del empleo, el derecho a sindicalización y a la libertad de trabajo, así como de principios más transversales a los derechos humanos; por ejemplo, los de acceso a la administración de justicia, la igualdad y la no discriminación. Explora diversos temas centrales para el mundo del trabajo: el empleo decente, las condiciones de trabajo y los derechos colectivos. A partir de esos ejes temáticos, expone y analiza sus fuentes normativas nacionales e internacionales, las jurisprudencias mexicana e interamericana y la doctrina sobre este derecho fundamental. “Los derechos laborales” es un artículo no sólo muy completo en relación con los elementos básicos de esta garantía, sino necesario en el contexto de la nueva jurisdicción laboral en México.

Por último, en “El derecho a la seguridad social”, Diana González muestra, a partir de la discusión doctrinal y la exposición normativa, dos cuestiones cruciales: que en el sistema jurídico mexicano la titularidad de ciertos beneficios sociales es una prestación de carácter fundamental y no sólo un problema de “mera legalidad”. La segunda, que se trata de un derecho humano autónomo que, es independiente del mundo del trabajo y de los vínculos filiales. La idea es, entonces, que el derecho a la seguridad social es atribuible a todos los sujetos y no sólo a los trabajadores formales y sus familias. Para probar esas hipótesis, el artículo presenta la doctrina sobre el derecho fundamental a la seguridad social; expone su integración normativa en los ámbitos federal y local; así como da cuenta de la configuración judicial interamericana del derecho. También, muestra algunos de los escenarios constitucionales de litigio que han sido objeto de adjudicación por parte de la Suprema Corte.

### **Un manual de casos para el curso de derechos humanos**

Finalmente, este libro se acompaña con un *Manual de casos para la enseñanza de los derechos humanos*, resultado de la colaboración del CEC-SCJN con el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho CEEAD. En el CEC estamos convencidos de que el derecho no debe presentarse como un área del conocimiento inaccesible para el justiciable. Para que los derechos se puedan materializar es preciso la difusión de su doctrina, de forma clara y sencilla. En esa línea, coincidimos con el CEEAD en la necesidad de reformar la enseñanza

del derecho. A través de casos prácticos pueden formularse preguntas complejas que invitan al estudiante a realizar ejercicios de análisis y reflexión profundos. Del mismo modo, con esta metodología el estudiante puede integrar y aplicar los conocimientos dogmáticos de esta obra. Creemos por tanto que ambos textos se complementan, formando un binomio útil para la difusión y estudio de los derechos humanos.

\* \* \*

En conjunto, los capítulos exponen el desarrollo de los derechos humanos en México. Establecen un aparato conceptual que se articula con las líneas jurisprudenciales de las Cortes mexicana e interamericana, delineando así los contornos de aplicación de cada uno de los derechos. Espero que este libro sea útil en el estudio y enseñanza de los derechos y constituya un punto de partida para un análisis y escritos más profundos.

Agradezco a cada uno de los autores y las autoras su invaluable esfuerzo, en comunicar y acercar los derechos a todos y todas. Agradezco especialmente al equipo de colaboradores del CEC-SCJN por cuatro años de un trabajo arduo que logró generar toda esta producción académica en los temas que más inciden y afectan a la población mexicana. Mi gratitud siempre al Ministro Presidente Arturo Zaldívar por su confianza y acompañamiento institucional al CEC. Finalmente, agradezco también a María Goerlich, directora de Tirant Lo Blanch México, por materializar este libro.

Se espera que los lectores y lectoras encuentren en estas páginas, más que respuestas, muchas preguntas y el deseo de adentrarse en el complejo estudio de los derechos humanos.

**Ana María Ibarra Olguín**

*Ciudad de México, septiembre de 2022*

## Capítulo 1

# Proporcionalidad y restricción de derechos fundamentales

Rubén Sánchez Gil\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. RESTRICCIÓN (INTERVENCIÓN) DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Interpretación y delimitación iusfundamentales. A. Dos diferentes perspectivas. B. Visión constitucionalista moderna. 2. “Intervención”, “restricción” y conceptos afines. A. La “intervención” de derechos fundamentales. B. “Restricción”, “suspensión” y “regulación” en México. III. LAS RESTRICCIONES IUSFUNDAMENTALES Y SU PROPORCIONALIDAD. 1. Razonabilidad y derechos fundamentales. 2. El principio de proporcionalidad y su examen. 3. El examen de proporcionalidad y su pertinencia. IV. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO. 1. Fundamento jurídico. 2. Etapas del examen de proporcionalidad. A. Configuración jurisprudencial. B. Fin constitucionalmente válido. C. Idoneidad. D. Necesidad. E. Ponderación o proporcionalidad “*stricto sensu*”. 3. Algunos problemas mexicanos. A. Habilitaciones constitucionales al legislador. B. ¿Proporcionalidad, “test de igualdad” o “escrutinio judicial”? C. Suspensión en el amparo (y medidas cautelares en general). V. EPÍLOGO.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace unos veinte años, la idea de “proporcionalidad” y su empleo para enjuiciar la validez de las restricciones de los derechos fundamentales<sup>1</sup> eran práctica-

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán (UADY). Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. ORCID: 0000-0002-2094-0855.

1 Usaré un concepto *formal* y *amplio* de “derecho fundamental” que básicamente lo entiende como “un derecho subjetivo que la Constitución atribuye a un sujeto para [...] determinadas prerrogativas” (Bastida Freijedo, Francisco José, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 32-33, citado por Preciado Domènech, Carlos Hugo, *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Cizur Menor [Navarra], Aranzadi, 2016, p. 43). En este concepto caben tanto los derechos previstos por la Constitución como las normas de derechos humanos reconocidas en tratados internacionales, que en principio “no se relacionan en términos jerárquicos” según “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”, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 5, abril de 2014, t. I, tesis P/J. 20/2014 (10a.), reg. 2006224, p. 202.

mente desconocidos en México. No resulta extraño que en esos tiempos se le haya incluso confundido con la garantía de proporcionalidad tributaria que dispone el artículo 31, fracción IV, de la Constitución.<sup>2</sup> Invocar la “proporcionalidad” como técnica de juicio constitucional resultaba entonces extraño, y aun arriesgado para ambos lados de la barandilla, porque importaba plantear un argumento cuya complejidad además lo hacía lucir artificioso.

En cambio, hoy el juicio de proporcionalidad es una herramienta no sólo aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, sino usada de modo cada vez más frecuente por la judicatura, la abogacía y la academia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido importantes criterios jurisprudenciales que han estandarizado esta técnica en nuestro ordenamiento, que muestran su empleo general, y que refieren su aplicación a problemas concretos.

Sin embargo, aunque el examen de proporcionalidad ya es una técnica de juicio constitucional muy relevante en México, todavía hay aspectos pendientes de determinar a su respecto en nuestro país, que pueden distribuirse en dos grandes vertientes de problemas. En primer lugar, aunque las fases del juicio de proporcionalidad han sido ya claramente definidas por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, persiste la posibilidad de confundir su aplicación —lo que en especial propicia la compleja relación que puede haber entre ellas—. Y, en segundo término, aún falta señalar el camino para que el test de proporcionalidad se aplique tersamente en aspectos peculiares del ordenamiento mexicano como la suspensión en el juicio de amparo,<sup>3</sup> o novedosos como los estándares de prueba.<sup>4</sup>

---

2 Así se desprende, por ejemplo, de la aclaración hecha en Pleno, amparo en revisión 2146/2005, resolución de 27 de febrero de 2007, p. 104.

3 Me abocaré a este tópico *infra*, § IV.3.

4 Véase “DERECHO AL NOMBRE. EL ESTÁNDAR PROBATORIO PARA SU MODIFICACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 70, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA ES INCONSTITUCIONAL, AL NO SUPERAR LAS GRADAS DE NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, lib. 6, octubre de 2021, t. II, tesis 1a. XLV/2021 (10a.), reg. 2023696, p. 1752. El concepto de “estándar probatorio” apenas se está conociendo en México; y es cada vez más clara la influencia de la obra probatoria de Jordi Ferrer Beltrán (especialmente *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021), como en particular muestra “ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA LA VINCULACIÓN A PROCESO. CONDICIONES PARA CONSIDERAR PROBADA ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS FÁCTICAS QUE DERIVEN DEL ACERVO PROBATORIO INCORPORADO POR LAS PARTES EN LA AUDIENCIA RELATIVA”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, lib. 12, abril de 2022, t. IV, tesis (II Región)1o.8 P (11a.), reg. 2024442, p. 2717.



Este trabajo no pretende resolver todas estas cuestiones; su propósito es modesto, pero no por ello carente de importancia: identificar los *perfiles del test de proporcionalidad en México* para fijar su caracterización básica, a fin de consensar un marco elemental para su aplicación y discusión en nuestro ordenamiento. Resulta preciso elaborar una dogmática del examen de proporcionalidad —inserto en una más amplia que exponga nuestro sistema de derechos fundamentales— que explique de modo paradigmático sus implicaciones y su funcionamiento para integrarlo al conocimiento jurídico “normal”, y que las pueda asumir quien estudia nuestro derecho, lo practica o reflexiona sobre él.<sup>5</sup>

A tal efecto, este trabajo se dividirá en tres secciones sustantivas. La primera expondrá aspectos teóricos básicos que fundan el juicio de proporcionalidad; su núcleo será el concepto de “intervención” de derechos fundamentales, en torno de cuya comprensión gira esta técnica. En la segunda de dichas partes, expondré las características con que el derecho mexicano ha recibido el test de proporcionalidad, con base en el modelo básico que a su respecto ha elaborado nuestra Suprema Corte, y expondré los aspectos elementales de su aplicación. La última sección abordará tres problemas “mexicanos” del examen de proporcionalidad, relacionados con particularidades de nuestro sistema jurídico; a su respecto expresaré posturas que no tengo por definitivas, pues ello requeriría el consenso de la comunidad jurídica, pero que podrían servir para iniciar su discusión.

El test de proporcionalidad es una *verdadera garantía* de los derechos fundamentales, pese a lo que sus detractores han sostenido de modo reiterado, mas no prevaleciente.<sup>6</sup> Sin embargo, para que ello resulte así es preciso aplicarlo correctamente, lo que implica conocer sus bases, poseer un importante arsenal argumentativo, y practicarlo para que paulatinamente se consolide su función en nuestro ordenamiento.

---

5 Acerca de la dogmática jurídica y sus funciones, véase Rùthers, Bernd, *Teoría del derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, trad. de Minor E. Salas, México, Ubijus, 2009, pp. 171-180. Sobre el “paradigma” y la “ciencia normal”, véase Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios, núm. 213), 2004, pp. 57-59.

6 Sobre las objeciones a esta técnica y su refutación, véase Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, disponible en: «<http://bit.ly/2QBCxcJ>», *passim*.

## II. RESTRICCIÓN (INTERVENCIÓN) DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Interpretación y delimitación iusfundamentales<sup>7</sup>

#### A. Dos diferentes perspectivas

“Ningún derecho fundamental es absoluto”, reza un viejo lugar común.<sup>8</sup> Se le pueden hacer múltiples precisiones,<sup>9</sup> pero, a grandes rasgos y a efectos prácticos, es verdadero: ni siquiera el derecho humano a la vida prevalece siempre, pues podría ser acotado, por ejemplo, en ejercicio de la legítima defensa.<sup>10</sup>

El problema no es si se pueden limitar los derechos fundamentales, pues ello es indefectible: con independencia de cómo se perciban, no puede darse siempre a todos los derechos fundamentales una extensión total por la que cubran incondicionalmente todas las situaciones que pudieran caer bajo su amparo. La verdadera cuestión es determinar *bajo qué condiciones* es válido restringirlos.<sup>11</sup>

Este tópico ha sido una de las más importantes palestras de las polémicas teóricas, metodológicas e ideológicas de la interpretación iusfundamental (y jurídica

7 Con el adjetivo “iusfundamental” traduzco el alemán *grundrechtlich*, que significa “relativo a los derechos fundamentales”.

8 E. g. “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXII, julio de 2013, t. 1, tesis 1a. CCXVI/2013 (10a.), reg. 2003975, p. 557; y Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 196.

9 Especialmente frente a la idea de que hay derechos “absolutos” —como la prohibición de tortura— cuya comprensión requiere mayores precisiones; pero que, en todo caso, se trataría de una categoría *excepcional* que no se opone a las consideraciones generales que aquí se hacen. Véase Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, pp. 51-55 (27-30); al citar esta obra, entre paréntesis indicaré las páginas de su versión inglesa que contienen el texto referido, enunciada en la relación final de fuentes de este trabajo.

10 Mucho podría discutirse al respecto, y desde luego, aquí no me ocuparé de ello. Sólo anotaré que la Suprema Corte estableció que la legítima defensa no es un “cálculo aritmético de equivalencia”, sino una inexacta “ponderación” en sentido amplio y coloquial — que se efectúa “atendiendo a las características de la agresión, a las circunstancias en las que se lleva a cabo, así como a los valores que se encuentren en peligro” (acción de inconstitucionalidad 31/2018, sentencia de 5 de noviembre de 2019, pp. 27-28).

11 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 239 (249). Al citar esta obra clásica incluiré entre paréntesis la ubicación en el original alemán del texto referido, conforme la edición señalada en la relación final de fuentes de este trabajo.

en general). Su discusión no reviste importancia meramente académica; también tiene consecuencias para la vida pública, pues de su resultado derivan mayores o menores posibilidades de afectación estatal a los gobernados.<sup>12</sup>

A muy grandes rasgos han existido dos posturas sobre el “contenido esencial” de los derechos fundamentales, concepto alemán<sup>13</sup> que designa su ámbito intocable: 1) la *absoluta*, que entiende el contenido esencial iusfundamental como un ámbito fijo e inmutable, prescrito de antemano a cabalidad; y 2) la *relativa*, según la cual dicho concepto es casuísticamente variable bajo determinados parámetros.<sup>14</sup> Estos enfoques generales —y las posturas específicas que les sean afines— pueden dar lugar a resultados diametralmente opuestos. Tomemos dos clásicos ejemplos de restricción de derechos fundamentales en nuestro texto constitucional, para ilustrar lo anterior: las libertades de trabajo y de expresión, respectivamente consagradas en los artículos 5o. y 6o. de la Constitución mexicana.<sup>15</sup>

En nuestra Constitución, el primer precepto excluye la actividad “ilícita” del ámbito de protección de la libertad de trabajo. En tanto es el legislador quien determina qué actividad tiene esa calidad, en sus manos quedan sus alcances. Un enfoque puramente literal diría que la decisión legislativa que señala como “ilícita” una actividad debe siempre prevalecer, porque así lo autoriza rotundamente la propia Constitución. En cambio, un enfoque diferente cuestionaría lo anterior, y se preguntaría por los fines a que serviría proscribir determinada actividad, y qué limitaciones específicas admitiría la ley fundamental para este derecho.

La misma comparación puede hacerse con el artículo 6o. constitucional, que admite la libre expresión siempre que no “ataque a la moral”, entre otros. Nuevamente, un enfoque literalista puede hacer pensar que las expresiones chocantes a la sensibilidad dominante, que empleen términos malsonantes, o que por otro motivo pudieran considerarse “incorrectas”, no se subsumen en el ámbito categórico que demarca la regla textualmente consagrada para la libertad de expresión. En cambio, un punto de vista más amplio se preguntaría si el Constituyente, pese

---

12 Cfr. *ibidem*, nota 11, p. 241 (251).

13 Véase Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 73.

14 Véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, disponible en: «<http://bit.ly/1eDPk3u>», pp. 111-112. Desde cierto punto de vista, las teorías absoluta y relativa coinciden respectivamente con la “interna” y la “externa” que expone Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 240-241 (250-251). Véase también Pérez Luño, *op. cit.*, nota 13, pp. 74-75

15 Véase Burgoa, *op. cit.*, nota 8, p. 197.

a su fórmula literal, de verdad tuvo intención de suprimir la libre expresión para proteger cualquier afectación “moral”.<sup>16</sup>

La oposición entre las posturas absoluta y relativa se cifra en la seguridad jurídica, en tanto permitan o no que los alcances de los derechos fundamentales puedan conocerse de antemano y con exactitud, y saberse con las mismas calidades si una determinada conducta está o no avalada por un derecho de esa jerarquía.<sup>17</sup> En general, se dice que la primera postura se aviene con aquel principio, porque la fijación de límites categóricos, inmutables y precisos a los derechos fundamentales, especialmente los expresados en el propio texto constitucional, sirven a ese conocimiento previo y exacto de su “contenido esencial”.<sup>18</sup> En cambio, admitir que el perímetro de los derechos fundamentales es variable es por sí mismo la negación de dicha seguridad, y lo es más todavía si la determinación móvil y de esta delimitación queda a la voluble discrecionalidad de los tribunales.

Las posiciones anteriores son inexactas. El enfoque absoluto no conlleva cabal seguridad jurídica, porque antes hay que discutir dónde situar los confines de los derechos fundamentales; y aunque ello lo haga el legislador y su decisión pase por correcta, aún debe interpretarse —principalmente por órganos judiciales—, y tal es una operación que en última instancia ha de resolverse con base en una determinada *ideología*.<sup>19</sup> Por su parte, la posición relativa tampoco está reñida con la seguridad jurídica: en primer lugar, la demarcación casuística de los alcances iusfundamentales que realiza la jurisdicción constitucional puede darse mediante una adecuada argumentación con “criterios y estructuras” que le den confiabilidad;<sup>20</sup> y en segundo término, pueden constituir un precedente que determine o vuelva rutinaria la delimitación casuística de los derechos fundamentales.<sup>21</sup>

---

16 Véase “USO CORRECTO DEL LENGUAJE. EL ARTÍCULO 223, FRACCIÓN IX, DE LA LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN, AL ESTABLECER LA OBLIGACIÓN A LOS CONCESIONARIOS DE PROPICIARLO, VIOLA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 54, mayo de 2018, t. II, tesis 1a. XLI/2018 (10a.), reg. 2016898, p. 1238.

17 Cfr. Ávila, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 216-218.

18 Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 11, p. 98 (106).

19 Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, p. 63.

20 Cfr. Ávila, *op. cit.*, nota 17, p. 234.

21 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “El precedente y la ponderación”, en Martínez Verástegui, Alejandra (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, p. 122. Véase también Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 66 (41).

Por otra parte, y quizá con mayor importancia, los enfoques absoluto y relativo tienen una influencia mayor de lo que hemos creído sobre nuestra (pre) concepción de los derechos fundamentales. El primero alienta una interpretación restrictiva de estos derechos, en tanto sugiere que su ámbito no abarca, y nunca lo ha hecho, la propia demarcación que la Constitución textualmente les impone, o que implementa el legislador al “reglamentarlos” con base en las disposiciones de la ley suprema; de este modo, parecería que esta regulación sería válida mientras semánticamente se halle en el marco de las disposiciones constitucionales, porque los derechos fundamentales no podrían ir más allá de él.<sup>22</sup> En cambio, al tener toda restricción de estos derechos por una situación excepcional, la posición relativa siempre exigiría *en cada caso específico* una adecuada y suficiente justificación para reducir el alcance iusfundamental *original*, que no satisface la mera autorización constitucional para coartar el ámbito natural —interpretado de manera amplia— de los derechos fundamentales por no explicar por qué en esa situación particular no se otorga al derecho la extensión máxima que le es inherente.<sup>23</sup>

## B. Visión constitucionalista moderna

Puede ser muy extenso el debate sobre la polémica teórica, metodológica e ideológica entre los enfoques absoluto y relativo de la delimitación de los derechos fundamentales. A efectos prácticos, y para sortear esta discusión, podríamos partir de dos principios fundamentales de interpretación constitucional, particularmente formulados en vista de las características de esta materia, sobre los cuales puede haber un muy amplio consenso: 1) *plena fuerza normativa* de la Constitución; y 2) *unidad* constitucional.

Estos principios exigen respectivamente que al interpretar las disposiciones constitucionales se dé a sus términos la máxima eficacia posible, y que se tome en cuenta el significado de otros preceptos con que se relacionen.<sup>24</sup> Son vertientes de los tradicionales criterios *teleológico* (en una modalidad relacionada con el argumento apagógico) y *sistemático*,<sup>25</sup> insoslayables al adjudicar significado a la

---

22 Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 8, pp. 198-199.

23 Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 241-243 (251-253).

24 Véase Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis de doctorado, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, disponible en: «<http://bit.ly/1jeqGWK>», pp. 294-296, 302-304 y 310-312.

25 Véase en general Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, disponible en: «<http://bit.ly/2bddq5h>», pp. 69 y ss., 270-273 y 393 y ss.

ley fundamental.<sup>26</sup> A grandes rasgos, tienen en conjunto las siguientes implicaciones:<sup>27</sup>

- A los derechos fundamentales se les debe dar una *interpretación amplia y extensiva*, para que tengan la máxima eficacia y cubran el mayor número posible de posiciones jurídicas;<sup>28</sup> pero esta optimización también aplica a favor de los principios constitucionales que en un momento determinado se oponen a un derecho fundamental —y que incluso pueden ser otros derechos de la misma calidad—.<sup>29</sup>
- En ocasiones, la máxima eficacia que corresponde a los principios constitucionales lleva a que en determinadas circunstancias colisionen al buscar concretizarse, de modo que no pueden realizarse simultáneamente, pero tampoco pueden ambos renunciar a su máxima eficacia.<sup>30</sup>
- Esta oposición no puede resolverse sino reduciendo los alcances de uno de estos principios/derechos y haciendo prevalecer a su contrario. Sin embargo, en cada situación se requiere justificar la medida con que se reducen los alcances (máximos y absolutos) de un derecho fundamental, porque, habiendo la obligación de darle siempre toda la eficacia posible, incumplir este deber no puede darse de modo gratuito.
- La posibilidad de restringir sus alcances existe incluso para los llamados derechos “sin reserva”, consagrados textualmente en términos absolutos, siempre que exista “un *deber constitucional* a realizar la concreta inter-

26 Cfr. Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 395-396.

27 Con relación a los puntos siguientes, véase en general “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P. XII/2011, reg. 161368, p. 23.

28 Lo que evidentemente se relaciona con el “mandato de optimización”, piedra angular de la teoría de los principios de Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 67-68 (75-77). Sobre el concepto de “posición (jurídica)” y su adscripción iusfundamental, véase *ibidem*, pp. 155-156 y 214-218 (163-164 y 224-228); y acerca de la “interpretación amplia” de los derechos fundamentales a efecto de su restricción, véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 6, pp. 47-53. Un claro ejemplo de esta optimización de posiciones iusfundamentales puede verse en Pleno, acción de inconstitucionalidad 139/2019, sentencia de 5 de abril de 2022, § 293.

29 Cfr. Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 6, p. 61.

30 Cfr. “SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. OBJETO DE LA PONDERACIÓN ENTRE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL INTERÉS SOCIAL, PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 107, FRACCIÓN X, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 138, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE AMPARO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, libro 7, junio de 2014, tomo II, tesis IV.2o.A.69 K (10a.), reg. 2006859, p. 1922.

vención en el derecho fundamental” que se oponga a su eficacia en una situación particular.<sup>31</sup> Hay entonces una “cláusula restrictiva general implícita” en nuestra Constitución para todos los derechos fundamentales —aun los consagrados en términos literales absolutos—, que resulta ser “una exigencia metodológica y una condición de racionalidad del funcionamiento [del] sistema jurídico”, sin la cual “careceríamos de un método para solucionar esos conflictos”.<sup>32</sup>

Estos postulados son apenas elementos básicos para resolver el problema de la restricción de los derechos fundamentales. No le brindan una solución inmediatamente aplicable; a lo sumo, indican muy ampliamente que al restringir un derecho fundamental se debe *justificar* por qué negarle la plena eficacia que le corresponde.

Explicar este procedimiento de justificación requiere exponer previamente la “intervención” de derechos fundamentales. Sólo hasta comprender en qué consiste precisamente la “restricción” de estos derechos puede hallarse —y entenderse— una solución satisfactoria para valorarla. En las democracias constitucionales actuales, muy rara vez resulta absoluta la afectación del ámbito de protección iusfundamental o evidente su ilegitimidad; por el contrario, sus condiciones sociales y políticas hacen proliferar discrepancias cada vez más sutiles sobre el significado y los alcances precisos de los derechos fundamentales en circunstancias específicas.<sup>33</sup>

---

31 Cfr. Lenz, Sebastian y Leydecker, Philipp, “Kollidierendes Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte”, en *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer/Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, p. 850. Un claro ejemplo en México es el trato diferenciado basado en categorías sospechosas, *literalmente prohibido en términos absolutos* por el último párrafo del artículo 1 constitucional, sobre el cual la Suprema Corte admitió que podría justificarse habiendo una finalidad imperiosa a cuya realización se ajuste estrechamente; véase en particular “IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 23, octubre de 2015, t. II, tesis 1a./J. 66/2015 (10a.), reg. 2010315, p. 1462.

32 Acción de inconstitucionalidad 139/2019, *cit.*, nota 28, § 297-300.

33 Cfr. Grimm, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, Toronto, vol. 57, 2002, p. 396, citado por Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 387 (351).

## 2. “Intervención”, “restricción” y conceptos afines

### A. La “intervención” de derechos fundamentales<sup>34</sup>

La plena eficacia de las disposiciones constitucionales impone interpretarlas partiendo de una concepción amplia de su supuesto de hecho, que optimice su ámbito de protección —“*quién y qué es protegido*”<sup>35</sup>— extendiéndolo *prima facie* a todo cuanto pudiera abarcar actual y potencialmente.<sup>36</sup> Si alguna posición jurídica cupiera en la hipótesis de la disposición iusfundamental, se halla tutelada constitucionalmente *en principio*; pero que ello se sostenga de modo *definitivo* frente a la restricción (actual o potencial) que vede dicha posición es algo que debe determinarse en función de valorar esta *intervención* en el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental.

Entre otras acepciones, en el lenguaje común “intervenir” significa “[d]irigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones” por una autoridad.<sup>37</sup> En el ámbito iusfundamental, en general, una “intervención” (*Eingriff*) es un impedimento u obstáculo para ejercer un derecho fundamental. La dogmática alemana adoptó este término para evitar las connotaciones negativas de otros como “restricción” (*Beschränkung*), “(de)limitación” (*Begrenzung*), “reducción” (*Verkürzung*) o “menoscabo” (*Beeinträchtigung*);<sup>38</sup> y también se ha usado para diferenciar la “intervención” de conceptos afines como “configuración” (*Ausges-*

34 Para mayor detalle, véase Mateos Durán, Arnulfo Daniel, “El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana”, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3wlVz5M>», pp. 137-174.

35 Borowski, Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, trad. de Arnulfo Daniel Mateos Durán, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 81 (cursivas en el original).

36 Véase en general Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 281-290 (290-299). *Cfr.* acción de inconstitucionalidad 139/2019, *cit.*, nota 28, § 293-294.

37 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, s. v. “intervenir”, «<http://bit.ly/3H3QYMM>» (4 de julio de 2022). Una nota gramatical: este verbo es transitivo; se construye con un complemento directo que consiste en el objeto sobre el que recae la acción que denota, por lo que a dicho objeto no debe antecederle una preposición.

38 *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 687-688. A grandes rasgos, estos conceptos son sinónimos, pero no a la vista de consideraciones teóricas más específicas que requieren sutiles apreciaciones sobre la naturaleza de los derechos fundamentales; *cfr.* Pieroth, Bodo, Bernhard Schlink, Thorsten Kingreen y Ralf Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 30a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2014, p. 59; y Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 240-243 (250-253).



*taltung*), “regulación” (*Regelung*), “conculcación” o “afectación” (*Antastung*) y “vulneración” (*Verletzung*), con los que podría o no coincidir.<sup>39</sup>

A lo largo del tiempo, la dogmática alemana sostuvo un concepto “clásico” y restringido de “intervención” y, posteriormente, uno “moderno” y amplísimo.<sup>40</sup> Según el primero, la intervención iusfundamental requiere condiciones muy específicas: que de modo autoritativo (unilateral e imperativo) y con eficacia jurídica, no meramente fáctica, se dirija directamente contra el titular del derecho fundamental con la intención inmediata de coartar el derecho fundamental. En cambio, su concepción moderna entiende la “intervención” como “todo obrar (*Handeln*) estatal que *total o parcialmente hace imposible* al particular una conducta o el goce de un bien jurídico que cae dentro del ámbito de protección de un derecho fundamental”, con independencia de que lo haga de modo directo o indirecto, jurídico o fáctico, final o imprevisto, con o sin coacción, lo que incluye que esta afectación se vincule con consecuencias jurídicas gravosas.<sup>41</sup> Esta última concepción ha sido sostenida en los últimos años por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual ha dicho que

[l]a tutela de los derechos fundamentales *no se limita a intervenciones de carácter inmediato*. También las medidas estatales que despliegan un *efecto mediato o fáctico* pueden menoscabar los derechos fundamentales, y por ello deben estar suficientemente justificadas a partir de la Constitución. En la determinación de sus objetivos y en su efecto, pueden equivaler a una intervención normativa y directa, y tienen entonces que ser tratadas como tal.<sup>42</sup>

Un aspecto que se ha señalado a partir de la expansión del concepto de “intervención” con el afán de limitarlo es que no puede referirse a “meras afectaciones menores”,<sup>43</sup> a “simples bagatelas, molestias cotidianas, susceptibilidades

39 Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, *op. cit.*, nota 38, pp. 59-62.

40 En general sobre esta clasificación, *cf.* Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, *op. cit.*, nota 38, pp. 64-66; y Borowski, *op. cit.*, nota 35, pp. 90-91. Como se verá enseguida, hay gran similitud entre estas concepciones de la “intervención” iusfundamental y las del interés procesal (jurídico y legítimo) que manejamos en el juicio de amparo; por todos, *cf.* “INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 12, noviembre de 2014, t. I, tesis P./J. 50/2014 (10a.), reg. 2007921, p. 60.

41 Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, *op. cit.*, nota 38, p. 65 (§ 253).

42 2 BvR 2347/15 y otros, sentencia del 26 de febrero de 2020, «<http://bit.ly/32saJsO>», § 215 (cursivas añadidas; caso del derecho fundamental al “deceso autodeterminado” [*selbstbestimmtes Sterben*]).

43 Borowski, *op. cit.*, nota 35, p. 91.

subjetivas”.<sup>44</sup> Estas reservas parecen razonables, pero importan una *petición de principio*, porque es difícil ubicar la línea que separa el menoscabo sustancial del derecho fundamental de su afectación irrelevante:<sup>45</sup> es incorrecto tomar como premisa que la limitación de un derecho fundamental carece de importancia, lo que “no puede[] constatarse *a priori*, sino *a posteriori*, en atención a cada hipótesis particular que se presente”, pues ello es precisamente lo que se busca comprobar al analizar la intervención iusfundamental.<sup>46</sup> De esta manera, y también para su mayor garantía, ha de considerarse “intervención” *toda* obstaculización al goce de un derecho fundamental, por insignificante que parezca; el problema no es que haya intervención de derechos fundamentales, sino determinar si es constitucionalmente válida.<sup>47</sup>

## B. “Restricción”, “suspensión” y “regulación” en México

En la dogmática mexicana, tradicionalmente han existido distintos conceptos que evocan la limitación de los derechos fundamentales.<sup>48</sup>

Desde el primer párrafo del artículo 1o. constitucional se halla una distinción conceptual fundamental. Este precepto dispone que el “ejercicio” de los derechos reconocidos por la Constitución y por las normas convencionales de derechos humanos, y de sus garantías, “no podrá *restringirse* ni *suspenderse*, salvo en los casos y bajo las condiciones que [la propia] Constitución establece”.<sup>49</sup>

Esta disposición refuerza expresamente la supremacía constitucional que corresponde a los derechos fundamentales, pero alude a dos distintas clases de limitaciones que se les puede imponer, desde luego con base en alguna exigencia de rango constitucional: la “restricción” y la “suspensión”. Ambos términos refieren conjuntamente toda clase de salvedades oponibles al goce o al ejercicio de un derecho; pero en aras de la claridad terminológica hemos de distinguirlos.

También tradicionalmente se ha sostenido en México que la “suspensión” de derechos fundamentales es un concepto que acompaña el “estado de excepción”

44 Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, *op. cit.*, nota 38, p. 66 (§ 260).

45 *Ibidem*, pp. 65-66 (§ 257).

46 *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 8, pp. 199-200 (cursivas en el original).

47 *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 11, p. 242 (252).

48 Véase por ejemplo “AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE PRETENDEN LA DESAPLICACIÓN DE UNA RESTRICCIÓN, PROHIBICIÓN, LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL, CON APOYO EN UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER CONVENCIONAL”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 12, noviembre de 2014, t. I, tesis 2a./J. 119/2014 (10a.), reg. 2007932, p. 768.

49 Cursivas añadidas.

previsto por el artículo 29 constitucional;<sup>50</sup> como se sabe, en general constituye una *muy grave afectación* a la eficacia de los derechos fundamentales, que podría ser total, aunque bajo condiciones que estipula dicho precepto constitucional, de las cuales les resultan distintivas la excepcionalidad y la temporalidad.<sup>51</sup> En cambio, el concepto constitucional de “*restricción*” es *amplio y genérico*, pues abarcaría *cualquier* limitación que pudiera imponerse al goce y al ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>52</sup> De este modo, en un sentido lato, la “suspensión” puede entenderse como una especie del género de “restricción”; aunque en sentido estricto y en contraste con el primero, este último término más bien denotaría las limitaciones “ordinarias” que pueden imponerse a los derechos fundamentales.<sup>53</sup>

En este último sentido, la “restricción” que menciona nuestra Constitución equivaldría a la “intervención” de la dogmática germana. Todo obstáculo, por mínimo que sea, que dificulta el llano goce de alguna de las posiciones incluidas en el ámbito de protección de un derecho fundamental, sin importar que lo haga directa o indirectamente, jurídica o fácticamente, *restringe e interviene la plena eficacia* de un derecho fundamental que aspira a ejercerse con óptimos alcances y sin cortapisas.

La sinonimia entre “restricción” e “intervención” es acorde con una concepción contemporánea de los derechos fundamentales basada en la optimización de su ámbito protector y de su eficacia.<sup>54</sup> Ambas indican toda clase de limitaciones que pueden imponerse al alcance máximo de estos derechos; y si bien una y otra impor-

---

50 Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 8, pp. 210-211; y Salazar Ugarte, Pedro, “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN/UNAM/Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, disponible en: «<http://bit.ly/1kcwKPl>», pp. 231-233.

51 Medina Mora F., Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015, pp. 61-62.

52 Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 8, p. 198.

53 *Supra*, nota 51.

54 Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 11, p. 243 (253). El concepto de “restricción” (*Schranke*) se aviene muy bien con la teoría de los principios, y con las posiciones relativa y externa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, porque evoca la idea de que éstos tienen un alcance óptimo que es constreñido por un elemento ajeno a él: un diverso principio que se opone a su realización, reducción cuya medida debe justificarse en todo momento; en cambio, el concepto de “límite” (*Grenze*), y las concepciones absoluta y relativa, no implican esta constricción sino que los alcances iusfundamentales no van más allá del punto que se les ha establecido, y éste no requeriría una justificación tan fuerte y precisa bajo la idea de que los derechos llegan hasta donde se les permita y no se reconocen con aquella extensión superlativa; véase *ibidem*, pp. 240-241 y 243 (250-251 y 253). En cambio, Barak no comparte la idea de que los derechos sean “restringidos” y que su alcance sea inicial, sino que “sólo operan a nivel subconstitucional” (*op. cit.*, nota 9, pp. 64-66 y 270 [40-41 y 237]).

tan una “afectación” —otro término que podría ser sinónimo a los anteriores— a los alcances iusfundamentales, ninguna tiene un sentido definitivamente peyorativo como “violación” o “contravención”.<sup>55</sup> De este modo, podrían utilizarse para aludir indistintamente, sin enjuiciarla, todo óbice al goce de los derechos fundamentales: que éstos sean “restringidos”, “intervenidos” o “afectados”, no significa que se haga inválidamente. Si acaso, la diferencia entre estos términos sería más bien de registro lingüístico y contextual: “restricción” es más frecuente en México con el sentido técnico indicado arriba; “intervención” es un término teóricamente muy ortodoxo y con máxima neutralidad semántica; y “afectación” resulta más coloquial.<sup>56</sup>

Distinta de la “restricción” y de sus equivalentes es la “regulación” o “reglamentación” de los derechos fundamentales. Se ha entendido que la mera “regulación” de los derechos fundamentales “sólo significa pormenorizar o detallar la norma [iusfundamental] de que se trate, a fin de procurar su mejor aplicación u observancia”, sin variar “el ámbito normativo de las disposiciones que [se] reglamente[n]”.<sup>57</sup> Este último concepto tuvo importancia en México en décadas pasadas, pues fue un frecuente lugar común para desestimar afectaciones a estos derechos bajo el argumento de que no los “restringían” sino que “sólo” los “regulaban”, y no había vulneración iusfundamental sino en el caso de una total —y remota— supresión del derecho correspondiente.<sup>58</sup>

El problema con la “regulación” de un derecho fundamental no es sólo determinar de manera objetiva y precisa cuándo lo “altera substancialmente”<sup>59</sup> o le impone requisitos “superables” para su ejercicio,<sup>60</sup> de modo que se estime que esta reglamentación no lo haga nugatorio; cuestiones ya de suyo complicadas. Más

---

55 Es indefectible la sensación negativa que aún tienen estos términos. Pero es prácticamente imposible hallar un término absolutamente neutral para referir la limitación de un derecho fundamental jurídica, política y socialmente estimado en muy alto grado; la no realización de un valor es sin duda un disvalor.

56 Contra esta sinonimia y usando un concepto estrecho de “restricción” como “argumentos legales, contenidos en las normas constitucionales, que limitan el ámbito de protección de los derechos fundamentales”, véase Mateos Durán, *op. cit.*, nota 34, pp. 157-158.

57 Burgoa, *op. cit.*, nota 8, p. 198 (cursivas en el original suprimidas). Cfr. Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, *op. cit.*, nota 38, pp. 61-62 (describiendo la “regulación” [*Regelung*] como “hace[r] manejables las respectivas garantías por medio de modalidades, formas y procedimientos, pero sin que sea permitido variar o reducir su contenido”).

58 Por ejemplo, véase “FRACCIONAMIENTOS. EL ARTÍCULO 77, FRACCIÓN III, DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE PUEBLA QUE, EN DETERMINADOS CASOS, PROHÍBE LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, núm. 57, septiembre de 1992, tesis P./J. 26/92, reg. 205629, p. 12.

59 Cfr. *supra*, nota 46.

60 Véase Medina Mora F., Salazar Ugarte y Vázquez, *op. cit.*, nota 51, pp. 72-73.

importante es que *toda “regulación” constituye una intervención*: los requisitos, condiciones o modalidades impuestos a los derechos fundamentales impiden su liso y llano ejercicio; suponen una cortapisa que, aunque sea en medida mínima, obstaculiza su plena eficacia al separar unas categorías para las cuales está permitido gozar del derecho y otras para las que se halla prohibido.

Por su sola apariencia no puede establecerse si la condición impuesta al ejercicio de un derecho fundamental es “insignificante” o “substancial”, para concluir que se trata de una “restricción” o de una mera “regulación” que sólo lo concretiza o configura. Como desde hace décadas enseñó Burgoa, esto sólo puede determinarse *a posteriori*, luego de apreciar el grado con que la condición enjuiciada afecta la eficacia del derecho fundamental en sus circunstancias concretas.<sup>61</sup> Algunas —o quizá muchas— “regulaciones” iusfundamentales serán válidas porque no restringen gravemente el derecho correspondiente; pero en cambio, aunque intervengan mínimamente su ámbito de protección, otras serán inválidas porque lo hacen sin propósito alguno o sin justificación suficiente para obstaculizar su eficacia en la medida en que lo hacen.

### III. LAS RESTRICCIONES IUSFUNDAMENTALES Y SU PROPORCIONALIDAD

#### 1. Razonabilidad y derechos fundamentales

La validez de la restricción de derechos fundamentales estriba en su *razonabilidad*. Se trata de una “racionalidad práctica” que atañe a un actuar determinado —una decisión judicial, por ejemplo—, y que encontraría fundamento en su observancia de las normas relevantes del ordenamiento jurídico.<sup>62</sup> A muy grandes rasgos, porque esta cualidad puede tener diversas acepciones que pueden entrelazarse, se entiende por “razonable” aquello que es “conforme con la razón”, que demuestra una “relación [adecuada] entre medios y consecuencias”, y que se basa en “procedimientos argumentativos que recurr[e]n a razones y demuestr[a]n ser irreductibles a la evidencia demostrativa [de la lógica tradicional]”.<sup>63</sup>

61 *Cfr. supra*, nota 46.

62 Sobre los distintos tipos de discursos argumentativos jurídicos y la “tesis del caso especial”, véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 205-207 (261-264). También al citar esta obra incluiré entre paréntesis la referencia al original alemán.

63 *Cfr. Abbagnano, Nicola, Diccionario de filosofía*, México, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, Fondo de Cultura Económica, 2004,

Comencemos por el principio: ¿tiene que ser “razonable” la intervención de derechos fundamentales? Además del principio de plena eficacia de los derechos fundamentales, los cuales deben gozarse “en los más amplios términos”,<sup>64</sup> la ineludible respuesta afirmativa es sostenida por la *interdicción de arbitrariedad* y la *pretensión de corrección* inherentes a todo sistema jurídico.

La actuación arbitraria “niega la esencia misma de lo jurídico”, porque adolece de “la ausencia de una razón objetiva y externamente verificable que pueda sustentarla”, y “care[ce] de otro soporte que no sea la mera voluntad de quien la adopta”.<sup>65</sup> La función esencial de las normas jurídicas es constreñir a sus destinatarios; la conducta abandonada al capricho de quien la realiza es, efectivamente, la negación de estos vínculos. De esta manera, el obrar de las personas —incluyendo el Estado al que vinculan primariamente los derechos fundamentales— debe demostrar su adecuación a las normas que componen el sistema jurídico.

De modo concomitante a esta prohibición de arbitrariedad, es insuficiente esgrimir cualquier motivo para sostener la validez de un acto, porque el derecho pretende que las decisiones tomadas a su amparo sean “correctas”, es decir, materialmente ajustadas al sentido de sus disposiciones. Para decirlo con Alexy: es inadmisibles afirmar que debe restringirse un derecho fundamental de determinada manera, y negarse a justificarlo o, peor aún, expresar que se hace “aunque no hay para ello buenas razones”. La fundamentación de las decisiones jurídicas no sólo debe exponer razones, sino precisamente las adecuadas para justificarlas y demostrar su validez y legitimidad.<sup>66</sup>

Sentado que las intervenciones de derechos fundamentales deben ser “razonables” y “correctas”, se presenta una nueva disyuntiva cuyos términos son: 1) efectuar la respectiva argumentación de la mejor manera que a cada quien se le pueda ocurrir a cada momento; o 2) conforme con un procedimiento estructurado y estandarizado que asegure al máximo posible su corrección y satisfacer la seguridad jurídica.<sup>67</sup>

---

s. *vv.* “racionalidad” (p. 879) y “razonable” (pp. 890-891).

64 “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ES CRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 10, reg. 1001519, p. 827.

65 Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, “arbitraire”, “arbitrary”. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 104 y 108.

66 Véase Alexy, *op. cit.*, nota 62, pp. 208-211 (264-268).

67 *Supra*, nota 20.

En las ciencias sociales —incluyendo la “teoría de las decisiones”—, la “racionalidad” se ha buscado a través de “criterios metodológicos apropiados”, “con el auxilio de técnicas muy formalizadas, en relación con el comportamiento individual y colectivo[,] y con la elección racional de los *medios con vistas a determinados fines*”.<sup>68</sup> En estos procedimientos puede realizarse una “estima[ción] [de] los objetivos, intereses y valores con base en su utilidad”, “para comparar entre sus diversas utilidades y llevar a cabo elecciones con el más alto grado de probabilidad de mejorar la utilidad esperada”, lo que “constituye, pues, un criterio racional de selección”.<sup>69</sup>

Por eficiencia y seguridad jurídica, la última opción de esta disyuntiva parece la mejor alternativa: un procedimiento cierto para determinar la validez de las limitaciones de los derechos fundamentales brindaría un método objetivo y específico para estimarlas, que —por lo menos— haría menos errática esta función y le brindaría algún grado de predictibilidad. Esto lleva a un nuevo dilema: 1) idear de modo original un procedimiento para realizar este examen; o 2) quizá con algunas modulaciones dogmáticas y prácticas para nuestro ordenamiento, adoptar uno que ha probado su utilidad en diversos sistemas jurídicos y que tiene una caracterización teórica generalmente aceptada en sus aspectos esenciales.

Es fácil decantarse también por la última opción: el prurito de la innovación por sí misma no parece eficiente ni razonable. Y en cuanto a la variedad de procedimientos que en efecto existen para resolver los conflictos entre principios constitucionales, como existen diferentes maneras de resolver un mismo problema, el “más apropiado” por su aceptación internacional y por brindar mayor precisión a la aplicación de los derechos fundamentales es el llamado *test de proporcionalidad*.<sup>70</sup>

## 2. El principio de proporcionalidad y su examen

La “proporcionalidad” se halla vinculada a la “justicia” desde la antigüedad, y significa una “relación adecuada” entre elementos diferentes.<sup>71</sup> Este último sentido la enlaza con la “razonabilidad”, según expuse este concepto al inicio de la

68 Abbagnano, *op. cit.*, nota 63, s. v. “racionalidad” (p. 879).

69 *Cfr. ibidem*, p. 882.

70 *Cfr. Barak, op. cit.*, nota 9, pp. 269-270 y 273-274 (237 y 240-241). Han existido intentos de ofrecer alternativas al juicio de proporcionalidad como la “categorización” o la “adecuación”. Pero a decir verdad, en términos generales, ambas dependen de una ponderación, pero realizada con mucha menor transparencia que la hoy alcanzada por el desarrollo teórico del examen de proporcionalidad.

71 Véase Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 3a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), 2012, lib. V, cap. III, pp. 111-112.

sección anterior. Así, básicamente puede decirse que es “razonable” lo “proporcional”, y aquello que tenga esta última calidad será “justo”.

En el ámbito jurídico, muy particularmente en relación con los derechos fundamentales, la idea de “proporcionalidad” generó en Alemania un procedimiento para determinar la validez de sus restricciones, que ha tenido una gran aceptación en distintos sistemas jurídicos (nacionales e internacionales).<sup>72</sup> Según consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal germano, esta técnica se basa en un *principio de proporcionalidad* derivado de la “esencia” de los derechos fundamentales e implicado por el Estado de derecho, que podría enunciarse así: “está permitido restringir un derecho fundamental sólo en la medida *indispensable* para lograr un fin constitucionalmente válido”.<sup>73</sup>

Este principio expresa una norma que rige la conducta que interviene derechos fundamentales. Deriva de la “esencia” de éstos, que al exigir su óptima eficacia imponen que su restricción no sea gratuita o en aras de una nimiedad, sino que en efecto se ajuste a satisfacer un interés relevante que justifique el sacrificio de un derecho consagrado por la ley fundamental. Además, dicho principio requiere que la afectación iusfundamental no sea arbitraria, sino que deban pensarse, expresarse y sostenerse (buenos) argumentos que la justifiquen,<sup>74</sup> lo que abona a la seguridad jurídica que corresponde a los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad *garantiza los derechos* que reconoce la Constitución por partida doble. Primeramente, exigiendo que su restricción se funde en la realización de un fin avalado por la misma ley fundamental. Y enseguida, también requiriendo que sólo tender a este propósito sea insuficiente para justificar dicha intervención, pues también obliga a que ésta *no vaya más allá de lo necesario* para lograr dicho objetivo. Esto último es particularmente importante

---

72 Es abundante la literatura sobre el origen alemán del examen de proporcionalidad y su difusión mundial. Para una presentación elemental, véase Borowski, Martin, “Necesidad y ponderación”, trad. de Arnulfo Daniel Mateos Durán, en González Carvallo y Sánchez Gil (coords.), *op. cit.*, nota 34, pp. 235-240.

73 Cfr. BVerfGE 19, 342 (348-349): “En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene *rango constitucional*. Resulta del principio de *Estado de Derecho*, ya básicamente de la *esencia misma de los derechos fundamentales* que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea *imprescindible* para la protección de intereses públicos” (cursivas añadidas).

74 Para una detallada exposición filosófica, jurídica y política de la relación entre la proporcionalidad y el deber de justificar las decisiones públicas en una sociedad democrática, véase Klatt, Matthias, “Proportionality and Justification”, en Herlin-Karnell, Ester y Klatt, Matthias (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forst in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, pp. 159-196.



para el contexto mexicano: hasta el reconocimiento de la proporcionalidad, especialmente tratándose de afectaciones carentes de gravedad, una práctica tradicional de nuestros tribunales había sido validar las intervenciones de derechos fundamentales por el mero hecho de que las haya inspirado la intención de satisfacer otro principio constitucional o cualquier interés colectivo.<sup>75</sup>

La adecuación entre la restricción iusfundamental como medio para realizar un fin constitucionalmente válido corresponde a una de las dimensiones básicas de la razonabilidad señaladas arriba. Así, la proporcionalidad de las intervenciones iusfundamentales constituye su razonabilidad: estas afectaciones serán “razonables” en tanto sean medios indispensables para lograr un fin legítimo; pasado este límite, resultarán desmedidas, irrazonables y, por tanto, inválidas.<sup>76</sup>

Calificar la “necesidad” de una restricción iusfundamental para lograr un objetivo legítimo requiere una argumentación compleja, sumamente casuística. Para que el principio de proporcionalidad sea “un concepto más concreto, utilizable”, es preciso *encauzar este razonamiento* mediante una técnica formal y estructurada,<sup>77</sup> en el análisis sucesivo de la satisfacción de distintos estándares cuya satisfacción demuestra la aptitud y la medida de la afectación iusfundamental respecto del logro de un fin legítimo.<sup>78</sup>

En su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, el juicio de proporcionalidad consta de tres etapas sucesivas: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.<sup>79</sup> Sin embargo, una caracterización más reciente, a la cual se ha afiliado nuestra Suprema Corte,<sup>80</sup> añade al inicio de este análisis una fase que se había considerado un mero presupuesto —su “*prius* lógico”, como

75 Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, disponible en: «<http://bit.ly/3ba8zlt>», pp. 321-323; y “DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, tesis 1a./J. 6/2019 (10a.), reg. 2019359, p. 492.

76 Cfr. Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 414-415 (378).

77 *Supra*, nota 69.

78 Véase Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 159-161 (131-133).

79 Véanse en particular Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 91-92 (100-101); y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 38, p. 38. La jurisprudencia constitucional española usa también estos mismos subprincipios; véase STC 170/2013, F. J. 5.c).

80 “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), reg. 2013156, p. 915.

ha dicho la jurisprudencia española<sup>81</sup>—: la determinación de la validez constitucional del fin que inspira la restricción de un derecho fundamental. Barak explica esta adición indicando que la legitimidad del fin a que sirve la restricción del derecho fundamental se halla “estrecha e inextricablemente conectado con cada uno de los tres componentes [tradicionales] de la proporcionalidad”, cada uno de los cuales “debe lidiar con su relación con el [...] propósito adecuado [(*proper purpose*)], como él llama al fin legítimo, este ‘nuevo’ elemento”.<sup>82</sup>

Entonces, de acuerdo con la última postura, para valorar la proporcionalidad (en sentido amplio) de una restricción iusfundamental, deben examinarse sucesivamente los cuatro aspectos siguientes:

- 1) la *legitimidad* del fin a que sirve dicha intervención, es decir, su validez constitucional;
- 2) la *idoneidad* de dicha medida por su aptitud para contribuir a realizar dicho propósito;
- 3) la *necesidad* de la afectación iusfundamental por ser la única medida, o la menos lesiva, para lograr el referido objetivo; y
- 4) la *proporcionalidad en sentido estricto* de dicha restricción, coloquialmente llamada “ponderación”, consistente en estimar si la afectación al derecho fundamental es compensada por el beneficio que obtiene el fin legítimo que la inspira.

Sólo puede considerarse válida la restricción de un derecho fundamental si supera todas las etapas de este juicio de proporcionalidad. No es suficiente que la intervención de un derecho fundamental persiga un fin legítimo para ser válida; también tiene que ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.<sup>83</sup> Únicamente entonces mostrará que es “proporcional” y, por ende, “razonable”.<sup>84</sup>

---

81 Entre ejemplos recientes, véase STC 6/2020, F. J. 3.

82 “Una agenda de investigación para el futuro”, en González Carvallo y Sánchez Gil (coords.), *op. cit.*, nota 34, p. 6. Es interesante que esta visión también se ha sostenido desde el punto de vista germano por Hartwig, Matthias, “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un “ius constitutionale commune” en América Latina?*, México, UNAM/Instituto Max Planck/IIDC, 2010, t. I, disponible en: «<http://bit.ly/3JcmEjN>», pp. 787-788.

83 *Supra*, nota 75.

84 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 25 y 159-161 (3 y 131-133).

### 3. El examen de proporcionalidad y su pertinencia

El juicio, examen o test de proporcionalidad<sup>85</sup> en realidad es sólo una parte de un análisis mucho más amplio de constitucionalidad. Éste se lleva a cabo sucesivamente en tres grandes fases: 1) la precisión de los alcances del derecho fundamental y la verificación de su intervención;<sup>86</sup> 2) la comprobación de la justificación (proporcionalidad) de esa afectación iusfundamental; y 3) la determinación del remedio adecuado en caso de que se concluya la invalidez de dicha restricción.<sup>87</sup>

Tan sólo por lo anterior puede verse que el juicio de proporcionalidad es una parte central de este análisis de constitucionalidad, pero no el único factor que considerar en él. Lo anterior pone en perspectiva el papel y la utilidad de esta técnica, especialmente ante la consideración de que se trate de una técnica optativa, una más del elenco que puede emplear quien interpreta los derechos fundamentales.<sup>88</sup>

El examen de proporcionalidad mantiene relación con los criterios clásicos y modernos de la interpretación jurídica, general y constitucional: depende de ellos para establecer, entre otros, el ámbito de protección del derecho fundamental en juego y el sentido de las medidas que lo intervienen,<sup>89</sup> pero también es una técnica definitiva y prevaleciente de operación jurídica, la piedra de toque de toda

85 El evidente anglicismo “test de proporcionalidad” se ha difundido recientemente en nuestra lengua. Incluso lo ha empleado el Tribunal Constitucional español; entre los últimos ejemplos, véase STC 66/2022, F. J. 5.

86 Lo que puede considerarse un “presupuesto” o “cuestión previa” al análisis de constitucionalidad y el examen de proporcionalidad. *Cfr.* Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 38, pp. 616-617.

87 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 30-31 (8). Es interesante que el examen de proporcionalidad no sólo podría servir para calificar la validez constitucional de una intervención iusfundamental, sino también para determinar cómo repararla, en tanto ello en ocasiones requeriría equilibrar distintas exigencias constitucionales para evitar un problema ulterior posiblemente mediante resoluciones atípicas, especialmente aditivas o sustitutivas, para las cuales deben ponderarse distintas soluciones y sus efectos constitucionales. Entre la abundante literatura sobre este tipo de decisiones, véase por ejemplo Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso “Ley de Medios”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, disponible en: «<http://bit.ly/Nrz3DD>», pp. 65-71.

88 Véase “TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, tesis 2a./J. 10/2019 (10a.), reg. 2019276, p. 838.

89 Véase Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, en González Carvallo y Sánchez Gil (coords.), *op. cit.*, nota 34, pp. 57-68.

aplicación jurídica que, en última instancia, se decide con base en determinadas valoraciones.<sup>90</sup>

Esta técnica de juicio constitucional busca *controlar* los ámbitos de discrecionalidad que corresponden al legislador, a la Administración y a la judicatura, prevenir su ejercicio arbitrario y brindar un parámetro jurídico que evite su injusticiabilidad.<sup>91</sup> Aunque las restricciones de los derechos fundamentales se dan primordialmente mediante la acción legislativa,<sup>92</sup> y por ello ésta se usa como paradigma para ilustrar el examen de proporcionalidad a su respecto, las autoridades administrativas y jurisdiccionales también tienen márgenes de apreciación cuyo ejercicio afecta la eficacia de los derechos fundamentales.<sup>93</sup> El deber de respetar y proteger los derechos fundamentales<sup>94</sup> que tienen todos los órganos del Estado deben conocer los límites constitucionales materiales de su actuación y a contenerse de transgredirlos; todos están obligados a conformarse al principio de proporcionalidad al intervenir los derechos fundamentales, cuyo examen no es una labor exclusiva de la judicatura constitucional.<sup>95</sup>

La discrecionalidad implica un mayor o menor margen de apreciación y el poder de elegir entre varias opciones de decisión. Pero en realidad, éste no es tan libre como tradicionalmente ha parecido: la fuerza normativa de los derechos fundamentales —y sus correlativos deberes de respeto, protección y promoción— *prohíbe* adoptar medidas contrarias a sus exigencias, al grado incluso de que “la posibilidad de elección se reduzca a *una* [sola] alternativa”.<sup>96</sup>

---

90 *Cfr. supra*, nota 19.

91 Véase García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3a. ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 46-47.

92 Discrecionalidad de tal amplitud que recibe un nombre especial: “libertad de configuración (legislativa)”, pero que estructural y esencialmente es igual que la discrecionalidad administrativa y el arbitrio judicial; y todas son especies de una discrecionalidad *in genere* que en todos los casos depende de “la naturaleza y [la] estructura de las normas” que la otorgan. *Cfr.* Fernández, Tomás-Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 53-58.

93 Ejemplo reciente del potencial del examen de proporcionalidad en el ámbito jurisdiccional —y aun en el administrativo—, significativo por la extensa y meticulosa creatividad judicial que desplegó para *optimizar* los derechos en juego, es “PRUEBA PERICIAL CONTABLE. DEBERES DEL JUZGADOR Y DEL PERITO PARA SALVAGUARDAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11a. época, lib. 14, junio de 2022, t. VII, tesis I.4o.C.101 C (10a.), reg. 2024887, p. 6361.

94 Véase el artículo 1o., párrafo tercero, constitucional.

95 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 417-419 (379-381).

96 Véase Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, trad. de Gabriel Domènech Pascual *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en: «<http://bit.ly/2TgYXPj>», pp. 137-140 (cursivas en el original).

En el ejercicio de facultades discrecionales, las autoridades legislativas, administrativas y jurisdiccionales no tienen permitido optar por alternativas que, de modo directo o indirecto, tengan por efecto intervenir excesivamente un derecho fundamental. Para controlar estas atribuciones, el examen de proporcionalidad opera precisamente “en aquellos [casos] en que exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad”.<sup>97</sup>

Lo crucial para determinar la pertinencia del examen de proporcionalidad es entonces *construir los términos constitucionales del ejercicio del ámbito discrecional* que controlará. En algunos casos, éstos serán bastante claros, como cuando la apreciación del operador recae sobre bienes muy fácilmente identificables, quizá adscritos claramente a distintas disposiciones, y por ello puede establecerse el conflicto constitucional que resolverá la discrecionalidad. En otras ocasiones, dichos términos no serán tan claros, incluso podría tratarse de la elección discrecional entre distintas hipótesis interpretativas relativas a una misma disposición o principio.<sup>98</sup>

## IV. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MÉXICO

### 1. *Fundamento jurídico*

Determinar la base *jurídica* para utilizar el examen de proporcionalidad no es una cuestión baladí o un mero afán académico. Como “límite de los límites”, esta técnica constriñe el ejercicio de atribuciones de los poderes públicos que generalmente gozan de presunción de constitucionalidad, especialmente cuando se apoyan en cláusulas constitucionales expresas. Para limitar estos ámbitos competenciales constitucionalmente establecidos, y que incluso gozan de legitimidad democrática directa —en particular el Poder Legislativo—, es necesario que ello no sea haga con bases precarias, sino bien fundadas explícita o implícitamente en la Constitución.<sup>99</sup>

---

97 “MARCAS. EL ARTÍCULO 90, FRACCIONES II Y IV, DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, AL PREVER SUPUESTOS EN QUE NO SERÁN REGISTRABLES, NO VULNERA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICAS”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 56, julio de 2018, t. I, tesis 1a. XCI/2018 (10a.), reg. 2017444, p. 263.

98 Un ejemplo emblemático es la seguridad jurídica y sus conflictos “consigo misma”, o sea, entre la realización de los diferentes ideales que este principio exige, a los cuales la graduación que permite el examen de proporcionalidad es muy conveniente. Véase Ávila, *op. cit.*, nota 17, pp. 228 y 547-548.

99 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 243 (211); y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 38, pp. 501-502.

Como en muchos otros sistemas jurídicos, en el mexicano no existe una disposición textual de la Constitución o algún tratado internacional que prescriba expresamente el juicio de proporcionalidad con la estructura señalada.<sup>100</sup> En nuestro país se trata de una técnica determinada por la jurisprudencia<sup>101</sup> y con directa influencia española.<sup>102</sup> Sin embargo, como ya se indicó, puede hallar asidero en los deberes de respetar y proteger los derechos fundamentales que impone el artículo 1o., párrafo tercero, constitucional, —su apoyo más constante— en distintas vertientes de la “garantía de legalidad”.

En el primer precedente mexicano que mencionó las etapas clásicas del examen de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) del que tengo noticia, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fundó su empleo en los artículos 14 y 16 constitucionales, las tradicionales sedes de la garantía de legalidad en México. Sin embargo, precisó que su empleo se apoya particularmente en las disposiciones de estos preceptos que se hallan “encaminadas a salvaguardar a los gobernados de los actos arbitrarios de molestia y privación de cualquier autoridad, ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales”.<sup>103</sup>

Posteriormente, al consagrar de modo genérico y vinculante el examen de proporcionalidad en la jurisprudencia P./J. 130/2007, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo fincó sobre la “garantía de legalidad” que prohíbe a las autoridades “actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los

100 Al menos, nada cercano al artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el *principio de proporcionalidad*, cuando sean *necesarias* y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (cursivas añadidas).

101 Para un recuento de los empeños jurisprudenciales que impulsaron la proporcionalidad antes de su consagración jurisprudencial, véase Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en: «<http://bit.ly/2c5bsKx>», pp. 221-268.

102 Cfr. Alvez, Amaya, “¿*Made in Mexico*? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LX, núm. 253, enero-junio de 2010, disponible en: «<http://bit.ly/3Buhluc>», pp. 374-375 y 381.

103 “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235.

governados”.<sup>104</sup> Al reiterar casi plenamente las razones que sostuvo al consolidar este precedente vinculante, especialmente adecuándolas a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, el mismo Pleno del Máximo Tribunal corroboró los términos de este fundamento del examen de proporcionalidad y concluyó que al limitar los derechos fundamentales el legislador debe ajustarse a un principio de “legalidad constitucional”.<sup>105</sup>

En mi opinión, la interpretación sistemática de los deberes de respeto, protección y promoción del artículo 1o., párrafo tercero, y la garantía de *motivación material* del artículo 16, párrafo primero, ambos de la Constitución, de modo preciso apoyan sólidamente la aplicación del examen de proporcionalidad. En particular el último principio —motivación material— apunta por sí solo el empleo de esta técnica: al requerir que la actuación de las autoridades siempre esté suficientemente justificada para generar molestia al gobernado, exige que las restricciones de derechos fundamentales no vayan más allá de lo indispensable para lograr un fin legítimo.<sup>106</sup> Desde luego, en contra de esta sobreinterpretación del artículo 16 de la ley fundamental puede aducirse que instaurar el test de proporcionalidad jamás estuvo en la intención del Constituyente —y menos en 1917—;<sup>107</sup> pero es claro que se trata de una lectura de carácter *evolutivo*, con-

---

104 “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, tomo I, tesis 321, reg. 1011613, p. 1310. Por todas las ejecutorias que integraron este criterio jurisprudencial véase la primera de ellas: amparo en revisión 2146/2005, *cit.*, nota 2, pp. 92-100. Para un comentario sobre este criterio jurisprudencial y las ejecutorias de que emanó, enfocado a su consagración del examen de proporcionalidad, véase Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009, disponible en: «<http://bit.ly/MDROTq>», pp. 471-489.

105 Véase la acción de inconstitucionalidad 2/2014, sentencia de 1o. de diciembre de 2014, pp. 40-44. Para un comentario de esta ejecutoria, véase Sánchez Gil, Rubén, “Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto”, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3wjtEDF>», pp. 43-75.

106 Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 14, pp. 63-74.

107 Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio de 2012, «<http://bit.ly/3zHbqRp>», pp. 83 y 92-93.

veniente a la protección de los derechos fundamentales que son, según muchas opiniones, “instrumentos vivos”.<sup>108</sup>

## 2. *Etapas del examen de proporcionalidad*

### A. Configuración jurisprudencial

Ya señalé que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha afiliado a una composición del test de proporcionalidad con cuatro elementos: 1) legitimidad (fin constitucionalmente válido), 2) idoneidad, 3) necesidad, y 4) ponderación o proporcionalidad *stricto sensu*.<sup>109</sup> Pero esta estructura de dicho juicio ha sido producto de un paulatino desarrollo en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

En 1997, la Suprema Corte impulsó el empleo del test de proporcionalidad para analizar la equidad tributaria; pero la manera en que lo expuso fue poco clara, por lo que no fue una afortunada presentación de esta técnica en el ordenamiento mexicano.<sup>110</sup> Posteriormente, en el año 2004, la Suprema Corte aludía sólo genéricamente a la proporcionalidad, razonabilidad o necesidad de las restricciones de derechos fundamentales como un límite de la posible intervención legislativa en su ámbito de protección.<sup>111</sup>

Fue hasta 2007 que el Pleno del Alto Tribunal expresó en la jurisprudencia P./J. 130/2007 un criterio vinculante y genérico —o sea, no para un tema en particular— la obligatoriedad del principio de “razonabilidad o proporcionalidad jurídica” para delimitar los derechos fundamentales, y lo hizo consistir en un examen que corresponde esencialmente a las cuatro etapas arriba señaladas, pero denominando “razonabilidad” a la última de ellas.<sup>112</sup> No obstante su importancia,

108 Por ejemplo, véase “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU IMPACTO EN EL DESARROLLO EVOLUTIVO DE UNA DEFENSA ADECUADA Y EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 17, abril de 2015, t. I, tesis 1a. CXXXVII/2015 (10a.), reg. 2008940, p. 516.

109 *Supra*, nota 80.

110 “EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 605, reg. 1011897, p. 1737. *Cfr.* STC 76/1990, F. J. 9, inc. A).

111 Por su claridad y también por servir a una importante evolución de la tradicional garantía de audiencia, un ejemplo muy notable es “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 442, reg. 1011734, p. 1491.

112 *Supra*, nota 103.



esta tesis no expresó con claridad en qué consistía esta cuarta fase del examen: aludiendo al requisito de que la afectación de derechos fundamentales debe “estar justificada en razones constitucionales”,<sup>113</sup> perdió la gran claridad de sus ejecutorias que exponían este paso como la verificación de que “cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención”, que corresponde a la “ley de la ponderación” de Alexy.<sup>114</sup>

La acción de inconstitucionalidad 2/2014 expresa casi palabra por palabra la misma configuración para el examen de proporcionalidad que este último precedente. La única variante, que ninguna diferencia práctica implica para nuestro tema, es que sustituyó “garantías individuales” por “derechos humanos” para ajustarse a la reforma del 10 de junio de 2011,<sup>115</sup> lo que supone una actualización que consolida la línea jurisprudencial que impulsa esta técnica en el marco del paradigma de dicha modificación constitucional.

Por su claridad y su ortodoxia teórica, en el caso *Marihuana*, la Suprema Corte expuso —a mi juicio— la mejor formulación del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana y la plasmó en la tesis 1a. CCLXIII/2016.<sup>116</sup> En esta tesis se explica la cuestión previa consistente en la determinación de los alcances del ámbito de protección del derecho fundamental, y de la existencia y el sentido de la “intervención” —término que apropiada y precisamente utiliza— cuya validez se analizará. Posteriormente, explica la esencia de las cuatro etapas del juicio de proporcionalidad: fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad, y “ponderación” o proporcionalidad *stricto sensu* basada en la mencionada “ley de la ponderación” alexiana.

Este criterio es importante no sólo por su precisión y rigor técnico, sino porque constituye, en mi opinión, jurisprudencia vinculante pese a que no ha sido difundido como tal, por dos razones que expondré enseguida.<sup>117</sup> En primer lugar, esta caracterización forma parte de la *ratio decidendi* de todas las ejecutorias sobre el uso lúdico de marihuana que dieron lugar a criterios que posteriormente constituyeron jurisprudencia: sin dicha exposición sobre la técnica para analizar la validez de intervenciones iusfundamentales, la Suprema Corte simplemente no habría podido alcanzar las determinaciones que constituyeron sus criterios expresamente

---

113 Amparo en revisión 2146/2005, *cit.*, nota 2, p. 100.

114 *Op. cit.*, nota 11, p. 138 (146): “Cuando mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

115 Acción de inconstitucionalidad 2/2014, *cit.*, nota 104, p. 43.

116 *Supra*, nota 80.

117 Para este punto véase en general Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 104, pp. 50-52.

vinculantes, basadas precisamente en un juicio de proporcionalidad.<sup>118</sup> Pero la segunda razón es más importante y menos refutable: el Pleno del Máximo Tribunal hizo suya dicha opinión;<sup>119</sup> esto ha sucedido mínimamente en dos ocasiones: al resolver sobre la ley reglamentaria del derecho de réplica<sup>120</sup> y al invalidar parte de la Ley Federal de Austeridad Republicana.<sup>121</sup> Por tanto, la tesis 1a. CCLXIII/2016 que contiene la mejor exposición del test de proporcionalidad en nuestro ordenamiento ya no es (sólo) un criterio aislado de la Primera Sala, sino *jurisprudencia vinculante del Pleno* del Máximo Tribunal.

Esencialmente, esta configuración de cuatro etapas del juicio de proporcionalidad coincide en lo esencial con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un inicio, este tribunal internacional también intentó controlar las restricciones a los derechos que garantiza considerando correctamente que el requisito de “necesidad en una sociedad democrática” que repetidamente usa el Pacto de San José refiere una adecuación de fines y medios para alcanzarlos.<sup>122</sup> Entre estos esfuerzos iniciales destaca para nuestro país el caso *Castañeda*, en el cual la Corte Interamericana determinó que todas las restricciones a los derechos de dicho tratado deben orientarse a satisfacer un interés público imperativo; restringir en menor grado el derecho protegido; y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo.<sup>123</sup> Pero en otras ocasiones, este tribunal ha desarrollado el examen de proporcionalidad con sus clásicas etapas alemanas (idoneidad, necesidad y ponderación),<sup>124</sup> llamando la atención que para la última de ellas sigue a Alexy.<sup>125</sup>

---

118 Lo mismo cabe decir de los criterios citados *infra*, notas 125, 138, 144 y 156.

119 *Cfr.* “SENTENCIA. CUANDO EL JUEZ CITA UNA TESIS PARA FUNDARLA, HACE SUYOS LOS ARGUMENTOS CONTENIDOS EN ELLA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 1414, reg. 1003293, p. 1592.

120 Acción de inconstitucionalidad 122/2015, sentencia de 1o. de febrero de 2018, p. 47 (n. 44)

121 Acción de inconstitucionalidad 139/2019, *cit.*, nota 28, § 265 (n. 88) y 266.

122 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 160-161 y 244-245 (132-133 y 212-213).

123 *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186. Véase “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), reg. 160482, p. 556.

124 *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84 (opinión reiterada en *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108). Del mismo tribunal, véase también *Mémoli vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 22 de agosto de 2013, § 127.

125 *Cfr.* *Kimel*, *cit.*, nota 123, § 84; y Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*

## B. Fin constitucionalmente válido

Identificar los fines que persigue una medida que interviene un derecho fundamental es la etapa básica del examen de proporcionalidad.<sup>126</sup> No todo propósito justifica la limitación de un derecho fundamental, sino ha de ser uno que necesariamente tenga *fundamento constitucional* explícito o implícito, esto es uno “constitucionalmente válido”.<sup>127</sup>

Los derechos fundamentales disfrutan de doble primacía jurídica:<sup>128</sup> 1) como normas de rango constitucional, se imponen de modo absolutamente preponderante frente a cualquier otro interés que no tenga esta jerarquía;<sup>129</sup> y 2) frente a otros bienes protegidos por la Constitución, los derechos fundamentales tienen una posición preferente *prima facie*, que exige expresar y demostrar las razones por las que aquéllos habrían de prevalecer.<sup>130</sup>

En torno a la legitimidad que debe tener el fin que se opone a un derecho fundamental, surge la sutilísima cuestión —de gran importancia práctica— de si dicho propósito debe ser uno directamente exigido por la Constitución, aunque sea de modo tácito, o puede ser otro propósito que simplemente no esté definitivamente prohibido por la ley fundamental.<sup>131</sup> Esta interrogante puede resolverse con cierta facilidad si nos detenemos un poco en las implicaciones constitucionales.

Considerando en primer lugar que se debe dar la mayor eficacia posible también a las disposiciones constitucionales que apoyan, incluso mediatamente, la restricción iusfundamental, de modo que no es éste el momento oportuno para establecer por qué su eficacia habría de limitarse.<sup>132</sup> Enseguida, esta interpretación amplia puede llevar a comprender los objetivos que no derivan de modo inmediato de la Constitución pero que han sido seleccionados por el legislador u

---

*Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: «<http://bit.ly/2reSzMn>», p. 9.

126 *Cfr.* Barak, *loc. cit.*, nota 82. Véase en general “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), reg. 2013143, p. 902.

127 Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 277-278 (245-246).

128 Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 6, p. 14.

129 *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 232-233.

130 *Cfr.* “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXIII, reg. 313984, p. 1848; y “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *ibidem*, 5a. época, t. XLV, reg. 312214, p. 1533.

131 *Cfr.* Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 38, pp. 692-702 y 790.

132 *Supra*, nota 29.

otro operador como *permitidos a primera vista e implícitamente* por la ley fundamental, comprendidos en su aval,<sup>133</sup> pero que el legislador u otro operador en uso de sus atribuciones materiales o procedimentales ha elegido perseguir. De este modo, aunque un determinado no pueda desprenderse con cierta claridad de una disposición constitucional material, se hallaría, por ejemplo, apoyado constitucionalmente por el principio democrático que al autorizar al legislador elegir los fines de su acción avala éstos.<sup>134</sup>

Esto explica por qué se habla de un fin “constitucionalmente válido”, y no de uno con “rango constitucional” u otras expresiones que aludan a una determinación más o menos inmediata de ese propósito para oponerlo a un derecho fundamental. Por supuesto, la gran apertura textual de la Constitución y su amplia interpretación permiten que “casi cualquier pretensión puede ser exitosamente presentada como [...] incluida de algún modo dentro del ámbito de protección de uno u otro [principio] fundamental”.<sup>135</sup> Ello lleva a que prácticamente siempre se supere esta fase del examen de proporcionalidad;<sup>136</sup> pero esto en realidad no es un problema: esta etapa y la siguiente —idoneidad— imponen un examen mínimo cuyo objeto es desestimar inmediatamente los casos desbocados que obviamente intervienen los derechos fundamentales de manera gratuita o claramente ilegítima.<sup>137</sup>

Que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un “fin legítimo” es insuficiente para justificarla, aunque el mismo esté adscrito inmediata o mediatamente a un principio constitucional que contiene con el derecho fundamental de cuya restricción se trata. Hace falta que dicha intervención en el ámbito de protección de ese derecho sea *idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto* con relación al diverso principio constitucional que se le opone.<sup>138</sup>

133 Lo que constituye una interpretación “en concreto” que especifica el “contenido” del principio constitucional invocado. Véase Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2007, pp. 30 y 78-79.

134 Para lo anterior resulta esclarecedora la distinción entre principios constitucionales de “primer grado” y los de “segundo grado” que expone Alexy, *op. cit.*, nota 11, pp. 111-112 (119-120). Cfr. STC 11/1981, F.J. 7.

135 “PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CIII/2010, p. 184.

136 Cfr. Borowski, *op. cit.*, nota 72, p. 242.

137 Cfr. Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 348-350 (315-316).

138 *Supra*, nota 75.

### C. Idoneidad

La *idoneidad* (también llamada “adecuación” o “conexión racional”) de la intervención de un derecho fundamental se refiere a la aptitud de ésta para contribuir en alguna medida a realizar el fin legítimo que busca esa medida.<sup>139</sup>

El examen de esta fase tiene una lógica muy evidente: si se restringe un derecho fundamental para supuestamente realizar un objetivo, pero dicha limitación es incapaz de lograrlo, se está menoscabando ese derecho sin motivo, gratuitamente, lo que resulta ilícito porque se le debe dar la máxima eficacia posible. Al cabo de la reprobación de este análisis se pone de manifiesto que el fin legítimo fue sólo un pretexto para vulnerar el derecho fundamental. Por esto, como señalé unos renglones arriba, se trata de un examen mínimo para invalidar con celeridad violaciones de derechos que no requerirían mayor detenimiento.

Se trata de un examen *absolutamente fáctico, empírico*,<sup>140</sup> y no requiere de juicio de valor alguno: la restricción iusfundamental *sirve o no* a la realización de la finalidad que supuestamente la exige. El criterio de este examen es bastante bajo, y por ello es probable que en muchos casos se supere con relativa facilidad: no requiere que la intervención del derecho fundamental sea un medio directo o aislado para lograr el fin legítimo; *basta que contribuya en algún grado* a su realización. Desde luego, no es imposible que la restricción del derecho fundamental no sólo sea inútil para el propósito que supuestamente la inspira, sino que incluso le sea contraproducente;<sup>141</sup> en tal caso, desde luego, también se reprobará esta fase del juicio de proporcionalidad y será inválida dicha restricción iusfundamental; pero esto último es una cuestión de capacidad de dicha medida restrictiva, no una relativa a su eficiencia —que se medirá en distintos aspectos en las etapas ulteriores de este examen—.<sup>142</sup>

Pero esta cuestión aparentemente simple también plantea desafíos, y sólo mencionaré los dos más elementales a mi juicio, y que se vinculan en muchas ocasiones: la incertidumbre fáctica y la prueba pericial. Para concluir la aptitud de la

139 Véase en general “SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), reg. 2013152, p. 911.

140 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 341 (307).

141 Véase, por ejemplo, “ACUERDO POR EL QUE SE SUJETA A PERMISO PREVIO LA EXPORTACIÓN DE AZÚCAR (PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE FEBRERO DE 2015). VIOLA EL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 59, octubre de 2018, t. I, tesis 2a. XCV/2018 (10a.), reg. 2018116, p. 1047.

142 Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 339 (305).

restricción iusfundamental para contribuir a la realización del fin que al parecer persigue, deben en ocasiones acreditarse distintos hechos, cuya demostración puede tener distintos grados de convicción, creando ámbitos más o menos importantes de incertidumbre; una exigencia de absoluta certeza sobre la aptitud de la medida enjuiciada no parece apropiada a la luz de los principios democrático y de división de poderes, por lo que habrán de aplicarse, entre otros, distintos estándares probatorios y asumirse otras posiciones en este análisis.<sup>143</sup> A estos efectos no es exagerado subrayar la importancia del correcto planteamiento, desahogo y valoración de la prueba pericial —que también sería útil en otros momentos ulteriores del examen de proporcionalidad—, cuya consideración en nuestro país, al igual que otros temas probatorios, está teniendo una novedosa atención.<sup>144</sup>

#### D. Necesidad

El criterio de *necesidad* analiza si la intervención del derecho fundamental se da con un grado imprescindible, verificando “si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen”, y “si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado”.<sup>145</sup> La medida restrictiva del derecho fundamental será válida sólo cuando sea la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica con el *mismo grado de eficacia*, o porque entre varias que cumplen este objetivo con la misma intensidad resulte la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en mínimo grado.<sup>146</sup>

Esta fase del examen de proporcionalidad es una de las más problemáticas. Sus dificultades sólo inician con lo desafiante que resulta, desde el punto de vista democrático y de división de poderes, enjuiciar en sede constitucional la discrecionalidad que supone la mera formación del elenco de medidas que satisfarían el fin legítimo opuesto al derecho fundamental afectado en igual o mayor medida. En esta fase también hay una serie de variables fácticas que deben acreditarse y que resulta imposible de establecer de antemano; muchas de ellas dependen de

---

143 Véase *ibidem*, pp. 341-345 (308-312). Sobre los estándares probatorios, véase Ferrer Beltrán, *op. cit.*, nota 4.

144 Véanse, por ejemplo: Vázquez Rojas, Carmen (coord.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3BvTNoM>»; e *idem* (coord.), *Manual de prueba pericial*, México, SCJN/EFFJ, 2022, disponible en: «<http://bit.ly/3KXBBWp>».

145 Véase en general “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), reg. 2013154, p. 914.

146 Cfr. BVerfG, 1 BvR 2926/13, 24 de junio de 2014, § 16, disponible en: «<http://bit.ly/2be8Jyb>».

las características del caso particular; y en muchos casos, podrían darse ciertas combinaciones que compliquen más la configuración del problema.<sup>147</sup> También para todas estas cuestiones la opinión pericial muy probablemente será un apoyo decisivo.

Un problema complicado de la etapa de necesidad es su borrosa delimitación con la fase de proporcionalidad en sentido estricto, y que muy esencialmente se puede resumir así: esta tercera etapa requiere apreciar la intensidad de la satisfacción que obtiene el fin legítimo que se pretende realizar con la restricción del derecho fundamental, lo que tradicionalmente ha sido considerado como parte de la ponderación de la última fase de esta técnica.<sup>148</sup> En mi opinión, examinar esta intensidad de satisfacción del fin legítimo no es adentrarse a la ponderación: ésta valora, como expresaré luego, más factores; y es innecesario desglosar cada paso del examen de proporcionalidad (lo que si se hiciera para “mayor claridad” desde un principio lo haría impracticable por farragoso). Lo que también es preciso señalar es que, particularmente al implementar la restricción iusfundamental en sede legislativa, administrativa o jurisdiccional —no tanto al enjuiciarla— el juicio de proporcionalidad muchas veces no tiene el carácter “lineal” con que se le ha caracterizado para describirlo;<sup>149</sup> se trata más bien de un procedimiento recurrente por “ensayo y error”, una “espiral hermenéutica o heurística” en que a cada vuelta del razonamiento se regresa a un mismo punto pero a diferente altura con diferente (y mejor) grado de comprensión hasta dar con la solución más adecuada.<sup>150</sup>

---

147 Véase Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 357-367 (323-333).

148 Lo que se relaciona con la relevancia de la “optimización Kaldor-Hicks modificada” en el examen de proporcionalidad, y el planteamiento de adicionar una grada más a éste para examinarla; véase Borowski, *op. cit.*, nota 72, pp. 251-263. Un buen ejemplo es el referido caso sobre estándar probatorio en el cual la Suprema Corte consideró “innecesaria” la exigencia de documentos “indubitables e inobjetables” para que estimar la acción de cambio del nombre de una persona porque esta acción podría acreditarse con otros elementos probatorios; pero también consideró que el sacrificio impuesto al derecho de acceso a la justicia no lo compensaba la satisfacción de la seguridad jurídica que la norma declarada inconstitucional perseguía (“DERECHO AL NOMBRE...”, *cit.*, nota 4); en mi opinión, sí se superaba la fase de necesidad, porque dichas documentales eran las únicas que lograban el grado pleno de certeza que buscaba el legislador, pero dicha medida no era proporcional en sentido estricto porque, en efecto, imponía al derecho a la identidad un sacrificio muy grande comparado con la afectación de los intereses contrarios (y en ese contexto, “innecesaria”, pero en sentido diverso al de la tercera fase del examen de proporcionalidad); y ciertamente, si pruebas diferentes a las referidas documentales aportaran el mismo alto grado de convicción, no debió pasarse a la fase de ponderación.

149 Esto ha sido puesto de relieve por Pazos, María Inés, “Un modelo alternativo para la ponderación jurídica”, en González Carvallo y Sánchez Gil (coords.), *op. cit.*, nota 34, pp. 271-307.

150 Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 24, pp. 22-24.

Finalmente, una vertiente del subexamen de necesidad que ha cobrado relevancia en México es el relativo a la “suprainclusión” (*overinclusiveness*). Una medida restrictiva de derechos fundamentales es innecesaria si va más allá de lo indispensable para lograr la finalidad que se propone, y abarca constelaciones de casos diferentes a aquellos a los que debería ajustarse estrechamente para lograr dicho propósito, y que podrían sin problema ni consecuencias regularse de manera diferente creando categorías más específicas.<sup>151</sup> Esta faceta ha tenido importantes aplicaciones en el caso *Marihuana* —en el que integró un precedente vinculante paradigmático de esta figura<sup>152</sup>—; y en el amparo directo en revisión 1434/2013 (caso *La Costeña*), para determinar la inconstitucionalidad de una regulación suprainclusiva de la libertad de expresión comercial (publicidad), una vertiente generalmente “débil” de este derecho fundamental,<sup>153</sup> pero cuyas intervenciones también deben sujetarse a un juicio de proporcionalidad en sentido amplio, para garantizar que no sean desmedidas y que se ajusten a realizar un fin constitucionalmente válido.<sup>154</sup>

## E. Ponderación o proporcionalidad “*stricto sensu*”

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como “ponderación” o “*balancing*” en inglés. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.<sup>155</sup>

La ponderación tiene lugar cuando es ineludible el conflicto entre la realización en el caso particular de los principios constitucionales, a diferencia de las etapas previas del examen de proporcionalidad que han depurado el problema.<sup>156</sup> Esencialmente, consiste en un examen de costos y beneficios entre la restricción iusfundamental y la satisfacción del fin constitucionalmente válido que pretende

151 Véase Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 369-371 (335-337).

152 “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 64, marzo de 2019, t. II, tesis 1a./J. 25/2019 (10a.), reg. 2019511, p. 1127.

153 *Cfr.* “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS MENSAJES PUBLICITARIOS TIENEN UNA PROTECCIÓN ATENUADA EN EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 13, diciembre de 2014, t. I, tesis 1a. CDXXIII/2014 (10a.), reg. 2008105, p. 236

154 “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ARTÍCULO 44, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, VULNERA ESE DERECHO FUNDAMENTAL”, Primera Sala, *idem*, tesis 1a. CDXXIV/2014 (10a.), reg. 2008102, p. 234.

155 Alexy, *op. cit.*, nota 124, pp. 8-9.

156 *Cfr. ibidem*, p. 8.



alcanzarse con ella. En ella se “compara[n] el grado de intervención en el derecho fundamental [...] frente al grado de realización del fin perseguido por ésta”, y se inclina la balanza a favor del mayor, porque significará que su realización es más importante en el caso particular y debería por tanto salvaguardarse.<sup>157</sup>

Esta fase del examen de proporcionalidad ha sido el más frecuentemente criticado. Primordialmente estas objeciones han reprochado que la ponderación favorece un espacio incontrolable para el arbitrio judicial con el cual, según sus críticos, fundamentalmente se tergiversan la jerarquía normativa y la división de poderes, al permitir al juez que libremente elija favorecer el principio que considere más importante en cada ocasión.<sup>158</sup> Sin embargo, ya sea por superar estas críticas o por mera conformidad a la pretensión de corrección,<sup>159</sup> ha sido preciso estructurar este procedimiento que pudo haber sido indeterminado en sus inicios, pero hoy se halla bastante bien pormenorizado gracias a la labor de Robert Alexy.

En primer lugar, este autor formuló la “ley de la ponderación” que expresa el criterio esencial para decidir este análisis: cuanto mayor sea la intervención al derecho fundamental, tanto mayor deberá ser el beneficio obtenido por el principio que impulsa su afectación.<sup>160</sup> Pero aun apreciar los elementos es una labor con gran apertura, porque no señala cómo determinar el grado de afectación de cada principio. La respuesta a lo anterior fue también aportada por el mismo jurista, quien con su “fórmula del peso” detalló mucho más el procedimiento de la ponderación.<sup>161</sup>

Esta fórmula alexiana indica un procedimiento para valorar distintos factores que caracterizan los respectivos grados de afectación del derecho fundamental intervenido y del principio que se le opone en caso de que no se diera dicha restricción iusfundamental. Dichos factores, que constituyen la base material de la fórmula del peso y de la ponderación son: *intensidad* con que el principio es afectado; el *peso abstracto* que cada cual tenga dentro del sistema constitucional; y la *certeza* con que dicha afectación y realización se produzca. Éstos son cuantificados —pero desde luego de una manera solamente simbólica y a efectos com-

---

157 Véase en general “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXXII/2016 (10a.), reg. 2013136, p. 894.

158 Por ejemplo: Ferrajoli, Luigi, *La democracia constitucional*, trad. de Javier Espinoza de los Monteros y Nicoletta Carella, México, Porrúa/Universidad Anáhuac, 2017, pp. 46-47.

159 Véase *supra*, nota 66.

160 *Supra*, nota 113.

161 Véase en general Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell (ed.), *op. cit.*, nota 100, pp. 13-42.

parativos— mediante una escala de tres niveles (leve, medio y grave), a cada uno de los cuales corresponde un número que lo cuantifica (1, 2 y 3, respectivamente), y con base en los cuales se determina el “peso concreto” de cada principio que participa en la colisión que se busca resolver.<sup>162</sup>

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado lo más esencial de la “fórmula del peso” para dirigir la ponderación de la última etapa del test de proporcionalidad. En términos que me parecen claramente tomados de este postulado de Alexy, el Máximo Tribunal expresó que

En esta etapa del análisis [de proporcionalidad], por ende, es de capital relevancia tener en cuenta la importancia axiológica del derecho fundamental afectado frente a la de realizar el objetivo constitucional perseguido que, como se ha visto, puede ser otro derecho humano o, excepcionalmente, un objetivo colectivo o interés público especialmente relevantes y urgentes. En este sentido, en esta fase del escrutinio es fundamental tener en consideración tanto el *valor de los bienes involucrados*, como el *grado de afectación* que resiente cada uno y el *grado de certidumbre* respecto de que ésta se producirá. Mientras más importante sea proteger un derecho humano específico, mientras mayor sea la afectación que resienta, y mientras mayor sea la certeza de que se producirá ésta, *mayor será la resistencia que oponga a su restricción*.<sup>163</sup>

Desde luego, en la práctica jurídica es innecesario usar la fórmula del peso como si se tratara de un problema de física o de matemáticas. Dicha fórmula indica elementos que tomar en cuenta al ponderar y les brinda una estructura que encauza los argumentos que pueden esgrimirse en esta labor. Es posible reconstruir las estimaciones adoptadas con base en la “fórmula del peso” mediante un discurso argumentativo que, en términos llanos, exponga por qué la realización de uno de los principios en juego debe prevalecer sobre su contrario.

### 3. Algunos problemas mexicanos

#### A. Habilitaciones constitucionales al legislador

Algunas disposiciones constitucionales facultan al legislador de una manera muy amplia a regular, esto es, restringir los derechos fundamentales. No se trata solamente de preceptos que establecen claramente otros principios en los que pue-

162 Los grados de esta escala podrían extenderse según la precisión necesaria; *cfr. ibidem*, pp. 29 y 34-35. A mi juicio, uno de cinco estratos convendría a la mayoría de los casos.

163 Acción de inconstitucionalidad 139/2019, *cit.*, nota 28, § 327 (cursivas añadidas). Sobre la mayor “resistencia” de los derechos fundamentales, directamente proporcional a la gravedad de su intervención, Alexy se ha pronunciado en *op. cit.*, nota 160, pp. 32 y 35; y en *op. cit.*, nota 124, p. 13.

de apoyarse la limitación de los derechos,<sup>164</sup> sino de disposiciones que —al menos en su literalidad— otorgan atribuciones amplísimas al Poder Legislativo para disponer lo que considere conveniente en relación con los derechos de que se trate.

Un ejemplo muy claro de este tipo de disposiciones es el artículo 17, párrafo segundo, constitucional. Esta disposición establece que los tribunales “estarán expeditos para impartir [justicia] en los plazos y términos *que fijen las leyes*” (cursivas añadidas). ¿Significa este precepto que el legislador está autorizado a hacer lo que mejor le parezca al emitir la legislación procesal? La Suprema Corte, como ya expresé, ha respondido esta interrogante en sentido negativo, y estima constitucionalmente prohibido que la ley imponga restricciones a la tutela judicial efectiva que sean “innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad”;<sup>165</sup> pero, ¿cómo entender que se limite el ejercicio de facultades legislativas que han sido otorgadas por una cláusula tan amplia como la referida?

Una característica principal de la democracia constitucional es que la sola autorización jurídica para la restricción de un derecho, por sí sola, no la legitima. Ésta requiere hallarse materialmente justificada y, como hemos visto, ello supone la razonabilidad de la limitación que se establece, es decir, su proporcionalidad.<sup>166</sup>

Pero habría que hallar una causa que apoye esta exigencia de justificación. Señalé que al lado de la prohibición de arbitrariedad y de la pretensión de corrección, el deber de optimizar los alcances de los derechos fundamentales y darles la *máxima eficacia posible* exige la razonabilidad y la proporcionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales.<sup>167</sup> Esta fuerza normativa hace a los derechos fundamentales oponer “resistencia”<sup>168</sup> a las intervenciones del legislador.

El Pleno de la Suprema Corte así lo ha reconocido también recientemente al señalar que los límites de los derechos fundamentales tampoco son absolutos<sup>169</sup> y que ha de encontrarse un punto de equilibrio entre la eficacia de estos derechos y la posibilidad de imponerles límites.<sup>170</sup> Ésta es una solución muy similar a la de una sentencia clásica del Tribunal Constitucional Federal alemán, el *Caso de las Farmacias*, en el cual señaló que el legislador “no puede determinar libremente el contenido de los de-

164 Como el artículo 6o., párrafo primero, constitucional.

165 “GARANTÍA...”, *cit.*, nota 110.

166 Barak, *op. cit.*, nota 9, p. 277 (245).

167 *Supra*, § III.1

168 *Cfr. supra*, nota 162.

169 *Cfr. supra*, nota 8.

170 “DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RELACIÓN CON SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES NO DEBE PLANTEARSE EN TÉRMINOS ABSOLUTOS”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 74, enero de 2020, t. I, tesis P. II/2019 (10a.), reg. 2021411, p. 561.

rechos fundamentales, sino por el contrario, del contenido del derecho fundamental se genera una limitación al contenido de su discrecionalidad legislativa”.<sup>171</sup>

## B. ¿Proporcionalidad, “test de igualdad” o “escrutinio judicial”?

Uno de estos problemas actuales del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana es su relación con la doctrina norteamericana del “escrutinio judicial” que comenzó siendo un “test de igualdad” para luego utilizarse en el análisis de la validez de restricciones a diferentes derechos fundamentales como la libertad de expresión.<sup>172</sup> Así, en realidad, el “test de igualdad” es una aplicación (primigenia) de la actual doctrina de los niveles de escrutinio judicial que han elaborado los tribunales de los Estados Unidos.

Esta última doctrina reconoce tres diferentes niveles en el rigor del análisis de la constitucionalidad de medidas que restringen derechos fundamentales o que establecen clasificaciones legislativas. Dichos niveles son los siguientes:<sup>173</sup>

- *estricto*: la medida restrictiva se halla estrechamente ajustada (*narrowly tailored*) a la realización de un interés gubernamental imperioso (*compelling*);
- *intermedio*: la medida restrictiva se halla estrechamente ajustada a la realización de un interés gubernamental importante o significativo; y
- *ordinario*: la medida restrictiva es un medio razonable para lograr un interés gubernamental.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha empleado esta doctrina, por ejemplo, aplicando el escrutinio estricto para el análisis de “categorías sospechosas”<sup>174</sup> y el interés superior de menores de edad;<sup>175</sup> el ordinario para el examen de leyes

171 BVerfGE 7, 377 (404).

172 Sobre la evolución de esta doctrina estadounidense, véase Ibarra Olguín, Frida Daniela, *El uso de los niveles de escrutinio: su inconveniencia para el test de proporcionalidad*, tesina de licenciatura, México, CIDE, 2018, disponible en: «<http://bit.ly/2Bw43Rj>», pp. 3-14.

173 Véase Nowak, John E. y Rotunda, Donald R., *Constitutional Law*, St. Paul, Minn. (E.U.A.), West, 2010, pp. 1253-1258 (refiriendo estos niveles a la libertad de expresión). Una estructura similar a la “teoría de los escalones” (*Stufenlehre*) alemana, rechazada por el tribunal de Karlsruhe; véase Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, pp. 235-236.

174 Por todas, véase “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 34, septiembre de 2016, t. I, tesis P./J. 10/2016 (10a.), reg. 2012589, p. 8.

175 “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ERICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES”, Pleno, *idem*, tesis P./J. 7/2016 (10a.), reg. 2012592, p. 10.

fiscales<sup>176</sup> y libertades económicas;<sup>177</sup> y todos sus niveles para los distintos grados de intervención en la libertad de expresión.<sup>178</sup> Sin embargo, el empleo de la doctrina del escrutinio judicial en la jurisprudencia mexicana es a mi parecer criticable.

En primer lugar, esta doctrina es en sí misma limitada, porque no permite una plena apreciación de la proporcionalidad entre la afectación de derechos fundamentales y los fines a que sirve.<sup>179</sup> La doctrina del escrutinio judicial es criticable no sólo por simplificar excesivamente el análisis de la validez de intervenciones en los derechos fundamentales, sino también porque importa una abdicación de las atribuciones de la judicatura constitucional; y la cual resulta innecesaria, porque puede explicarse una deferencia a las apreciaciones de las autoridades ordinarias, o un mayor rigor a su respecto, según la gravedad de la intervención en los derechos fundamentales, sin sacrificar a tal efecto la integridad del juicio de proporcionalidad.<sup>180</sup> En realidad, la doctrina del escrutinio judicial refiere sólo diferentes niveles de rigor en el análisis judicial, pero no atiende los demás aspectos que sí precisa el examen de proporcionalidad,<sup>181</sup> por lo que en efecto, como arriba se expresó que dijo Barak, resulta muy limitado. Es entendible que por la precaria legitimidad de su control judicial de constitucionalidad, en los Estados Unidos se haya elaborado una doctrina tan condescendiente para el legislador; pero ello no tendría por qué darse en países que, como México, no han tenido este problema.<sup>182</sup>

Estoy también en desacuerdo con la distinción entre el juicio de proporcionalidad y el “test de igualdad”. No me parece que haya cuestiones en el último aná-

---

176 “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 51, febrero de 2018, t. I, tesis 2a./J. 11/2018 (10a.). reg. 2016133, p. 510.

177 “LIBERTADES ECONÓMICAS. LAS INTERFERENCIAS A ESTAS LIBERTADES SE CONTROLAN MEDIANTE EL ESCRUTINIO ORDINARIO Y NO POR UN TEST DE PROPORCIONALIDAD O ESCRUTINIO Estricto”, Primera Sala, *idem*, 10a. época, lib. 11, marzo de 2022, t. II, tesis 1a. X/2022 (10a.), reg. 2024242, p. 1724.

178 “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES Y MODALIDADES DE ESCRUTINIO”, Primera Sala, *idem*, 10a. época, lib. 54, mayo de 2018, t. II, tesis 1a. XXXIX/2018 (10a.), reg. 2016865, p. 1230.

179 *Cfr.* Barak, *op. cit.*, nota 9, pp. 317-318 (284-285).

180 Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 89, pp. 64-68.

181 *Cfr.* Clérico, *op. cit.*, nota 172, p. 201.

182 Véase Rosenfeld, Michel, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, en *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, disponible en: «<http://bit.ly/3oG7WZb>», pp. 637-638.

lisis adicionales o esencialmente diferentes al del primero.<sup>183</sup> Incluso con mayor transparencia y solidez, el bagaje teórico del examen de proporcionalidad puede explicar, por ejemplo, que aplique un “escrutinio estricto” a distinciones basadas en “categorías sospechosas”: para superar una prohibición *explícita y absoluta* —lo que indudablemente manifiesta importancia mayúscula— como la del último párrafo del artículo 1o. constitucional, la “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso” exigen que su contravención se ajuste muy estrechamente a conseguir un fin constitucionalmente imperioso.<sup>184</sup>

Otra crítica que puede hacerse al empleo de la doctrina del escrutinio judicial en nuestro país es su carácter voluble. Un ámbito “natural” de aplicación del escrutinio ordinario —nivel al que plenamente aplican las críticas sustantivas anteriores— es el ámbito de las libertades económicas y de los derechos patrimoniales en general.<sup>185</sup> Pero recientemente, el Pleno de la Suprema Corte determinó que para valorar las restricciones a la *libertad de comercio* deben emplearse *todas* las etapas del juicio de proporcionalidad: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>186</sup>

Por supuesto, estoy de acuerdo con el último criterio; pero el punto es aclarar el errático uso, y aparentemente voluble intercambiabilidad, entre el test de proporcionalidad y la doctrina del escrutinio judicial. Sería preferible que la jurisprudencia se decantara definitivamente por aquél, y que use —como ha propuesto Alexy— variables más bien relacionadas con la deferencia respecto de estándares de prueba exigibles en aquel examen constitucional, sin dejar de analizar *todas* sus fases.

### C. Suspensión en el amparo (y medidas cautelares en general)

En el derecho mexicano actual, una de las áreas más propicias para el examen de proporcionalidad en la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, y por extensión, la decisión del otorgamiento de medidas cautelares en general,

---

183 Por ejemplo: “ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P./J. 28/2011, reg. 161310, p. 5.

184 Véanse *supra*, notas 113 y 173; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 38, p. 768; y Alexy, *op. cit.*, nota 160, pp. 27 y 38

185 *Cfr. supra*, notas 175 y 176.

186 Acción de inconstitucionalidad 98/2018, sentencia del 26 de enero de 2021, § 89-92 (expresando además que la intervención de la libertad de comercio debe someterse al test de proporcionalidad “como cualquier otra restricción de libertades o derechos”).

en relación con las cuales puede también señalarse lo siguiente en lo que les sea relevante.

La reforma del 6 de junio de 2011 *constitucionalizó* entre las bases de la suspensión, en la fracción X del artículo 107 constitucional, la “apariencia del buen derecho” y su “ponderación” con el “interés social”. Esto no es poca cosa, pues como veremos, ha impulsado una “suspensión ponderativa” en vez de la tradicional basada en la subsunción, y permitido que resista los embates de reformas legales que han pretendido suprimir la medida cautelar en ciertas materias. Por esta constitucionalización, la suspensión en el juicio de amparo es claramente un derecho fundamental por sí sola —en realidad una manifestación de un genérico “derecho a la tutela cautelar efectiva”<sup>187</sup>—, y una garantía para salvaguardar efectivamente a las personas mientras dure el proceso constitucional.<sup>188</sup>

Desde luego, no puede afirmarse que el Constituyente pensó en una ponderación alexiana al consagrar la “apariencia del buen derecho” en dicho precepto de la ley fundamental. Sin embargo, la “ponderación” (entendida como “consideración”) de este concepto lleva a indagar *qué tan probable es que se estime la pretensión del quejoso*, lo que requiere valorar su alegado derecho fundamental frente al interés público a que supuestamente sirve el acto reclamado, con relación a la inmediata protección del que resulte de mayor importancia.<sup>189</sup> Por eso, la “apariencia del buen derecho” no es dato sino *resultado de un examen de proporcionalidad* en que debe valorarse la legitimidad de la afectación del interés del quejoso, su idoneidad, su necesidad y —particularmente, casi siempre— su proporcionalidad en sentido estricto.<sup>190</sup>

Obviamente, el examen de proporcionalidad es una *cuestión propia del fondo*, que tradicionalmente no podía analizarse en el incidente de suspensión; pero hoy este hecho no puede conducir a descartarlo como instrumento para determinar

---

187 Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 3a. ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2006, p. 201.

188 Sánchez García, Carlos Alberto, *La suspensión en el juicio de amparo*, México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 54-55.

189 Cfr. “SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 949, reg. 1012382, p. 1066.

190 Véase en general Sánchez Gil, Rubén, “Suspensión ponderativa”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, disponible en: «<http://bit.ly/1uzKJa8>», pp. 1218-1220.

la procedencia de la medida cautelar.<sup>191</sup> La apariencia del buen derecho implica un “juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante [de la suspensión]”, que “anticip[a] la probable solución de *fondo* del juicio principal” de modo meramente provisional, y para el solo efecto de resolver sobre la medida cautelar.<sup>192</sup> La sola mención del *fumus boni iuris* autoriza a “asomarse” al fondo de la controversia en los términos precarios que sean posibles en el procedimiento incidental.<sup>193</sup>

La idea de una “suspensión ponderativa” —ahora sí, en términos de proporcionalidad—, o de medidas cautelares en general con esa calidad no es nueva. Decidir cualquier medida cautelar supone dirimir el conflicto de intereses entre el actor que transitoriamente busca una tutela inmediata, aunque transitoria, y el demandado en cuya esfera jurídica incidirá esa determinación judicial. Se requiere entonces una “ponderación de los intereses en juego”, que también en el caso del juicio de amparo consiste en “la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión [del acto reclamado]”.<sup>194</sup> Para lo anterior, el órgano judicial de amparo deberá

practicar algo así como un *balance*, en el que determinada la importancia de cada uno de dichos elementos, sea *el de mayor entidad* el que guíe el criterio del juez en la decisión que debe dictar.<sup>195</sup>

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que un “juicio de ponderación” es “la nueva base fundamental de un sistema equilibrado que permite que la medida suspensiva cumpla cabalmente con su finalidad protectora”, basada en el postulado de que “la necesidad de acudir a un proceso de amparo para obtener la razón no debe perjudicar a quien la tiene”.<sup>196</sup> No hay

---

191 *Contra* Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, incidente en revisión 15/2021, 15 de abril de 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3sBjFYg>», pp. 58-59.

192 *Cfr.* “SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 1059, reg. 1012492, p. 1197.

193 Couto, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 49-50.

194 *Cfr.* Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 86 y 88.

195 Couto, *op. cit.*, nota 192, p. 50 (énfasis añadido). Es muy llamativa la similitud de esta opinión con la doctrina de Alexy, *loc. cit.*, nota 124.

196 “SUSPENSIÓN A PETICIÓN DE PARTE. LA ACREDITACIÓN DE DAÑOS Y/O PERJUICIOS DE DIFÍCIL REPARACIÓN CON MOTIVO DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO RECLAMADO NO ES UN REQUISITO PARA QUE SE OTORQUE CUANDO EL QUEJOSO ALEGA TENER INTERÉS JURÍDICO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 82, enero de 2021, t. I, tesis P/J. 19/2020 (10a.), reg. 2022619, p. 9. Sobre el postulado expresado véase García de Enterría, *op. cit.*, nota 186, pp. 126 y 225.



mejor técnica para *considerar cuidadosamente y sopesar* todos los elementos que deben valorarse para la suspensión que el examen de proporcionalidad, especialmente su última etapa a la que en este contexto se llegará en la gran mayoría de los casos.

Este juicio de proporcionalidad tiene utilidades específicas —y digamos, de orden secundario— en el incidente de suspensión:

- En la importante acción de inconstitucionalidad 62/2016, con una muy interesante votación,<sup>197</sup> el Pleno de la Suprema Corte determinó inadmisibles la *prohibición literalmente absoluta* de suspender la ejecución de una técnica de investigación o medida cautelar concedida por autoridad judicial,<sup>198</sup> y resolvió que puede haber “excepciones a esa regla general”, de modo que será al juzgador de amparo a quien le corresponderá analizar cada caso concreto.<sup>199</sup> Con lo anterior, al menos a nivel legal,<sup>200</sup> son *inadmisibles las prohibiciones absolutas de la suspensión*, y deberá valorarse casuísticamente la procedencia de esta medida cautelar. El examen de proporcionalidad, como siempre, puede encauzar el razonamiento judicial para determinar si resultará más importante otorgar la suspensión al quejoso o permitir la ejecución de esas medidas.
- El Máximo Tribunal resolvió lo anterior valorando especialmente el último párrafo del artículo 129 de la Ley de Amparo que autoriza a que “excepcionalmente” se otorgue la suspensión aun en los casos que enumera como contrarios al orden público y al interés social.<sup>201</sup> La garantía de los derechos fundamentales *también* es cuestión de orden público e interés social,<sup>202</sup> y la grave afectación de los que son muy importantes —como el

---

197 Mayoría calificada por una interpretación conforme a la tutela judicial efectiva (y con apoyo del artículo 107, fracción X, constitucional), pero las opiniones disidentes no estuvieron por validar la disposición impugnada, sino por declararla inconstitucional y expulsarla del ordenamiento. O sea, leyendo entre líneas —y ni tanto—, ningún integrante de la Suprema Corte defendió la regularidad de prohibiciones literalmente absolutas al otorgamiento de la suspensión.

198 Artículo 128, párrafo tercero, de la Ley de Amparo.

199 Acción de inconstitucionalidad 62/2016, sentencia de 6 de julio de 2017, p. 95.

200 Y en mi opinión, la interpretación de las prohibiciones constitucionales como las del artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, de la ley fundamental (IFETEL y COFECE) también podrían someterse a un examen de proporcionalidad. Sólo para instar la discusión: ¿habrá querido el Constituyente permitir la ejecución de un acto de dichos órganos evidentemente carente de fundamentación formal y material?; ¿deberá prevalecer una interpretación literal o una teleológica de esa prohibición?

201 Cfr. acción de inconstitucionalidad 62/2016, *cit.*, nota 198, pp. 93-94.

202 Cfr. Couto, *op. cit.*, nota 192, p. 55; y Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1961, disponible en: «<http://bit.ly/2QLpVfD>», pp. 1-3.

medio ambiente adecuado o la salud— puede hacer mayor su importancia frente a las hipótesis de ese listado, y determinar que la suspensión los proteja cautelarmente.<sup>203</sup>

- El primer párrafo del artículo 147 de la Ley de Amparo faculta al juzgador a “establecer condiciones” a la suspensión. Ésta es una disposición útil para modular dicha providencia y proteger, sin dejar de otorgarla, intereses del tercero interesado o de otras personas que podría afectar. El criterio de *necesidad* del examen de proporcionalidad es básico para aplicar esa disposición con la siguiente fórmula o similares según el caso: es innecesario afectar al tercero interesado para tutelar cautelarmente al quejoso, cuando se puede hacer lo último sin afectar a aquél. Lo mismo puede decirse respecto de diversas medidas cautelares desvinculadas con la suspensión que puede determinar el tribunal de amparo.<sup>204</sup> Es posible tener una variedad de medidas cautelares —no sólo la suspensión—, basadas en un complejo de distintos exámenes de proporcionalidad.
- Finalmente, un examen de proporcionalidad también es un buen parámetro para determinar los *efectos restitutorios provisionales* que señala el artículo 147, párrafo segundo, de la Ley de Amparo. Si la decisión sobre otorgar la suspensión es inherentemente compleja, más lo es resolver sobre estos efectos de “amparo provisional”: tiene que valorarse la firmeza que podrían tener estos efectos ante una mayor claridad sobre la pretensión del quejoso —“evidencia” en vez de “apariencia” de buen derecho—, la afectación que esta restitución podría ocasionar al tercero interesado, y otros factores más que normalmente no se analizarían para los meros efectos paralizantes. Para este análisis, las etapas del test de proporcionalidad brindan un cauce inmejorable para valorar todos estos elementos, y facilitar demostrar la alta o nula exigencia de dichos efectos en el caso particular.

Aún queda mucho por pensar en relación con el empleo del juicio de proporcionalidad en la suspensión del juicio de amparo —y más aún para las medidas cautelares en general—. La más importante de estos pendientes es la manera de “acomodar” las cuestiones típicas de la suspensión en la “fórmula del peso” que

---

203 *Cfr.* incidente en revisión 15/2021, *cit.*, nota 190, p. 45.

204 Véase “ANOTACIÓN REGISTRAL PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE AMPARO Y SU AUTO ADMISORIO. ES POSIBLE DECRETAR ESA MEDIDA CAUTELAR EN EL EXPEDIENTE PRINCIPAL DEL JUICIO DE GARANTÍAS EN LA VÍA INDIRECTA, A PETICIÓN DEL INTERESADO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 695, reg. 1002761, p. 777.

dirigiría su ponderación;<sup>205</sup> para ello se están realizando incipientes, pero muy encomiables esfuerzos.<sup>206</sup>

## V. EPÍLOGO

Con la recepción del test de proporcionalidad en México, no terminaron sino que comenzaron verdaderamente nuestros problemas. Pero ello no es exclusivo de este país y de su ordenamiento.

El examen de proporcionalidad tiene una estructura básica muy formal, útil a efectos conceptuales y pedagógicos, pero que plantea numerosos cuestionamientos, ya no sólo sobre su eficacia o su validez, sino especialmente en cuanto a su aplicación concreta. Casi en cada ocasión de aplicar esta técnica nos topamos con un nuevo reto para justificarla, explicarla y hacerla eficaz; algunos de estos desafíos son relativamente menores, pero otros son trascendentales para valorar la utilidad de este examen de constitucionalidad y buscar la máxima corrección de la aplicación de los derechos fundamentales.

Existen asimismo problemas para los que la proporcionalidad aún no ofrece una respuesta satisfactoria, tanto en lo general como dentro del contexto del ordenamiento mexicano. Ejemplos de estas dificultades pueden verse en el uso del test de proporcionalidad para la garantía y la restricción de los derechos sociales, o los parámetros que deberían seguirse para determinar la proporcionalidad de sanciones en el marco del control abstracto de constitucionalidad.<sup>207</sup>

---

205 Por ejemplo: ¿se valoraría el “peligro en la demora” en el factor “intensidad” de la fórmula del peso? (Bernal Pulido diría que sí [*op. cit.*, nota 38, p. 765]); ¿o se incluiría dentro de la “certidumbre” de la misma fórmula la facilidad del quejoso para reparar su afectación [determinante para la Primera Sala en sus implícitas ponderaciones en “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SU FUNCIONAMIENTO EN CASOS DE DEBATE PERIODÍSTICO ENTRE DOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. IV, enero de 2012, t. 3, tesis 1a. XXVI/2011 (10a.), reg. 2000102, p. 2910 —caso *Letras Libres*—; y en “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA RESULTA APLICABLE CUANDO LA INFORMACIÓN DIVULGADA SE RELACIONA CON CUESTIONES DE INTERÉS PÚBLICO, AUN CUANDO EL SUJETO QUE SE DICE AFECTADO NO SEA UNA FIGURA PÚBLICA”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 81, diciembre de 2020, t. I, tesis 1a. LIII/2020 (10a.), reg. 2022518, p. 355.

206 Véase Ponce Núñez, Carlos Gustavo e Hinojosa Bale, Fernando Daniel, “¿Suspensión ponderativa?”, *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, 30 de junio de 2022, disponible en: «<https://bit.ly/3bri1pN>» (1o. de agosto de 2022).

207 Sobre ambos temas, véanse respectivamente los trabajos de Andrea Viteri García y de Diana Patricia Arias-Holguín, en González Carvallo y Sánchez Gil (coords.), *op. cit.*, nota 104.

Barak resume muy claramente el reto ineludible que en general nos presenta esta metodología de juicio constitucional:

[L]a proporcionalidad adolece de numerosas deficiencias. No obstante, *ninguna* de las alternativas a la proporcionalidad es mejor o incluso tan buena como ella. Habiendo dicho esto, existen elementos de la proporcionalidad que deben ser *refinados y mejorados*. [...] El hecho de que estas mejoras deban ser implementadas, no afecta la singularidad del concepto de la proporcionalidad.<sup>208</sup>

No obstante sus flaquezas y sus zonas grises, que también poseen otras técnicas, el examen de proporcionalidad es adecuado a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa [y las de otra naturaleza]”.<sup>209</sup> En general, a mi juicio, las críticas que se le han hecho —sobre todo las dirigidas a su fase de ponderación— se basan en un anhelo idílico y utópico de certeza y previsibilidad absolutas en la aplicación del derecho. Como ya sabemos, esta visión —casi bucólica— es irrealizable; la única prevención frente a la arbitrariedad que máxima, no totalmente, permite controlar las estimaciones que requieren esta técnica y cualquier otro procedimiento de operación jurídica es *más y mejor argumentación*.

### Preguntas de discusión

¿En qué aspectos sus alternativas superarían el examen de proporcionalidad para la eficaz garantía de los derechos fundamentales? ¿Resulta factible restringir proporcionalmente derechos “absolutos” como las prohibiciones de tortura y de censura previa? ¿Qué prevenciones debe adoptar la judicatura constitucional para respetar los ámbitos de competencia de las autoridades ordinarias en el juicio de proporcionalidad conforme con los principios constitucionales democrático, federal y de división de poderes? ¿Puede expresarse la “fórmula del peso” de Alexy en una argumentación ponderativa que comunique la justificación de su conclusión mediante un discurso con lenguaje sencillo? ¿En qué situaciones propias del ordenamiento mexicano cobraría relevancia el test de proporcionalidad?

### Fuentes

Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, Fondo de Cultura Económica, 2004.

208 *Op. cit.*, nota 9, p. 30 (8) (cursivas añadidas).

209 Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 31.

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (original alemán: *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001).
- , “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, disponible en: «<http://bit.ly/2HU6G2d>», pp. 3-13.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 (original alemán: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001).
- Alvez, Amaya, “¿*Made in Mexico?* El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LX, núm. 253, enero-junio de 2010, disponible en: «<http://bit.ly/3Buhluc>», pp. 357-380.
- Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 3a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), 2012.
- Ávila, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017 (trad. inglesa de Doron Kalir: *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012).
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- , “El precedente y la ponderación”, en Martínez Verástegui, Alejandra (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 107-123.
- Borowski, Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, trad. de Arnulfo Daniel Mateos Durán, México, Tirant lo Blanch, 2022.
- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995.
- , *Derecho constitucional mexicano*, 18. ed., México, Porrúa, 2006.
- Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1961, disponible en: «<http://bit.ly/2QLpVfD>».
- Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en: «<http://bit.ly/2c5bsKx>».
- Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004.
- Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.
- Couto, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1983.
- Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio de 2012, disponible en: «<http://bit.ly/3zHbqRp>», pp. 65-106.

- Enquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, disponible en: «<http://bit.ly/2bddq5h>».
- Fernández, Tomás-Ramón, *Arbitrario, “arbitraire”, “arbitrary”. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016.
- , *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *La democracia constitucional*, trad. de Javier Espinoza de los Monteros y Nicoletta Carella, México, Porrúa/Universidad Anáhuac, 2017.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso “Ley de Medios”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, disponible en: «<http://bit.ly/Nrz3DD>».
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3a. ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- , *La batalla por las medidas cautelares*, 3a. ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2006.
- González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3wIVz5M>».
- , (coords.), *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, disponible en: «<http://bit.ly/3wjEDF>».
- Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2007.
- Hartwig, Matthias, “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un “ius constitutionale commune” en América Latina?*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2010, t. I, disponible en: «<http://bit.ly/3JcmEjN>», pp. 781-791.
- Ibarra Olguín, Frida Daniela, *El uso de los niveles de escrutinio: su inconveniencia para el test de proporcionalidad*, tesina de licenciatura, México, CIDE, 2018, disponible en: «<http://bit.ly/2Bw43Rj>».
- Klatt, Matthias, “Proportionality and Justification”, en Herlin-Karnell, Ester y Klatt, Matthias (eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forst in Discourse*, Nueva York, Oxford University Press, 2019, pp. 159-196.
- , y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, disponible en: «<http://bit.ly/2QBCxcJ>».
- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios, núm. 213), 2004.
- Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, trad. de Gabriel Domènech Pascual *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en: «<http://bit.ly/2TgYXPj>».
- Medina Mora F., Alejandra, Salazar Ugarte, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa/UNAM, 2015.

- Nowak, John E. y Rotunda, Donald R., *Constitutional Law*, St. Paul, Minn. (E.U.A.), West, 2010.
- Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- Pieroth, Bodo, Schlink, Bernhard, Kingreen, Thorsten y Poscher, Ralf, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 30a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2014.
- Ponce Núñez, Carlos Gustavo e Hinojosa Bale, Fernando Daniel, “¿Suspensión ponderativa?”, *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, 30 de junio de 2022, disponible en: «<https://bit.ly/3bri1pN>» (1o. de agosto de 2022).
- Preciado Domènech, Carlos Hugo, *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.
- Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 221-251.
- Rosenfeld, Michel, “Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, disponible en: «<http://bit.ly/3oG7WZb>», pp. 633-668 (trad. de Rubén Sánchez Gil: “El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 241-282).
- Rüthers, Bernd, *Teoría del derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*, trad. de Minor E. Salas, México, Ubijus, 2009.
- Salazar Ugarte, Pedro, “Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, disponible en: «<http://bit.ly/1k-cwKPl>», pp. 231-233.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, disponible en: «<http://bit.ly/1eDPk3u>».
- , *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis de doctorado, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, disponible en: «<http://bit.ly/1jeqGWK>».
- , “Suspensión ponderativa”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, disponible en: «<http://bit.ly/1uzKJa8>», pp. 1218-1220.
- Vázquez Rojas, Carmen (coord.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, «<http://bit.ly/3BvTNoM>».
- , (coord.), *Manual de prueba pericial*, México, SCJN/EFFJ, 2022, disponible en: «<http://bit.ly/3KXBBWp>».
- Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001.





## Capítulo 2

# Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en México

Daniel Antonio García Huerta\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL: UNA REALIDAD EN CONSTANTE NEGACIÓN. III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS: LA RECONCILIACIÓN DE UNA FALSA DISPUTA. 1. Principales desarrollos jurisprudenciales en torno al bloque de constitucionalidad. IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA. 1. La recepción del control de convencionalidad en el contexto mexicano. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema constitucional mexicano ha experimentado vertiginosos cambios durante los últimos diez años. Aunque pudiera parecer poco tiempo, la manera en que hoy interpretamos, aprendemos y aplicamos el derecho no es la misma a como lo hacíamos algunos años atrás quienes estudiamos derecho constitucional previo al año 2011. A partir de este momento la Constitución mexicana no fue la misma. El contenido y alcance de sus disposiciones se amplió de manera inimaginable y, con ello, se abrió paso a una nueva etapa de la historia y la cultura constitucional de nuestro país.

La reforma constitucional en derechos humanos vino a alterar la gramática constitucional mexicana. Su alcance no puede medirse con base en el número de disposiciones modificadas, sino en la profundidad y dimensión de los cambios introducidos en la estructuras y bases mismas de nuestro modelo constitucional. El artículo 1 de la Constitución concentra la esencia misma de estas modificaciones y precisa las herramientas, técnicas y principios que deben orientar su aplicación. Entre ellas destacan el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, dos herramientas que, en conjunto, han modificado de manera relevante el

---

\* Investigador Jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco enormemente el apoyo brindado a la investigación por Cristian Rodríguez Barrón para la elaboración de este texto.

contenido normativo de la Constitución en torno a los derechos humanos, y la manera en que ésta se relaciona con otros órdenes normativos para asegurar la mayor protección de éstos.

Este trabajo centra su análisis en ambas herramientas. Por un lado, ofrece un panorama general en torno al concepto, los alcances y los efectos de dichas herramientas y, por el otro, da cuenta de los principales contrastes derivados de su incorporación con el objetivo de destacar su relevancia. A fin de promover una mayor comprensión de ambas figuras, el texto ubica su análisis en áreas más amplias del derecho constitucional vinculadas con lo que se conoce como el sistema de fuentes y la relación que existe entre el derecho nacional y el derecho internacional. Asimismo, da cuenta del desarrollo jurisprudencial que ha permitido ensanchar y promover su estudio e implementación tanto en el escenario judicial como en el de la enseñanza del derecho.

## II. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL: UNA REALIDAD EN CONSTANTE NEGACIÓN

La doctrina jurídica parece coincidir en que existen, al menos, dos corrientes que abordan la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. Por un lado, el *monismo* sostiene que las normas internacionales se integran al sistema jurídico de los Estados en el mismo momento en que éste acepta obligarse y perfecciona su voluntad a partir de los procesos de firma, ratificación, aceptación o adhesión a tratados internacionales. Por el otro, el *dualismo* sostiene que el derecho nacional y el derecho internacional representan esferas separadas en tanto que el segundo sólo rige la conducta de los Estados con otros entes soberanos, pero no precisamente con sus habitantes. Desde el punto de vista de la corriente dualista, para que una norma internacional tenga vigencia y aplicación en el ámbito interno de los Estados, ésta debe pasar por un procedimiento legislativo que ‘recoja’ dicha norma y la incorpore al derecho local.<sup>1</sup>

---

1 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th edition (United States: Oxford, 2008), 31-33; Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (United States: Oxford, 2012), 48. Véase también Confortti, Benedetto, *International law and the role of domestic legal systems*, Holanda, 1993. Monroy Cabra, Marco Gerardo, “El derecho internacional como fuente de derecho constitucional”, en *Anuario colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, año 1, 2008, pp. 107-138. Giadalah, Gattas Abugattas, “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, en *Agenda Internacional*, año XII, núm. 23, 2006, pp. 439-461. Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitución y

Mientras que el modelo dualista suele ser mayormente recogido por países que asumen un sistema jurídico del *common law* como Inglaterra, Australia, Canadá y algunos países del Commonwealth, el enfoque monista suele ser característico de países que poseen un sistema jurídico del *civil law*. La literatura también ha identificado algunos otros países que asumen un modelo híbrido de recepción del derecho internacional que hace depender la vigencia de normas internacionales en el ámbito interno de algunos criterios como su naturaleza —es decir si se trata de costumbre o normas de tratados— así como de la intención específica manifestada por el Estado al momento de obligarse por un tratado de que éste sea aplicable en su jurisdicción interna. Un ejemplo de modelo híbrido es el de Estados Unidos.<sup>2</sup>

Tradicionalmente el sistema legal mexicano ha asumido una posición monista de recepción del derecho internacional, de modo que, en principio, los compromisos internacionales asumidos por nuestro país forman parte de nuestro sistema legal siempre que se hayan seguido los procesos específicos de celebración.<sup>3</sup> Pese a ello, durante una parte importante de nuestra historia constitucional la aplicación de las normas internacionales —especialmente de los tratados— en el foro doméstico presentó algunas limitaciones derivadas del entendimiento de ciertas disposiciones constitucionales. Aunque quizá hoy en día resulte común hablar de tratados y normas internacionales, e incluso ver que algunos tribunales hacen uso de ellas para impartir justicia, lo cierto es que este fenómeno tiene poco tiempo de suceder y se debe, en gran medida, a la reforma constitucional en derechos humanos que trajo consigo una manera distinta de aproximarse a la relación que existe entre el derecho internacional y nuestra Constitución.

Durante gran parte de la historia legal de nuestro país, el debate en torno a la relación que existe entre derecho nacional y derecho internacional se centró en el artículo 133 constitucional. La historia y naturaleza de dicha disposición es bastante curiosa, sobre todo si se analiza a la luz de los debates que ha originado su interpretación e implementación por parte de la doctrina y de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los cuales no han estado exentos de acalo-

---

Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

2 Sloss, David (ed.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A comparative study*, Cambridge University Press, 2009, p. 7.

3 Gómez-Robledo Verduzco, Juan Manuel, “La Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: Una tarea pendiente”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2009, pp. 127-150.

rados argumentos que reflejan distintas posiciones sobre la manera de ver y entender la interacción de nuestro sistema constitucional con otros sistemas jurídicos.

Curiosamente el texto del artículo 133 constitucional no es un elemento endémico del constitucionalismo mexicano. Se trata de un trasplante jurídico<sup>4</sup> que, como muchos otros en nuestra historia constitucional, tiene su origen en la Constitución de los Estados Unidos, específicamente en el párrafo segundo de su artículo VI.<sup>5</sup> Dicho artículo busca de manera primordial asegurar la preeminencia del derecho federal estadounidense por encima del derecho local de los estados federados; situación que hace sentido en el marco del modelo federal de aquel país, así como de su propio contexto histórico en el que las entidades federativas buscaban cualquier resquicio legal para evadir disposiciones federales como aquellas que prohibían la esclavitud. Sin embargo, de la lectura del precepto constitucional en mención nada se desprende sobre la posible relación o jerarquía entre los tratados internacionales y la propia Constitución, sino que ésta sería construida más adelante por la vía de la interpretación y los precedentes de la Corte Suprema de aquel país.

La recepción de esta norma en nuestro escenario legal ocurrió, en un primer momento, cuando el Congreso Constituyente de 1857 incorporó casi de manera literal el contenido de dicha disposición en el artículo 123 de la Constitución de aquel entonces, el cual fue aprobado por los constituyentes sin mayor discusión y reservas.<sup>6</sup> Algo similar sucedió con el Congreso de Querétaro de 1917 que, aunque en un inicio no consideró dicho precepto en las actas para la discusión del proyecto de la nueva Constitución, lo retomó gracias a la iniciativa de la Segunda Comisión Constituyente y lo incorporó en el que hoy es el artículo 133 de nuestra Constitución.<sup>7</sup> Nada se dijo en aquellos debates sobre la posición que los tratados internacionales debían ocupar respecto de la Constitución, sino que, tal como sucedía en el caso estadounidense, la norma parecía enfocarse más en asegurar el

---

4 Bonilla Maldonado, Daniel, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Véase también, Sonzini Astudillo, Urbano, “Trasplantes jurídicos: un debate enriquecedor”, en *Cuadernos Universitarios*, núm. 10, 2017.

5 El párrafo segundo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos señala: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding”.

6 Zarco, Francisco, *Crónica Del Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, Ciudad de México, El Colegio de México, 1857, pp. 542, 664, 716 y 764.

7 *Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1916-1917*, Tomo III, Ciudad de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, p. 455.

adecuado funcionamiento del sistema federal y hacer que las entidades federativas observaran no sólo la Constitución y las leyes federales, sino también los tratados internacionales cuya celebración era una facultad exclusiva de las autoridades federales.

El sentido del artículo 133 constitucional comenzó a presentar algunas variaciones durante la primera mitad del siglo XX. En 1933 y con motivo de una reforma constitucional en materia de nacionalidad, el Senado aprobó una modificación a su redacción e introdujo un nuevo elemento que vendría a cambiar de manera completa su entendimiento y aplicación en nuestro sistema legal: la supremacía constitucional. A través de dicha reforma, se introdujo la porción que señala que sólo los tratados que estén de acuerdo con la Constitución y que fueren celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.<sup>8</sup>

A partir de este momento surgió en el escenario constitucional una nueva narrativa en cuanto a la relación que existe entre el derecho constitucional y el internacional que marcó de manera importante la cultura jurídica de nuestro país. Aunque el nuevo artículo 133 constitucional sólo hacía mención a la necesidad de que los tratados internacionales resultaran acordes con la Constitución, y la justificación del Senado únicamente refiriera a la supremacía constitucional cuando existiera un conflicto normativo entre ésta y los tratados internacionales, la narrativa judicial a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le imprimió un cariz y un significado distinto vinculando este concepto a una idea de jerarquía normativa.

Durante la segunda mitad del siglo XX, y en respuesta a un cúmulo de amparos promovidos por diversas empresas extranjeras con motivo de la promulgación en 1976 de la Ley de Invenciones y Marcas que afectaba sus intereses patrimoniales,<sup>9</sup> la Suprema Corte sentó un criterio interpretativo que se alejó por completo de la esencia original del artículo 133 constitucional. Para este momento, dicho

---

8 Becerra Ramírez, Manuel, “Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución Mexicana”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

9 Amparo en Revisión 7532/81, Desa Industries Inc. 15 de marzo de 1983. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Amparo en Revisión 4582/83, Barry J. Girard, 14 de junio de 1983. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Amparo en Revisión 430/83, Dart Industries Inc. 12 de marzo de 1985. Unanimidad de quince votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Amparo en Revisión 430/83, Desa Industries Inc., 17 de septiembre de 1985. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Amparo en Revisión 8887/83, Dart Industries Inc., 12 de noviembre de 1985. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

artículo ya no se dirigía a asegurar la prevalencia del orden federal frente al local, sino que se convertía en un modelo de jerarquía normativa ahora entre los propios elementos de la triada contenida en dicho precepto y conformada por la Constitución, los tratados internacionales y leyes emanadas del Congreso.

Al resolver estos amparos, la Corte argumentó que la materia de los casos no suponía un problema de constitucionalidad en tanto que las empresas habían impugnado la compatibilidad de una ley con un tratado, mas no con la Constitución.<sup>10</sup> Al negar su competencia para conocer de los casos la Corte afirmó que *lo constitucional* se limita únicamente al texto de la propia Constitución y ya no a la Ley Suprema de la que habla el artículo 133 constitucional. Así, la Corte precisó en ese momento que “si el problema que subsiste en la revisión no se refiere a la violación directa de un precepto constitucional, sino a la contradicción entre la ley reclamada y un tratado internacional, cabe concluir que el conocimiento del recurso de revisión compete al tribunal colegiado en turno”<sup>11</sup> como un asunto de legalidad.

Este criterio se consolidó de manera más clara a inicios de la década de los años noventa a través de la resolución adoptada por la Corte en el Amparo en Revisión 2069/91. En dicho asunto, un comerciante del estado de Durango impugnó la Ley de las Cámaras de Comercio y las de Industria que le obligaba a afiliarse a la Cámara Nacional de Hospitales. En su demanda el quejoso planteó que dicha obligación atentaba contra sus derechos de igualdad y de libertad de asociación reconocidos por la Constitución y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En respuesta a dichos agravios, la Corte afirmó de manera clara que “las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales no tienen la misma jerarquía normativa que la Constitución, puesto que las leyes ‘emanan’ de ella y los tratados ‘deben estar de acuerdo con la misma’, lo que significa que dichas normas se encuentran subordinadas a la Constitución, la que las determina formal y materialmente”. Así, en esta ocasión la Corte sostuvo que tanto las leyes federales como los tratados internacionales tienen la misma jerarquía y se ubican sólo por debajo de la Constitución.<sup>12</sup>

---

10 Tesis: Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 199-204, primera parte, página 149, registro digital: 232200.

11 Amparo en Revisión 3716/83, pág. 16. Amparo en Revisión 7532/81, pág. 37. Amparo en Revisión 4582/83, pág. 17. Amparo en Revisión 430/83, pág. 28. Amparo en Revisión 8887/83, pág. 15.

12 Amparo en Revisión 2069/91, Sanatorio Maternidad de Nuestra Señora del Rosario. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Asimismo, véase Tesis: Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 60, diciembre de 1992, página 27, registro digital: 205596.

El criterio de igual jerarquía entre leyes federales y tratados internacionales fue abandonado por el Pleno de la Corte en 1998 en el Amparo en Revisión 1475/98. En este asunto, un grupo de controladores aéreos que intentaba formar un sindicato independiente al de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes impugnó la resolución de la autoridad administrativa que le negó dicho registro por considerar que, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, únicamente podía existir un sindicato por cada dependencia pública. Inconforme con la decisión, el grupo de trabajadores argumentó que tanto la negativa de la autoridad como la propia Ley Federal del Trabajo iban en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Libertad Sindical ratificado por México y, por tanto, del artículo 133 constitucional. A juicio de los quejosos, una ley federal no podía estar por encima de un tratado internacional, sobre todo cuando éste ampliaba el alcance respecto del goce y ejercicio de lo que en ese momento se denominaban ‘garantías individuales’.

En una resolución un tanto extraña, el Pleno de la Corte sostuvo que, dada la configuración de nuestro sistema constitucional, los tratados internacionales se encuentran en un segundo nivel jerárquico por debajo de la Constitución y que, en un tercer nivel, sólo debajo de éstos, se encuentran las leyes federales. En el caso concreto, la Corte afirmó que el Convenio 87 de la OIT, al ser conforme con las disposiciones constitucionales, representa una clase de ley reglamentaria que detalla el alcance del artículo 123 constitucional en materia de libertad sindical, razón por la cual las autoridades federales y locales debían atenerse a lo dispuesto por dicho tratado.<sup>13</sup> Aunque la interpretación realizada por la Corte al afirmar que el Convenio 87 de la OIT reglamenta un artículo constitucional contrasta con el alcance y sentido de los compromisos internacionales, la decisión sirvió para sentar un nuevo criterio en torno a la jerarquía normativa entre la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales.<sup>14</sup>

Varios años después, específicamente en 2007, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse de nueva cuenta sobre el alcance del artículo 133 constitucional. En el Amparo en Revisión 120/2002 en el que un comerciante denunció que la imposición de una tasa arancelaria mayor aplicada a la importación de ciertos productos iba en contra del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Corte reconfiguró el modelo de jerarquía que había desarrollado en precedentes anteriores. En este caso, el Pleno del Alto Tribunal señaló que las leyes del Congreso de la Unión de las que habla el artículo 133 se refieren no precisamente a las leyes federales, sino a las leyes generales, las cuales confieren competencias concurrentes entre la Federación,

---

13 Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ponente: Humberto Román Palacios.

14 Tesis: Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 46, registro digital: 192867.

los estados y los municipios, y cuya existencia deriva de mandatos constitucionales expresos. Sentada tal interpretación la Corte sostuvo que en términos del artículo 133 y de la supremacía constitucional que éste dispone, la Constitución se encuentra en el punto más alto del sistema normativo, por debajo de ésta se encuentran los tratados internacionales, en un tercer nivel las leyes generales y sólo por debajo de éstas se encuentran las leyes federales y locales.<sup>15</sup>

El entendimiento del artículo 133 desde una perspectiva de jerarquía normativa produjo serias consecuencias para la vigencia y garantía de los derechos humanos. En el momento histórico en el que se desarrollaron los criterios explícitos de jerarquía, los derechos humanos no formaban parte de la gramática constitucional. Aunque desde 1917 nuestro texto constitucional incorporó el concepto de ‘garantías individuales’, su interpretación y aplicación por parte de los tribunales partía de una premisa soberana del derecho.<sup>16</sup> De este modo, los derechos eran solamente aquellas garantías que la propia Constitución otorgaba a los ciudadanos y poco importaba en la práctica si algún tratado internacional reconocía mayores derechos que la Constitución.

En esencia, la tesis de jerarquía terminó convirtiéndose en una barrera para la garantía judicial de los derechos humanos. Por un lado, depender exclusivamente de las garantías que reconocía el texto constitucional hacía descansar su vigencia en una lista taxativa de derechos que para ese momento no resultaba compatible con los desarrollos constitucionales de la época. Y, por el otro, limitaba de manera importante las posibilidades de desarrollar una interpretación armónica y evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos. De esta manera, mientras una parte importante de países latinoamericanos retomaban los cauces democráticos y promulgaban nuevas Constituciones con un marco amplio de derechos y de articulación con el derecho internacional,<sup>17</sup> nuestro país

---

15 Amparo en Revisión 120/2002, \*\*\*\*\* Sociedad Anónima de Capital Variable. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Al respecto, véase Tesis: Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 6, registro digital: 172650.

16 Caballero Ochoa, José Luis, “Metodología judicial comparada: entre la práctica del poder y la protección de los derechos”, en Figueroa, Giovanni y Bagni, Silvia (eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

17 Al respecto véanse los debates en torno a lo que la doctrina considera como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”, en *Serie Políticas Sociales*, vol. 153, 2009; Gargarella, Roberto, *Too much “Old” in the “New” Latin American Constitutionalism*, 2009; Uprimny, Rodrigo, “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, Argentina, Siglo XXI, 2011, pp. 109-138.



continuó por una ruta distinta orientada hacia la prevalencia del orden jurídico nacional y al debilitamiento práctico de la doctrina monista de nuestro sistema jurídico.

Con base en esta narrativa la Constitución y los tratados internacionales se mantuvieron separados. Su articulación era casi imposible y la vigencia de éstos en el ámbito interno era, por decir poco, ilusoria. En aquellos tiempos, una persona litigante que intentara hacer valer un derecho humano reconocido en algún tratado internacional debía realizar maniobras jurídicas y argumentativas de alta complejidad con la esperanza de que el asunto fuera conocido por un juzgado medianamente abierto a la interacción de nuestra Constitución con el derecho internacional y a una interpretación amplia del artículo 133 constitucional; aspecto que resultaba altamente improbable a la luz de los criterios desarrollados por la Suprema Corte en años previos. Aunque las posibilidades eran remotas, la sociedad civil mantenía la esperanza y seguía acudiendo a los tribunales de amparo con el objetivo de asegurar una garantía judicial efectiva de los derechos humanos sin importar si era la Constitución o un tratado internacional quien los reconociera.

El caso Mininuma es un ejemplo de la manera en que, a través del denominado litigio estratégico, la sociedad civil intentó hacer justiciables los derechos humanos sobre la base de los desarrollos internacionales que existían en la materia.<sup>18</sup> En 2008 un Juzgado de Distrito en Guerrero concedió el amparo a un grupo de personas integrantes de la comunidad indígena Mininuma en contra de la omisión de las autoridades estatales de asegurar la existencia de un centro de salud equipado con medicamentos suficientes y personal capacitado para atender sus demandas de salud. En la sentencia al Amparo Indirecto 1157/2007, y en respuesta a la demanda planteada por las personas quejasas, el Juez de Distrito señaló que en tanto que México había firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las autoridades estatales se encontraban obligadas a su cumplimiento de modo que debían de proveer sin discriminación los servicios de salud solicitados por las peticionarias y los peticionarios.<sup>19</sup>

---

18 Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El Caso ‘Mininuma’: Un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 59, núm. 251, 2017, p. 89; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La Justiciabilidad del Derecho a la Salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 5, 2017, pp. 517-32, disponible en: «<https://doi.org/10.17566/ciads.v3i2.10>».

19 Véase la sentencia 1157//2007-II que resuelve el Juicio de Amparo promovido por la Comunidad de Mininuma, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, México, 11 de julio de 2008, Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero.

La sentencia al caso Mininuma es importante por varias razones. En primer lugar, en tanto que aseguró la posibilidad de que la comunidad indígena pudiera contar con servicios de salud después de múltiples peticiones que habían hecho llegar a las autoridades estatales. Pero también fue relevante porque se colocó como una de las primeras decisiones judiciales que hizo frente a la tesis de jerarquía normativa y que utilizó normas y criterios derivados de tratados internacionales ratificados por nuestro país para asegurar el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos. Aunque en términos de teoría jurídica la sentencia no revela complejos argumentos, lo cierto es que guarda una importancia central en el tránsito que nuestro sistema constitucional experimentaría años más adelante con la promulgación de la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011.

### III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS: LA RECONCILIACIÓN DE UNA FALSA DISPUTA

La noción de bloque de constitucionalidad describe una manera particular de entender, por un lado, la configuración de nuestra Constitución y, por el otro, la relación que existe entre el derecho interno y el derecho internacional. En esencia, la premisa de este concepto radica en que la Constitución se conforma no sólo de las normas que ésta reconoce, sino también de todas aquellas que se encuentren en otros cuerpos normativos, como los tratados internacionales, de acuerdo con la estructura y el modelo que la propia Constitución determine.<sup>20</sup>

Tal como lo sostiene Rodrigo Uprimny, la idea de bloque de constitucionalidad sirve para entender que existen normas constitucionales que no se encuentran escritas en la Constitución. Es decir, que nuestra Constitución es algo mucho más complejo y extenso que los ciento treinta y seis artículos que formalmente estudiamos en la carrera de derecho. Esto quiere decir que los documentos constitucionales no son textos acabados o cerrados cuyo contenido se agota en las disposiciones que contiene, sino que, por el contrario, existen algunos otros principios jurídicos que la propia Constitución reconoce como especialmente relevantes y a

---

20 Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1 de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, 9a. ed., México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Senado de la República, LXIII Legislatura/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Nacional Electoral/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.

los que remite de manera expresa o tácita para su consideración y salvaguardia por parte de las autoridades estatales.<sup>21</sup>

Cuando la Constitución remite a estos principios o normas que no se encuentran expresamente en su texto lo hace a partir de lo que se conoce como *cláusulas de apertura*. Es decir, disposiciones normativas que funcionan como una clase de bisagra que permite articular a las normas que formalmente contiene la Constitución, como a aquellas a las que remite y que se encuentran en otros instrumentos o sistemas normativos, ya sea nacionales o internacionales. Lo que hacen este tipo de cláusulas es asegurar la posibilidad de conformar un sistema articulado de normas que, en conjunto, configuran un renovado escenario constitucional e inauguran un puente de interacción y comunicación con otros sistemas legales, como aquellos previstos en el derecho internacional.<sup>22</sup>

Las cláusulas de apertura no funcionan del mismo modo en todos los diseños constitucionales.<sup>23</sup> Cada Constitución define la manera y los alcances de su operación. Por ejemplo, algunos países como Argentina<sup>24</sup> reconocen a ciertos instrumentos de derechos humanos en específico jerarquía constitucional. Algunos otros casos como el de Guatemala reconocen la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno siempre que se trate de derechos humanos, de modo que cuando alguna norma interna entre en conflicto con una norma internacional de derechos humanos prevalecerá esta última por encima de la primera.<sup>25</sup> Colombia, por ejemplo, adopta un modelo distinto; su Constitución reconoce la prevalencia de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos —sin enunciarlos taxativamente como en el caso argentino— y dispone también que las normas

---

21 Uprimny Yepes, Rodrigo, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Ius Inkarrri*, núm. 3, 2021, pp. 115-48.

22 Rey Cantor, Ernesto, “Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al derecho internacional. Especial referencia al ámbito iberoamericano”, en *Revista Electrónica Iberoamericana* 15, núm. 1, 2021, pp. 108-40; Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

23 Góngora Mera, Manuel Eduardo, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, en Fix-Fierro, Héctor, von Bogdandy, Armin y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014, pp. 301-27.

24 Véase el artículo 75.22 de la Constitución Argentina.

25 Véase el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

constitucionales deben interpretarse de manera conforme con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia.<sup>26</sup>

El caso mexicano es particular. El arribo del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos se debe a la reforma en materia de derechos humanos del año 2011 que modificó en gran medida la redacción del artículo primero constitucional. El párrafo primero de dicho artículo señala que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Mientras que el párrafo segundo del mismo artículo dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia [...]”. De la lectura integral de ambos párrafos es posible desprender que, tal como lo anotamos anteriormente, nuestra Constitución reconoce como derechos humanos a aquellos que se encuentren escritos en el texto constitucional, pero también a aquellos que sin estar escritos en ella se encuentran en tratados internacionales celebrados y ratificados por México.

En este punto es importante hacer un par de aclaraciones. Con base en la redacción del artículo 1 constitucional es posible desprender, al menos, cuatro características esenciales del modelo mexicano del bloque de constitucionalidad.

<p><b>1</b> <b>La Constitución como binomio</b></p>	<p>Hoy por hoy, nuestra Constitución se integra a partir de la idea de un binomio conformado, por un lado, por el texto constitucional en sentido estricto o formal y, por el otro, por las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales.</p>
<p><b>2</b> <b>Cláusula de apertura dual</b></p>	<p>A diferencia de lo que se pensaba años atrás, la cláusula de apertura al derecho internacional —especialmente al derecho internacional de los derechos humanos— ya no se encuentra exclusivamente en el artículo 133 constitucional, sino que ahora comparte esta encomienda también con el artículo 1 de la Constitución.</p>
<p><b>3</b> <b>Modelo híbrido de remisión</b></p>	<p>A diferencia de otros modelos constitucionales, el modelo mexicano de bloque de constitucionalidad no remite a instrumentos internacionales en particular, como en el caso argentino, pero tampoco refiere a una preeminencia del derecho internacional sobre el interno, como sucede en Guatemala. El modelo mexicano reconoce como derechos humanos a todas aquellas normas en la materia que se encuentren en cualquier tratado internacional, sin importar si éste versa o no en materia de derechos humanos.</p>

26 Véase el artículo 93 de la Constitución de Colombia.

<p><b>4</b></p> <p><b>Fundamento de la interpretación conforme</b></p>	<p>El modelo mexicano de bloque de constitucionalidad refiere que éste debe funcionar también como catalizador de una labor interpretativa que resulte acorde con las obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.</p>
--	---

El arribo de la doctrina del bloque de constitucionalidad en México produjo consecuencias importantes en nuestro sistema jurídico. En términos legales, este concepto vino a alterar enormemente la manera de entender y aplicar la Constitución, al tiempo que vino a fortalecer la tradición monista que caracteriza a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el sistema jurídico mexicano. Con base en este concepto, el texto formal de nuestra Constitución representa sólo una pieza de un entramado mucho más amplio y robusto que debe leerse de manera integral y relacionada con otras normas contenidas en tratados internacionales.

Esto no significa que la Constitución haya perdido su esencia o su protagonismo, pues la idea del bloque de constitucionalidad no supone afirmar que el derecho internacional se encuentre por encima del derecho nacional. Por el contrario, a través de este concepto nuestra Constitución refuerza su vigencia y fortalece sus capacidades para asegurar una protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas, al tiempo que la inserta en las corrientes constitucionalistas de mayor actualidad y vanguardia. En esencia, la doctrina del bloque de constitucionalidad vino a reunificar la relación que durante la segunda mitad del siglo XX se fraccionó a partir del entendimiento y la interpretación ‘nacionalista’ del artículo 133 constitucional desarrollada por las autoridades mexicanas.

En términos de cultura legal el concepto de bloque de constitucionalidad también generó impactos considerables. Paradójicamente, su incorporación en el texto constitucional trajo como consecuencia la necesidad de trascender de una idea de jerarquía hacia una de integración. Con ello, lejos de reproducir los debates vinculados con la noción de jerarquía normativa, la operación del bloque de constitucionalidad ha permitido comenzar a derribar algunos de los obstáculos jurisdiccionales vigentes antes de la reforma del año 2011. De este modo, el bloque de constitucionalidad ha fomentado la construcción de una significación renovada de nuestra Constitución como un documento mucho más sólido, flexible y dinámico capaz de ofrecer mayores pautas para la solución y atención de problemas vinculados con los derechos humanos. Pero al mismo tiempo, ha significado el replanteamiento de la manera de aproximarse al entendimiento de nuestra Constitución, de su enseñanza en las distintas escuelas de derecho y también de su garantía en el marco de la labor judicial de impartición de justicia.

## 1. *Principales desarrollos jurisprudenciales en torno al bloque de constitucionalidad*

Tal como lo anotamos en párrafos anteriores, en México el desarrollo del bloque de constitucionalidad se ha dado, sobre todo, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011. Previo a esta reforma existieron algunos precedentes sobre el tema que, aunque no guardaron una relación estrecha con temas de derechos humanos, constituyen pronunciamientos iniciales que vale la pena retomar. Pese a ello, la doctrina del bloque de constitucionalidad, aunque ahora prevista en nuestra Constitución, ha adquirido dimensiones y alcances particulares gracias al desarrollo interpretativo y jurisprudencial que al respecto ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta sección aborda los principales precedentes y criterios en la materia.

La *Controversia Constitucional 31/2006* es, quizá, el primer precedente en el que la Suprema Corte se refirió al concepto de bloque de constitucionalidad. En esta ocasión lo hizo en el marco de un recurso que sirve para determinar la existencia de una intromisión competencial de una autoridad en otra. En la *Controversia Constitucional 31/2006* el Tribunal Electoral del entonces Distrito Federal impugnó ante la Corte diversas disposiciones del Decreto de Presupuesto de Egresos del Distrito Federal para el Ejercicio Fiscal 2006 por considerar que vulneraban su autonomía al imponerle de manera unilateral reducciones presupuestales. Una parte importante de la controversia se centró en determinar si el Tribunal Electoral era un sujeto legitimado para promover el recurso en tanto que el artículo 105 de la Constitución Federal —que regula la procedencia de este mecanismo de control constitucional— únicamente hacía mención de los órganos de gobierno del Distrito Federal.

En atención al problema planteado, la Suprema Corte determinó que dicho Tribunal sí estaba legitimado para promover la acción. El razonamiento de la Corte se basó en señalar que el Tribunal Electoral es un órgano originario del Estado en tanto que su existencia deviene del propio texto constitucional, aunque el marco de sus atribuciones se encontrara delimitado por el entonces Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Al sostener este criterio, la Corte señaló que tratándose de la materia electoral en el entonces Distrito Federal, existe un bloque de constitucionalidad integrado por las disposiciones constitucionales expresas que regulan la materia —concretamente el artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, inciso f)—, así como por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, las cuales deben observar por mandato constitucional lo señalado en los incisos b) a i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional.<sup>27</sup>

---

27 *Controversia Constitucional 31/2006*, Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz, pág. 85.

En el caso de esta controversia es posible identificar la manera en que el concepto de bloque de constitucionalidad permitió a la Corte reconocer la existencia de normas constitucionales, aunque no estuvieran expresamente señaladas en el texto constitucional. En este caso, la Corte precisó que en materia electoral el artículo 122 de la Constitución Federal hace una remisión a cuerpos normativos secundarios —en este caso el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal— a fin de complementar los mandatos y principios en ella establecidos. Aunque la Corte no desarrolló con mayor detalle el argumento asociado al bloque de constitucionalidad y lo limitó exclusivamente al ámbito electoral en la Ciudad de México, el precedente es importante en tanto que, en cierto modo, sentó las bases para la incorporación del concepto que más tarde sería abordado con mayor profundidad y detalle en diversos pronunciamientos judiciales.

Algunos meses después el Pleno de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse de nueva cuenta en torno al bloque de constitucionalidad. En la *Acción de Inconstitucionalidad 47/2006*, la Corte determinó que la existencia del bloque de constitucionalidad se encuentra limitada a supuestos sumamente específicos y delimitados por el propio texto constitucional. En dicho asunto, un partido político impugnó diversas modificaciones a la Constitución del Estado de Chiapas en materia electoral. De acuerdo con dicho partido, el hecho de que las nuevas disposiciones alteraran el calendario en que debían celebrarse las jornadas electorales en aquel estado suponía una prórroga a los mandatos de gobierno en turno. A juicio de la promovente, tal situación iba en contra del artículo 2 de la Ley Reglamentaria de la fracción IV del artículo 76 constitucional que regula la desaparición de poderes en las entidades federativas y que, a su juicio, debía ser entendida como una norma de rango constitucional a partir de la configuración de un bloque de constitucionalidad en la materia.<sup>28</sup>

En respuesta a tales pretensiones, el Pleno de la Corte —a propuesta de la Ministra Luna Ramos— apuntó que las disposiciones de la Constitución debían leerse de manera integral y armónica. De este modo la Corte sostuvo que, de acuerdo con el artículo 135, nuestro texto constitucional únicamente puede ser reformado o adicionado a partir de procedimientos democráticos reforzados que involucran la participación de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y de las legislaturas de las entidades federativas. De acuerdo con el razonamiento de la Corte en este caso, es la propia Constitución —al prever este proceso de reforma— la que de manera explícita excluye la posibilidad de conformar un bloque

---

28 *Acción de Inconstitucionalidad 47/2006* y sus acumuladas *49/2006*, *50/2006* y *51/2006* promovidas por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática, Convergencia y Revolucionario Institucional. Unanimidad de diez votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, pág. 144 a 157.

de constitucionalidad entre el texto constitucional y las leyes reglamentarias que expida el Congreso de la Unión. Así, aunque la Corte limitó de manera considerable la operación del concepto de bloque de constitucionalidad, también dejó a salvo el criterio adoptado en la Controversia Constitucional 31/2006 y reafirmó la existencia de un bloque de constitucionalidad únicamente en materia electoral tratándose del Distrito Federal.

A partir de este momento la doctrina del bloque de constitucionalidad no tuvo un ulterior desarrollo jurisprudencial hasta llegada la reforma en derechos humanos. Sin embargo, durante este tiempo, se dio en la Corte la discusión del Amparo en Revisión 120/2002 que analizamos en párrafos anteriores. Con independencia del criterio adoptado en aquella ocasión, lo relevante para efectos de la doctrina del bloque de constitucionalidad son los argumentos expresados por el Ministro Juan Silva Meza en el voto particular que acompañó a la decisión del Pleno de la Corte. En su voto el Ministro Silva expresó de manera elocuente que la interpretación del artículo 133 constitucional no podía darse en términos de jerarquía pues dicho método no era susceptible de ser utilizado cuando no existe entre las normas una relación de dependencia o validez. De acuerdo con el Ministro Silva ninguna norma nacional depende de las normas contenidas en tratados internacionales por lo que, desde el punto de vista del positivismo clásico, no existe entre estas normas una relación de jerarquía que haga que la validez de las primeras dependa de las segundas.

Con base en dicha premisa, el Ministro Silva argumentó desde aquel momento que las características del constitucionalismo contemporáneo exigían de la Corte el replanteamiento de su modelo de interpretación para transitar hacia el entendimiento del concepto de bloque de constitucionalidad. Desde su perspectiva, lo importante no era analizar la posición jerárquica de las normas, sino el alcance de la cláusula constitucional de apertura y de las remisiones normativas que la propia Constitución incorpora, las cuales pueden ser internas —hacia otras normas de la misma Constitución— o externas —hacia otros sistemas normativos como los tratados internacionales—. A juicio del Ministro Silva, el adecuado entendimiento de la cláusula de apertura y de las propias remisiones constitucionales contribuiría al abandono del debate en torno a la jerarquía normativa y, por lo tanto, a la adecuada integración de nuestro sistema normativo y a lo que ya en ese momento denominaba *parámetro de control de la regularidad constitucional*. Aunque en aquel momento estas reflexiones no hicieron eco entre las demás Ministras y los demás Ministros de la Corte, seis años después la historia le daría la razón al Ministro Silva.<sup>29</sup>

---

29 Voto Particular del Ministro Juan N. Silva Meza. Amparo en Revisión 120/2002. \*\*\*\*\*, Sociedad Anónima de Capital Variable. 13 de febrero de 2007. Mayoría de nueve votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.



La llegada de la reforma constitucional en derechos humanos trajo consigo un nuevo paradigma constitucional. Pese a que el texto de la Constitución contaba con nuevas disposiciones, aún hacía falta delimitar el alcance de operación de las herramientas recién incorporadas, así como el ámbito de las obligaciones que las autoridades debían atender en virtud de este cambio. Durante los primeros años, la implementación de la reforma en derechos humanos se dio a tropezones. Las autoridades ejecutivas no tenían intenciones claras de avanzar en su consolidación e, incluso, en el ámbito legislativo existieron intentos para debilitar su adecuado funcionamiento. Fue el Poder Judicial Federal, y específicamente la Suprema Corte, quien tomó las riendas de la discusión e implementación de la reforma. En esta medida, puede decirse que la permanencia y desenvolvimiento de dicha reforma se debe, en una buena parte, al compromiso que el Poder Judicial Federal asumió desde su promulgación.

Con posterioridad a la promulgación de la reforma en materia de derechos humanos, la Suprema Corte se enfrentó a un escenario particular derivado de la emisión de la sentencia al Caso Radilla Pacheco por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En dicha decisión, el tribunal interamericano determinó, entre otras cosas, que el Poder Judicial del Estado Mexicano había estado realizando una interpretación del fuero militar establecido en el artículo 13 constitucional que iba en contra de las disposiciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien el tribunal internacional no ordenó a México modificar su Constitución, sí ordenó que las autoridades judiciales ajustaran su interpretación a las disposiciones de la Convención Americana.

Recibida la sentencia por el Estado Mexicano, la Corte debía analizar los mecanismos y procesos a adoptar para dar efectivo cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana. Era la primera vez que un tribunal internacional ordenaba de manera frontal al Poder Judicial Federal de nuestro país —y de manera particular a la Suprema Corte— ajustar su comportamiento a normas internacionales. La sentencia no fue bien recibida por todas las Ministras y todos los Ministros de la Corte y hubo que iniciar un procedimiento *sui generis* para discutir el alcance de los efectos que esta sentencia tendría en el Poder Judicial Federal. Así surgió el *Expediente Varios 912/2010* como el primer precedente de la Suprema Corte en torno a la manera de operar con base en las nuevas disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos.

El Expediente Varios 912/2010 es útil para entender, sobre todo, el alcance del control de convencionalidad que analizaremos más adelante.<sup>30</sup> Sin embargo, en

---

30 Expediente Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargo del Engrose: José Ramón Cossío Díaz.

este punto vale la pena retomar esta sentencia para analizar la figura del bloque de constitucionalidad, pues a partir de este momento esta figura presentó un giro importante que marcaría el rumbo de su desenvolvimiento. Con base en esta decisión el sistema jurídico mexicano incorporó la idea de bloque de constitucionalidad a través del término de *parámetro*, entendiendo a éste como aquel conjunto de normas sobre derechos humanos que las juezas y los jueces mexicanos deben observar al momento de realizar un ejercicio de control difuso y *ex officio* de convencionalidad. Este concepto de parámetro sería desarrollado con mayor profundidad en precedentes posteriores.

En el Expediente Varios 912/2010 la Corte sentó, al menos, cuatro criterios relevantes que sirvieron como punto de inicio para el desenvolvimiento y consolidación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

<p><b>1</b></p> <p><b>Obligatoriedad de las sentencias de la CorteIDH</b></p>	<p>En esta decisión la Corte afirmó que las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emita en contra de México son obligatorias para todos los Poderes del Estado y órdenes de gobierno en el marco de sus competencias. La Corte sostuvo que como tribunal constitucional nacional no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia de la Corte Interamericana es correcta o incorrecta.</p>
<p><b>2</b></p> <p><b>Diferenciación de criterios derivados de la jurisprudencia interamericana</b></p>	<p>Con base en el criterio anterior, la Corte trazó una distinción respecto de la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana. Señaló que las sentencias en las que México hubiere sido parte serían obligatorias para el Estado Mexicano en todos sus términos y no sólo en los puntos resolutivos, mientras que las sentencias dirigidas a otros Estados en las que México no hubiere sido parte serían únicamente criterios orientadores que las autoridades judiciales podrían incorporar en su razonamiento. Este criterio de distinción sería abandonado más adelante por la Suprema Corte en la Contradicción de Tesis 293/2011.</p>
<p><b>3</b></p> <p><b>Deber de realizar control <i>ex officio</i> de convencionalidad</b></p>	<p>La Corte sostuvo que todas las autoridades judiciales tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad <i>ex officio</i> ubicado en el marco de un control difuso de constitucionalidad. Esto es, la Corte afirmó que todas las juezas y los jueces del país deben velar por el cumplimiento de las normas y disposiciones sobre derechos humanos contenidas tanto en la Constitución como en tratados internacionales. La Corte además precisó que el alcance de este control de convencionalidad <i>ex officio</i> se limita a la posibilidad a cargo de las juezas y los jueces de inaplicar en el caso concreto normas que resulten contrarias a derechos humanos, con lo que deja a salvo la competencia que corresponde a los tribunales de amparo de pronunciarse sobre la (in)constitucionalidad de leyes a través del control concentrado de constitucionalidad.</p>

<p><b>4</b></p> <p><b>Conformación del parámetro de control</b></p>	<p>La Corte precisó que, para efectos del ejercicio del control de convencionalidad <i>ex officio</i>, las autoridades judiciales mexicanas debían tomar como parámetro de control las siguientes normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación;</li> <li>b) Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;</li> <li>c) Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en los que el Estado Mexicano haya sido parte);</li> <li>d) Criterios orientadores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte.</li> </ul> <p>Este precedente constituye la base sobre la que posteriormente la Corte desarrollaría con mayor precisión en la Contradicción de Tesis 293/2011 el concepto de parámetro de control de la regularidad constitucional.</p>
---	---

Para este momento el concepto de bloque de constitucionalidad en su acepción de parámetro se encontraba en una primera etapa de desenvolvimiento. Pese a ello, aún no existía dentro del Poder Judicial Federal suficiente claridad respecto de la configuración normativa derivada de la nueva arquitectura constitucional, y tampoco la manera en que las herramientas interpretativas debían ser implementadas por las juezas y los jueces. En este escenario de volatilidad, la Corte comenzó a trazar algunos primeros esfuerzos por consolidar la implementación de la reforma en derechos humanos, y en un inicio lo hizo sobre la base del principio pro persona, el cual para este momento asoció con la idea de parámetro.

Un ejemplo de este modelo argumentativo se encuentra en la *Acción de Inconstitucionalidad 155/2007* promovida por el entonces Procurador General de la República, Eduardo Medina Mora, en contra de diversas disposiciones de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán. En dicho asunto, la entonces Procuraduría General de la República impugnó que dicha legislación previera el establecimiento de sanciones consistentes en trabajo en favor de la comunidad por parte de autoridades administrativas. A juicio de la PGR, la legislación de Yucatán resultaba contraria a derechos humanos y era incompatible con diversos preceptos de la Constitución Federal.

Para resolver la cuestión planteada, la Suprema Corte retomó el criterio asentado en el Expediente Varios 912/2010 y recalcó que las autoridades judiciales debían atender al parámetro de control de regularidad de las normas y actos de autoridad, mismo que debía estar conformado por las normas sobre derechos

humanos previstas en la Constitución y por los ‘estándares internacionales’ en la materia. En una decisión bastante particular, la Corte conformó dicho parámetro a la luz de lo establecido por nuestro texto constitucional —específicamente los artículos 5 y 21 constitucionales— así como por diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, y determinó que debían de preferirse las disposiciones convencionales en tanto que éstas limitan el establecimiento de sanciones consistentes en trabajo a favor de la comunidad exclusivamente a autoridades judiciales y no a aquellas de naturaleza administrativa.<sup>31</sup>

De esta decisión se desprenden dos posibles afirmaciones. En primer lugar, que, para este momento, la Corte asumió el concepto de parámetro de control de la regularidad constitucional y lo entendió como la conformación de un marco normativo susceptible de ser utilizado únicamente para decidir entre normas que —sobre la base del principio pro persona— permitiera a las autoridades elegir aquella norma que resultara más benéfica en cada caso en concreto. Y, en segundo lugar, que, con base en el ejercicio anterior, la Corte inaplicó el contenido de un precepto constitucional (tercer párrafo del artículo 21 constitucional) por considerar que éste resultaba menos protector que aquellas disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por México. Así, la Corte concluyó que —sobre la base del parámetro de control de regularidad constitucional conformado para el caso, así como de una interpretación más favorable de las normas aplicables— la normativa del Estado de Yucatán resultaba inconstitucional.

Los pronunciamientos analizados hasta ahora representan los primeros esfuerzos emprendidos por la Corte para avanzar en la consolidación de la reforma constitucional en derechos humanos. Su análisis debe hacerse con cautela y desde la consideración del contexto político, jurídico y temporal en el que se decidieron, y siempre partiendo de la noción de un trabajo en constante desenvolvimiento.<sup>32</sup> Las piezas se encontraban ya sobre la mesa y había que comenzar a construir

---

31 Acción de Inconstitucionalidad 155/2007. Procurador General de la República. 7 de febrero de 2011. Mayoría de seis votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

32 A pesar de que para este momento la Corte comenzó a utilizar otras herramientas derivadas de la reforma constitucional en derechos humanos para asegurar su implementación, el uso dado a dichas herramientas no estuvo exento de análisis académicos y doctrinales al respecto. En el caso del principio pro persona, véase Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El principio pro persona en el marco de interpretación sobre los derechos humanos en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

el rompecabezas que daría sentido y funcionamiento integral a las herramientas derivadas de la reforma constitucional en derechos humanos.

Bajo esta perspectiva, la vía hacia la implementación de la reforma de derechos humanos no estuvo exenta de obstáculos ni discusiones acaloradas. En esencia, la reforma vino a alterar las posiciones, prácticas y creencias que durante muchos años permearon la práctica e interpretación del derecho en nuestro país. Esto provocó naturalmente el despliegue de argumentos que hicieron patentes la manera de entender la posición que el derecho, la Constitución y las cortes juegan en una sociedad. Mientras que para algunas posturas el derecho debe servir para preservar un orden dado, para otras debe servir para alterar las condiciones establecidas en búsqueda de una sociedad más justa, igualitaria y respetuosa de las diferencias y los derechos de todas las personas.

En este escenario de perspectivas diferenciadas surgió la discusión de la *Contradicción de Tesis 293/2011*. Se trata de una de las decisiones de mayor relevancia para la vida legal y política de nuestro país no sólo por los criterios que de ella derivaron, sino también por el nivel de discusión de quienes integraban la Corte en ese momento que, entre otras cosas, dejó ver de manera clara las distintas posturas políticas que coexisten en nuestro Tribunal Constitucional. Esta Contradicción tiene como base el conflicto derivado de la emisión de criterios divergentes por parte de dos tribunales colegiados del país, en cuyas resoluciones difirieron sobre dos puntos en concreto. Por un lado, ambos tribunales se pronunciaron de manera contradictoria sobre la posición que los tratados internacionales debían ocupar dentro de nuestro sistema jurídico y, por el otro, sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>33</sup> Mientras que uno de los tribunales sostuvo que los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubican al mismo nivel que la Constitución, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatoria para todas las autoridades judiciales, el otro tribunal sostuvo —siguiendo el precedente desarrollado por la Corte en 1999— que los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubican por encima de las leyes federales pero por debajo de la Constitución, y que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debía ser considerada por las juezas y los jueces del país como un criterio exclusivamente orientador pero no vinculante.

Seguido el procedimiento dispuesto para su tramitación, la propuesta de resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011 correspondió al Ministro Arturo

---

33 Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos. Ponente: Arturo Zaldívar.

Zaldívar, quien presentó al Pleno de la Corte un proyecto que sería discutido en los meses de agosto y septiembre de 2013. Las discusiones que tuvieron lugar a lo largo de las cinco sesiones que le tomó al Pleno llegar a un acuerdo fueron por demás acaloradas. En ellas se exhibieron de manera clara dos visiones contrarias sobre el papel que los derechos humanos deberían jugar en el marco de nuestro sistema jurídico y, en general, sobre la función que el derecho debe ocupar en nuestra sociedad.<sup>34</sup> Para algunas de las y los Ministros, principalmente de la Primera Sala del Tribunal, los derechos humanos y el derecho internacional merecían una especial posición dentro del sistema jurídico mexicano, mientras que para las y los integrantes de la Segunda Sala de la Corte, la Constitución y el derecho nacional debían mantener su supremacía y soberanía frente a todo.<sup>35</sup>

La resolución de esta Contradicción resultaba necesaria y a la vez apremiante a la luz de la multiplicidad de criterios emitidos por tribunales de amparo en torno a la operación de las herramientas derivadas de la reforma constitucional en derechos humanos. Lo que la Corte decidiera en este asunto vendría a impactar de manera directa el rumbo de la reforma de los derechos humanos y de la impartición de justicia en nuestro país. Así, cuatro son los criterios centrales que la Corte adoptó en esta decisión.

<p><b>1</b> <b>Abandono de la noción de jerarquía</b></p>	<p>La Corte determinó que con base en el artículo 1 constitucional las normas sobre derechos humanos en nuestro sistema jurídico no se relacionan en términos jerárquicos. Es decir, no importa si un derecho humano se encuentra regulado en el texto constitucional o en el texto de un tratado internacional ratificado por nuestro país; ese derecho es una norma constitucional que permea todo el sistema legal y que debe ser respetado y garantizado por todas las autoridades estatales. A través de este criterio, la Corte abandonó el enfoque de jerarquía normativa que primó durante los últimos años del siglo XX y enfatizó que el valor de las normas de derechos humanos radica en su contenido y no en la posición que éstas ocupen dentro de nuestro sistema legal.</p>
---	---

34 Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 41, núm. julio-diciembre, 2019.

35 Zaldívar, Arturo, *10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.

<p><b>2</b> <b>Conformación del parámetro de control de regularidad constitucional</b></p>	<p>El abandono de la noción de jerarquía permitió a la Corte avanzar hacia el reconocimiento de lo que el Pleno denominó como ‘parámetro de control de la regularidad constitucional’. De acuerdo con la Corte, en atención a lo previsto por el primer párrafo del artículo primero, las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por México conforman la columna vertebral de nuestro sistema jurídico. La integración armónica de ambos tipos de normas será el parámetro que determinará la validez de todas las demás normas y actos de autoridad, los cuales deben ser compatibles con los derechos humanos y las obligaciones en la materia que dicho parámetro incorpora.</p>
<p><b>3</b> <b>Restricciones expresas en la Constitución</b></p>	<p>Las diferencias de postura asumidas por las y los integrantes de la Corte, así como la necesidad de arribar a un acuerdo entre sus integrantes, trajo como consecuencia que a la par del reconocimiento del parámetro de control de regularidad constitucional sustentado en los derechos humanos, el Pleno de la Corte determinará también que en aquellos casos en los que el texto constitucional prevea una restricción a derechos fundamentales dicha restricción debe prevalecer frente a cualquier otro tipo de norma.</p>
<p><b>4</b> <b>Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana</b></p>	<p>En esta resolución la Corte amplió el criterio que sostuvo en el Expediente Varios 912/2010 y determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para todas las autoridades judiciales del país, sin importar si México fue parte en cada uno de los procesos de los que derivó dicha jurisprudencia.</p>

La resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011 calmó la agitación que se mantenía alrededor de la reforma constitucional en derechos humanos. El hecho de que la Corte haya adoptado casi por unanimidad un criterio que, por un lado, abandonó la noción de jerarquía normativa y, por el otro, ubicó a los derechos humanos como elemento central de nuestro sistema jurídico contribuyó de manera fundamental a la estabilidad no sólo del sistema constitucional, sino también del sistema de impartición de justicia en nuestro país. Con esta decisión, la Corte lanzó un claro mensaje de defensa y apoyo a la reforma en derechos humanos, pero también de certeza, claridad y unidad que resultó fundamental para que el Poder Judicial Federal avanzara hacia la garantía de los derechos humanos; situación que comenzó a percibirse con el arribo de decisiones que reconocieron situaciones como el matrimonio entre personas del mismo sexo, la interrupción legal del embarazo, el consumo lúdico de marihuana, entre otros.

Es cierto que la Contradicción de Tesis 293/2011 puede ser leída y entendida desde distintas ópticas. Desde un ángulo particular, la resolución a esta Contradicción puede resultar paradójica en tanto que, por un lado, deja atrás el enfoque de jerarquía

y, por el otro, reafirma la prevalencia de restricciones expresas en la Constitución. Sin embargo, es importante entender esta resolución en sus múltiples dimensiones, es decir, desde un enfoque político y desde un enfoque jurídico. Desde la posición del primero, la resolución a la Contradicción de Tesis 293/2011 es el resultado de un acuerdo derivado del ejercicio de la política judicial que ocurre en cualquier tribunal constitucional del mundo. En este tipo de órganos colegiados, y dada la relevancia de los asuntos que se ventilan en ellos, sus integrantes argumentan, discuten, difieren, pero también acuerdan y generan consensos que abonan al avance y desarrollo del derecho. Como ya lo hemos abordado, desde un punto de vista político, esta decisión representa un puente que articula no sólo distintas nociones del derecho, sino también dos etapas de la historia constitucional de nuestro país.

Ahora bien, visto desde un enfoque jurídico, la resolución a esta Contradicción puede parecer incoherente a primera vista. Sin embargo, si la analizamos a detalle, en su integralidad y desde su teleología es posible percibir que el argumento de la prevalencia de las restricciones constitucionales no es intrínsecamente problemático en tanto que éstas son dependientes del parámetro de control de la regularidad constitucional. En este punto cobra especial relevancia el adecuado entendimiento del bloque de constitucionalidad, pues si se acepta la premisa de que las normas constitucionales y las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales son Constitución, entonces cualquier restricción prevista en el texto constitucional no podría ser analizada desde un punto de vista jerárquico pues ambas normas se colocan en un mismo plano material tanto de validez como de vigencia. En todo caso, lejos de representar una cuestión de jerarquía, el problema planteado sería uno de incompatibilidad, antinomia o colisión que podría resolverse por medio de distintos esquemas argumentativos y de interpretación previstos por nuestra Constitución, pero también desarrollados por la práctica judicial comparada.

La decisión a la Contradicción de Tesis 293/2011 contribuyó a la generación de un clima de certeza jurídica e institucional en tanto que la Corte dejó clara la función del parámetro de control de regularidad constitucional. Lo que siguió a dicha decisión fue la implementación de dicho concepto en el actuar jurisdiccional. Para ilustrar este fenómeno es útil considerar las resoluciones recaídas a diversos asuntos conocidos por la Corte y de los cuales derivó una tesis de jurisprudencia en relación con el alcance del derecho a la defensa adecuada. En dichos asuntos la Corte debía determinar si el derecho a la defensa adecuada exige que la persona de confianza nombrada por una persona imputada en el marco de un proceso penal sea profesional en derecho.<sup>36</sup>

---

36 Amparo Directo en Revisión 3535/2012. \*\*\*\*\* . 28 de agosto de 2013. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar.



Al respecto, la Corte señaló que aun cuando antes del año 2008 la Constitución Federal no especificara que la persona defensora o de confianza nombrada por la imputada o el imputado en un proceso penal debiera ser profesional en derecho, lo cierto es que, con base en lo dispuesto por el artículo primero, la Constitución debía leerse e interpretarse no sólo a partir de sus disposiciones concretas, sino también a la luz de otras normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales en la materia. De esta manera, la Corte señaló que el artículo 21, apartado A, fracción IX de la Constitución —antes de la reforma de 2008— debía ser entendido y aplicado sobre la base de una consideración articulada de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a fin de comprender que el derecho a una defensa supone que ésta sea adecuada y efectiva; es decir, que este derecho exige no sólo la presencia de una persona defensora, sino también que ésta cuente con los conocimientos técnicos en derecho suficientes para actuar de manera diligente con el fin de proteger los derechos de la persona procesada.

En esta medida, y tomando como base los casos señalados, es posible comprender la manera en que la operación del bloque de constitucionalidad —o parámetro de control de regularidad constitucional— amplía las bases normativas de la Constitución en tanto que permite identificar normas constitucionales que, aunque no se encuentren específicamente en el texto constitucional, sí forman parte del entramado normativo que todas las autoridades deben tomar en consideración al momento de ejercer sus facultades. El control en torno a la consideración y utilización de este bloque de constitucionalidad es materia de análisis de la siguiente sección.

#### IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

La figura del control de convencionalidad es relativamente reciente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y aún más en el ámbito constitucional mexicano.<sup>37</sup> Pese a su aparente novedad, su esencia y naturaleza se encuentran íntimamente relacionadas con el concepto de control de constitucionalidad, el cual supone la existencia de una facultad, y a la vez una obligación, a cargo de ciertas autoridades judiciales de verificar que las normas del sistema y

---

37 Nash, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano*, año 19, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

los actos de autoridad resulten compatibles con las disposiciones y principios que nuestra Constitución consagra.<sup>38</sup> Si trasladamos esta definición al ámbito de los tratados internacionales, y especialmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podemos afirmar, entonces, que el control de convencionalidad constituye una institución que se utiliza para asegurar la adecuada aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente de la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana,<sup>39</sup> en el ámbito interno de los Estados con el objetivo de que las leyes y actos de autoridad resulten compatibles con sus disposiciones y valores.

El origen de esta figura suele remontarse a diversos votos razonados que Sergio García Ramírez formuló durante el período en que fungió como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>40</sup> En aquellos momentos de la vida jurisprudencial de la Corte, era común que los Estados intentaran justificar su conducta fragmentando la posible responsabilidad internacional entre los distintos poderes estatales, bajo el argumento de que las autoridades ejecutivas —quienes suelen representar al Estado en instancias internacionales— no tienen un control sobre los actos y las decisiones autónomas de otros poderes, como el Judicial. Frente a dicho escenario, quien fuera juez y presidente de la Corte Interamericana en su momento sostuvo que en el ámbito internacional el Estado se obliga como un ente homogéneo a través de la operación conjunta de todos los poderes y órdenes que lo integran, de modo que no resulta posible sustraer a ciertos poderes estatales del régimen convencional y dejar sus actos fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana.

En un momento posterior, el entonces juez de la Corte Interamericana amplió el argumento y afirmó que la tarea que realiza la Corte “se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados a la luz de las normas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan

---

38 Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de constitucionalidad”, en *Boletín de derecho comparado*, núm. 59, México, 2016.

39 Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 2020.

40 Véanse los votos razonados del Juez Sergio García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.<sup>41</sup>

Pasaron algunos años en los que la figura del control de convencionalidad permaneció sólo como una reflexión sin que ésta fuera parte de las consideraciones y razonamientos de la Corte Interamericana. Esto cambió en el año 2006 en la sentencia al caso *Almonacid Arellano vs. Chile* relacionado con la responsabilidad del Estado por la comisión de crímenes de lesa humanidad durante el contexto de la dictadura que vivió aquel país durante la segunda mitad del siglo XX. En dicha sentencia, y como parte del análisis sobre la compatibilidad de leyes de amnistía, la Corte Interamericana sostuvo que, si bien las autoridades judiciales tienen la obligación de garantizar la aplicación del derecho interno, lo cierto es también que, cuando el Estado firma y ratifica un tratado internacional, todas sus autoridades se encuentran obligadas a garantizar su cumplimiento. De esta manera, la Corte precisó que los poderes judiciales de los Estados deben “ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>42</sup>

El concepto de control de convencionalidad evolucionó de la mano del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana. En su decisión al caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte amplió el alcance de esta figura para afirmar que esta obligación debe ser desarrollada *ex officio* por las autoridades judiciales. Es decir, que “no debe quedar limitada exclusivamente a las manifestaciones de los accionantes en cada caso en concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”.<sup>43</sup> En esencia, lo que la Corte sostuvo en dicha decisión es que el control de convencionalidad constituye una obligación que las autoridades judiciales deben cumplir en el ámbito de sus competencias y facultades, aun cuando las personas no lo requieran expresamente en el marco del proceso en cuestión. Este supuesto sería objeto de amplias discusiones en el seno de la Suprema Corte mexicana algunos años después, como lo analizaremos más adelante.

---

41 Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

42 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

43 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

A lo largo de los años el concepto de control de convencionalidad fue ampliando su alcance para vincular ya no sólo a las autoridades judiciales, sino también a autoridades estatales de distinta naturaleza. Por ejemplo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana determinó que dicho control debe ser realizado también por las autoridades relacionadas con la administración de justicia.<sup>44</sup> Un criterio similar sostuvo la Corte en el caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* en el que el tribunal hizo extensiva esta obligación al Ministerio Público,<sup>45</sup> así como en el caso *Gelman vs. Uruguay* en el que la Corte señaló que incluso las instancias mayoritarias democráticamente electas están sujetas al cumplimiento de un control de convencionalidad en la formulación y aprobación de leyes nacionales.<sup>46</sup>

Un punto importante para destacar sobre el control de convencionalidad es que como criterio asociado a su ejercicio algunas voces sostienen que éste puede ejercerse a partir de dos vías.<sup>47</sup> Por un lado, un *control concentrado de convencionalidad* cuyo despliegue corresponde en exclusiva a la Corte Interamericana como garante e intérprete último de la Convención Americana<sup>48</sup> y, por otro lado, un control difuso de convencionalidad, el cual debe ser desarrollado por las autoridades estatales en el ámbito de sus respectivas competencias. Sobre esta última vía de ejercicio del control de convencionalidad por parte de los Estados, la Corte Interamericana ha sostenido que la Convención Americana no impone el establecimiento de un modelo institucional ni legal particular para su ejercicio, sino que los Estados pueden definir en su ámbito interno las vías, mecanismos y procedimientos por el cual debe ejercerse.<sup>49</sup>

---

44 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

45 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253.

46 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Véase también Voto Razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer MacGregor. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

47 Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. Véase también Voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer MacGregor. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

48 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, párr. 21.

49 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

## 1. *La recepción del control de convencionalidad en el contexto mexicano*

Para este momento del análisis es importante recordar dos aspectos particulares. Por un lado, que antes de la reforma en derechos humanos, la aplicación y garantía de las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales era una labor casi imposible gracias a la prevalencia de un enfoque de jerarquía normativa. Y, por el otro, que el arribo de la doctrina del bloque de constitucionalidad abrió la puerta a la integración de las normas convencionales a nuestro diseño constitucional. Si asumimos con seriedad la vigencia del bloque de constitucionalidad y aceptamos que las normas convencionales son también Constitución, entonces, podemos sostener que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad representan dos caras de una misma moneda. Es decir, si aceptamos la premisa de integración normativa derivada del párrafo primero del artículo 1 constitucional, lo conducente es afirmar que cuando las autoridades ejercen un control de constitucionalidad también lo hacen respecto de normas convencionales, y viceversa.

Esta afirmación es importante en el sentido que derriba la idea tradicional de jerarquía que permeó a nuestra cultura legal durante los últimos años del siglo pasado. Es decir, tanto la operación de la figura del bloque de constitucionalidad como del control de convencionalidad contribuyeron a la superación de una doctrina constitucional nacionalista y cerrada e inauguraron una etapa de renovación asociada con la apertura y el diálogo que hoy nuestro sistema constitucional mantiene con otros órdenes y sistemas normativos. Sobre la base de ambas figuras, las autoridades judiciales se ven en la obligación de atender e interpretar los derechos humanos sobre la base de lo que dispone nuestro texto constitucional, pero también de lo que refieren las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales.

Así, bajo el entendimiento de lo señalado por la Corte Interamericana, en el sentido de que la Convención Americana no impone a los Estados un modelo particular para el ejercicio del control de convencionalidad, la recepción de dicha figura en el ámbito interno de los Estados suele mostrar características específicas y diferenciadas. En los siguientes párrafos analizaremos la recepción de esta figura en nuestro país y los debates que su aplicación ha provocado en el ámbito del Poder Judicial Federal y, concretamente, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La primera ocasión en que la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto del ejercicio del control de convencionalidad en el escenario mexicano fue en el *Expediente Varios 912/2010*. Como lo apuntamos en párrafos anteriores, la discusión en dicho asunto se centró en determinar los mecanismos y acciones que el Poder Judicial debía adoptar como parte del cumplimiento de las medidas

de reparación ordenadas por la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco. En relación con el control de convencionalidad la Corte fijó, al menos, cuatro criterios relevantes.

<p><b>1</b> <b>Deber de ejercer un control de convencionalidad ex officio</b></p>	<p>La Corte determinó que, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, las juezas y los jueces mexicanos deben llevar a cabo un control de convencionalidad <i>ex officio</i>.</p>
<p><b>2</b> <b>El ejercicio del control de convencionalidad debe realizarse en el marco del modelo de control constitucional mexicano</b></p>	<p>A juicio de la Corte, el ejercicio del control de convencionalidad debe realizarse dentro de los cauces previstos por el modelo de control de constitucionalidad vigente en nuestro país. Así, la Corte señaló que, derivado de la reforma constitucional en derechos humanos, el modelo de control de constitucionalidad en nuestro país asume como característica la de ser mixto; es decir, que comparte elementos de un control concentrado, pero también de un control difuso.</p>
<p><b>3</b> <b>Los alcances del control ex officio de convencionalidad son distintos a los alcances derivados del control concentrado de constitucionalidad</b></p>	<p>De acuerdo con la Corte, los efectos derivados del control difuso de convencionalidad se limitan únicamente a la posibilidad a cargo de las juezas y los jueces de inaplicar en el caso concreto ciertas normas que consideren como violatorias de derechos humanos. Desde este momento, la Corte precisó que, como parte del control difuso de convencionalidad, las juezas y los jueces no pueden hacer una declaración general de inconstitucionalidad de normas, pues tal facultad queda reservada para el modelo de control concentrado de constitucionalidad/convencionalidad.</p>
<p><b>4</b> <b>Obligaciones diferenciadas para autoridades no jurisdiccionales</b></p>	<p>La Corte precisó que, tratándose de autoridades distintas a las jurisdiccionales, éstas únicamente tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes sobre la base de la interpretación más favorable a la persona, sin que puedan inaplicar o declarar la incompatibilidad de éstas con la Constitución. En otras palabras, la Corte determinó que las autoridades que no ejerzan facultades jurisdiccionales no pueden ejercer un control difuso de convencionalidad.</p>

Los criterios adoptados por la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2010 contribuyeron a la evolución y replanteamiento del modelo de control constitucional en nuestro país. Tradicionalmente, el modelo de control de constitucionalidad en México asumía la naturaleza de ser concentrado. Es decir, que sólo los tribunales federales de amparo (Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y la propia Suprema Corte) podían conocer de la compatibilidad de actos

y normas con la Constitución a través de recursos y procedimientos específicos (juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) por medio de los cuales podían pronunciarse sobre su constitucionalidad. Bajo este modelo, y sobre la base del último párrafo del artículo 133 constitucional, las juezas y los jueces locales debían ajustarse a lo dispuesto por la Ley Suprema (Constitución, tratados internacionales, leyes federales y leyes generales) aun cuando sus leyes y constituciones locales resultaran contrarias a ésta.

Sin embargo, con la llegada de la reforma constitucional en derechos humanos, este modelo de control se vio ampliado gracias a lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, el cual refiere la obligación de todas las autoridades mexicanas de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así, de acuerdo con lo señalado por la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2010, el modelo de control constitucional en México hoy en día debe entenderse como un modelo híbrido o mixto con base en una lectura articulada de los artículos 1 y 133 constitucionales. El resultado de esta nueva ecuación es que en nuestro país coexisten ambos modelos de control constitucional, tanto concentrado como difuso, pero con alcances distintos.

<p><b>1</b> <b>Control Concentrado</b></p>	<p>Su ejercicio corresponde a juezas y jueces federales de amparo (Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y Suprema Corte).</p>	<p>Se ejerce a través de recursos y procedimientos específicos como el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.</p>	<p>Sus efectos suponen una declaración de inconstitucionalidad de normas o actos que pueden ser de alcance general o <i>inter parte</i>.</p>
<p><b>2</b> <b>Control Difuso</b></p>	<p>Su ejercicio corresponde a juezas y jueces locales, así como a jueces federales en el marco del desarrollo de procedimientos federales ordinarios.</p>	<p>Se ejerce a través de todos los recursos, vías y procedimientos que se desahoguen ante dichas autoridades sin importar la materia o cuantía.</p>	<p>Sus efectos no son generales en tanto que no suponen una declaratoria de inconstitucionalidad, sino que se limitan a la inaplicación de normas en el caso concreto.</p>

Este criterio fue desarrollado con mayor amplitud por la Suprema Corte al resolver la *Contradicción de Tesis 259/2011*. En dicho asunto, dos Tribunales Colegiados de Circuito se pronunciaron de manera distinta sobre el alcance de la competencia de jueces de primera instancia cuando se plantean asuntos que involucran un posible análisis de constitucionalidad/convencionalidad. Como respuesta a dicha contradicción, la Primera Sala de la Corte determinó que aun

cuando las juezas y los jueces mexicanos deben ejercer un control difuso de convencionalidad, el alcance de dicho control se limita a la inaplicación de la norma en el caso concreto. En este precedente, la Corte reafirmó la competencia exclusiva de los tribunales de amparo para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o con las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales.

Ahora bien, además de las instancias judiciales que pueden realizar un control de convencionalidad con efectos y alcances diferenciados, dicho control también puede analizarse sobre la base de otra característica asociada con la persona o sujeto legitimado para solicitar su ejercicio en un procedimiento legal específico. Así, encontramos que el control de convencionalidad puede ser solicitado a petición de parte o ejercido de manera voluntaria por las autoridades judiciales, lo que se conoce como control *ex officio*.

<p><b>1</b> <b>A petición de parte</b></p>	<p>El control es solicitado por alguna de las partes que intervienen en el proceso. También surge cuando la autoridad judicial, en suplencia de la queja y por mandato legal expreso, ejerce dicho control.</p>
<p><b>2</b> <b>Ex officio</b></p>	<p>El control es ejercido por la autoridad judicial sin que exista solicitud de alguna de las partes ni obligación legal expresa o suplencia de la queja.</p>

El control *ex officio* de convencionalidad ha sido tema de importantes discusiones por parte de la Suprema Corte, sobre todo porque, al igual que sucedió con la figura de bloque de constitucionalidad, en un primer momento no existían criterios del todo claros por parte de la Corte que delimitaran su alcance y que clarificaran la manera en que debía ser ejercido por parte de las autoridades judiciales. Aun cuando de la resolución al Expediente Varios 912/2010 derivaron algunas tesis de jurisprudencia que intentaron guiar su ejercicio, en la práctica cotidiana de impartición de justicia aún quedaban dudas por resolver.

Un ejemplo de estas discusiones se dio en el año 2015 cuando la Corte resolvió el *Amparo Directo en Revisión 1046/2012*. En este asunto, un tribunal colegiado, actuando en el marco de un procedimiento de amparo directo, decretó la no aplicación de un artículo del Código Civil para la Ciudad de México por considerarlo contrario a derechos humanos, aun cuando la parte quejosa no planteó dicha impugnación como un concepto de violación. Inconforme con dicha acción, el tercero perjudicado promovió un recurso de revisión que llegó al conocimiento de la Suprema Corte.<sup>50</sup> Así, lo que la Corte debía definir en este caso era el alcan-

50 Amparo Directo en Revisión 1046/2012. \*\*\*\*\* por propio derecho y como albacea de la sucesión de bienes de \*\*\*\*\* . 16 de abril de 2015. Mayoría de siete votos. Ponente: José



ce de las competencias a cargo de tribunales colegiados de circuito para ejercer el control de convencionalidad *ex officio* —es decir, sin que exista una petición expresa de las partes o un mandato legal específico— en la tramitación de juicios de amparo directo.

Sobre este punto vale la pena introducir una aclaración adicional que permitirá comprender el alcance de las preocupaciones que la Corte tuvo al momento de resolver este asunto. Al respecto, es importante recordar que los juicios de amparo directo únicamente proceden contra aquellas resoluciones que pongan fin a un juicio o procedimiento, y que tienen como objetivo analizar si durante el procedimiento o en la misma sentencia o decisión definitiva ocurrieron violaciones a los derechos de las partes involucradas. Así, el acto reclamado en los juicios de amparo directo lo constituyen decisiones definitivas y no precisamente normas generales, por lo que técnicamente el juicio de amparo directo no es un mecanismo de control constitucional de leyes. No obstante, la propia ley de amparo establece como excepción que, en el marco del juicio de amparo directo, y al reclamar la sentencia o decisión definitiva, las partes pueden reclamar también la inconstitucionalidad de normas siempre que dicha impugnación la hayan hecho valer desde el procedimiento de origen.

De esta manera, en el Amparo en Revisión 1046/2012 la Corte tuvo que decidir si los Tribunales Colegiados de Circuito tienen la facultad de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* de aquellas normas sustantivas y procedimentales aplicadas en el procedimiento de origen aun cuando las partes no las hubieren reclamado o impugnado en el procedimiento o si, por el contrario, dicha facultad se limita únicamente a las normas procedimentales del juicio de amparo que los tribunales colegiados aplican en el marco de la sustanciación del juicio de amparo directo. La Corte resolvió este asunto en sentido negativo y sostuvo que los tribunales colegiados de circuito, cuando actúan en amparo directo, únicamente pueden hacer control de convencionalidad *ex officio* de las normas que rigen la tramitación del juicio de amparo (Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y Código Federal de Procedimientos Civiles) sin que dicha competencia pueda hacerse extensiva a las normas sustantivas y procesales aplicadas en el procedimiento de origen.

La resolución de la Corte al Amparo Directo en Revisión 1046/2012 se sustentó en cuatro argumentos principales:

<p><b>1</b></p> <p><b>Argumento de sustitución</b></p>	<p>La Corte sostuvo que, en el marco de la sustanciación del juicio de amparo directo, los tribunales colegiados no tienen facultad para aplicar e interpretar normas procesales y sustantivas del acto de origen, en tanto que esa labor corresponde a las autoridades jurisdiccionales ordinarias. A juicio de la integración de ese momento de la Corte, los tribunales colegiados, cuando conocen de juicio de amparo directo, no reasumen la competencia de las autoridades jurisdiccionales ordinarias, sino que únicamente se limitan a revisar la constitucionalidad de la decisión que constituye el acto reclamado.</p>
<p><b>2</b></p> <p><b>Argumento de seguridad</b></p>	<p>De acuerdo con la Corte, permitir que los tribunales colegiados de circuito realicen un control de convencionalidad <i>ex officio</i> de las normas procesales y sustantivas que rigen el acto de origen atentaría contra el principio de seguridad jurídica, así como de ciertas figuras procesales como la preclusión y la cosa juzgada, en tanto que ello supondría abrir la posibilidad de analizar cuestiones que debieron quedar firmes en las etapas del proceso ordinario o de origen.</p>
<p><b>3</b></p> <p><b>Argumento de preservación</b></p>	<p>Para justificar la restricción a la facultad de los tribunales colegiados de realizar control de convencionalidad <i>ex officio</i> de normas aplicadas en el acto de origen, la Corte de ese momento sostuvo la necesidad de preservar la funcionalidad del sistema de control constitucional. De acuerdo con la Corte, permitir que los tribunales colegiados realizaran dicho control supondría una alteración total del sistema constitucional, razón por la cual los tribunales debían continuar ejerciendo sus funciones como tradicionalmente lo habían hecho.</p>
<p><b>4</b></p> <p><b>Argumento de no limitación</b></p>	<p>Asimismo, la Corte sostuvo que la restricción sostenida a la facultad de los tribunales colegiados de realizar control <i>ex officio</i> de normas aplicadas en el acto de origen no resultaba contraria al artículo 1 constitucional, en tanto que dichos tribunales aún conservaban la facultad de ejercer un control concentrado de convencionalidad en respuesta a conceptos de violación, causa de pedir o en suplencia de la quejea.</p>

El criterio esgrimido por la Corte en el amparo en revisión 1046/2012 se mantuvo vigente por algunos años. Sin embargo, en la práctica, comenzó a tornarse problemático en tanto que diversos tribunales colegiados del país comenzaron a emitir criterios contradictorios sobre el alcance de su facultad para realizar control de convencionalidad *ex officio*. El principal punto débil del criterio sostenido por la Corte es que privó a los tribunales colegidos de ejercer una función que otras autoridades jurisdiccionales, incluso sin ser jueces de amparo, sí debían ejercer. Es decir, mientras que las juezas y los jueces locales sí podían y debían ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, el criterio sentado por la Corte en el ADR 1046/2012 anuló dicha posibilidad para los tribunales colegiados. Es-

to derivó en que la labor de control constitucional que dichas autoridades deben hacer como tribunales de amparo quedara supeditada a la labor de juezas y jueces ordinarios y, concretamente, a si éstos ejercieron un control de convencionalidad *ex officio* en los procedimientos ordinarios.

Frente a esta situación, en el año 2021 la Corte resolvió la *Contradicción de Tesis 351/2014*. Se trata de un asunto que se mantuvo durante varios años en el tintero y cuya resolución generaría consecuencias importantes para el ejercicio del control de convencionalidad *ex officio* en el escenario legal mexicano. Este asunto tiene como base la existencia de criterios divergentes que diversos tribunales colegiados del país sostuvieron en relación con el alcance de sus facultades para ejercer control *ex officio*. Su resolución guarda implicaciones fundamentales para el modelo de control constitucional de leyes y actos en nuestro país, por lo que dedicaremos algunos párrafos a su análisis.

En un primer momento, la contradicción fue denunciada en relación con la existencia de criterios distintos emitidos por seis tribunales colegiados. Sin embargo, como parte del análisis de la cuestión, la Corte determinó que la contradicción existía únicamente respecto de tres de los criterios denunciados. Con base en esta definición, la Corte centró el eje de la discusión en torno a la siguiente pregunta: ¿cuál es el objeto y alcance del deber de realizar control de constitucionalidad *ex officio* a cargo del Poder Judicial Federal cuando actúa como tribunal de amparo? Las posibles respuestas entre las que la Corte podía optar eran las siguientes. Por un lado, si el Poder Judicial Federal debe hacerlo sólo respecto de normas que aplica en la tramitación de amparos. O si, por el otro, debe hacerlo respecto de cualquier otra norma sustantiva o adjetiva de la que tenga conocimiento al estudiar el acto reclamado.

Para responder a dicha pregunta, la Corte consideró necesario realizar una aclaración sobre distintos términos asociados al control de constitucionalidad que se habían venido reproduciendo en diversos pronunciamientos de manera poco clara. Particularmente, la Corte abordó la confusión que surgió a partir de la interpretación de los criterios derivados del Expediente Varios 912/2010, y que la Corte utilizó al resolver el Amparo en Revisión 1046/2012, cuando confundió los términos *difuso* y *ex officio*. En dicho asunto, la Corte señaló que cuando una autoridad judicial ejerce un control de convencionalidad *ex officio* por advertir que la norma que va a aplicar es inconstitucional, sin que exista petición de parte, entonces realiza también un control difuso.<sup>51</sup>

De este modo, en la *Contradicción de Tesis 351/2014*, y con el objetivo de clarificar la cuestión, la Corte recordó que en el marco de nuestro diseño constitucional el control de constitucionalidad puede hacerse a través de dos vías:

---

51 Amparo Directo en Revisión 1046/2012. Párrs. 55 a 60.

<b>1</b> <b>Vía directa o principal</b>	Este tipo de control se da cuando la norma general es el acto impugnado y la materia misma del juicio. Se trata, tradicionalmente, del amparo contra leyes.
<b>2</b> <b>Vía indirecta o incidental</b>	Este tipo de control se da cuando la norma no es el acto impugnado ni la materia propia del juicio, sino que la norma fue aplicada en el acto impugnado. Ese tipo de control se da, por lo general, de amparo directo y en amparo indirecto contra actos.

Esta primera clarificación es importante, porque en realidad el punto de discusión de la Contradicción de Tesis 351/2014 se centra en un ámbito muy particular del control de constitucionalidad en México. Es decir, la Corte únicamente analiza el alcance de la facultad de los tribunales colegiados de circuito para ejercer control de convencionalidad *ex officio* cuando actúan como tribunales de amparo y realizan control concentrado de constitucionalidad a través del amparo directo e indirecto. En esta ocasión, la Corte no discutió la obligación de realizar control difuso en tanto que reiteró que dicha obligación es clara y deriva del artículo 1 de nuestra Constitución, así como de los criterios desarrollados por la Corte en el Expediente Varios 912/2010. El siguiente esquema pretende contribuir, por un lado, a ilustrar el modelo de control de constitucionalidad/convencionalidad en nuestro país y, por el otro, a identificar el ámbito particular de discusión que la Corte abordó en este asunto (área sombreada).

	Petición de parte	<i>Ex officio</i>
<b>Concentrado</b> Jueces constitucionales del Poder Judicial Federal a) Jueces de Distrito b) Tribunales Colegiados de Apelación c) Tribunales Colegiados de Circuito d) Suprema Corte de Justicia de la Nación	La obligación es clara en tanto que deriva del análisis propio de los conceptos de violación y de suplencia de la queja cuando se trata de vía directa o principal.	Los tribunales colegiados pueden hacerlo respecto de las normas procesales que rigen la tramitación del juicio de amparo, pero también de las normas sustantivas y adjetivas aplicadas en el juicio de origen con los siguientes alcances: a. Es incidental pero no exige la apertura de un expediente en cuerda separada; b. Únicamente supone la inaplicación de normas. c. No supone un pronunciamiento de validez constitucional. d. No requiere reflejarse en alguno de los puntos resolutivos de la sentencia.

	<b>Petición de parte</b>	<b>Ex officio</b>
<p><b>Difuso</b></p> <p>a) Jueces ordinarios federales. <i>Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Apelación cuando actúan en procedimientos federales ordinarios.</i></p> <p>b) Jueces ordinarios locales.</p> <p>c) Juntas de Conciliación y arbitraje locales y federales;</p> <p>d) Tribunales agrarios;</p> <p>e) Tribunales administrativos locales y federales.</p>	<p>La obligación es clara porque parte del análisis y atención de los argumentos hechos valer por las partes en el marco del proceso ordinario. Los alcances del ejercicio de este control son:</p> <p>a. Es incidental pero no exige la apertura de un expediente en cuerda separada;</p> <p>b. Únicamente supone la inaplicación de normas.</p> <p>c. No supone un pronunciamiento de validez constitucional.</p> <p>d. No requiere reflejarse en alguno de los puntos resolutive de la sentencia.</p>	<p>Deben hacerlo de manera obligatoria con base en los artículos 1 y 133 constitucionales con los alcances de:</p> <p>a. Es incidental pero no exige la apertura de un expediente en cuerda separada;</p> <p>b. Únicamente supone la inaplicación de normas.</p> <p>c. No supone un pronunciamiento de validez constitucional.</p> <p>d. No requiere reflejarse en alguno de los puntos resolutive de la sentencia.</p>

Al resolver la Contradicción de Tesis 351/2014 la Corte abandonó el criterio adoptado en el Amparo Directo en Revisión 1046/2012 y determinó que los tribunales colegiados de circuito sí pueden ejercer un control de convencionalidad *ex officio* cuando actúan como tribunales de amparo en control concentrado por vía indirecta o incidental, ya sea en amparo directo e indirecto, tanto de las normas procesales que rigen la tramitación del juicio de amparo, así como de aquellas normas procesales y sustantivas aplicadas en el acto de origen. Para justificar el abandono del criterio anterior y sentar un nuevo precedente, la Corte abordó uno a uno los argumentos utilizados en el Amparo en Revisión 1046/2012 y agregó un quinto punto que resulta fundamental para el análisis de la cuestión asociado con el deber a cargo de las autoridades judiciales de prevenir violaciones a derechos humanos.

<p><b>1</b></p> <p><b>Argumento de no complicidad</b></p>	<p>La Corte sostuvo que el deber de realizar control <i>ex officio</i> de todas las normas deviene del artículo 1 constitucional y, de manera mucho más específica, del deber específico de prevenir violaciones a derechos humanos. En esta medida, la Corte señaló que los tribunales colegiados de circuito no sólo tienen la obligación de no violar derechos humanos, sino que también tienen la obligación de prevenir que estas violaciones ocurran dentro de procedimientos judiciales ordinarios. De este modo, la Corte sostuvo que los tribunales colegiados de circuito, en su condición de jueces de amparo, no pueden convalidar violaciones a derechos humanos asociadas a la falta de un adecuado ejercicio de control de convencionalidad en instancias procesales inferiores.</p>
---	---

<p><b>2</b></p> <p><b>Argumento de no sustitución</b></p>	<p>La Corte refirió que es cierto que los tribunales colegiados de circuito, cuando conocen de amparo directo, no sustituyen a las autoridades ordinarias en tanto que no aplican de manera directa las normas que intervienen en el acto reclamado o procedimiento de origen. Sin embargo, también afirmó que esto no significa que dichos tribunales no puedan controlar <i>ex officio</i> la constitucionalidad de esas normas, pues es esa precisamente su función principal como tribunales de amparo. En esencia, la Corte recuerda la importancia de no confundir la aplicación de normas que se hace en los procedimientos de origen, del control que puede realizarse en el marco del control concentrado de constitucionalidad/convencionalidad.</p>
<p><b>3</b></p> <p><b>Argumento de seguridad</b></p>	<p>Para responder a este argumento, la Corte partió de la necesidad de resignificar el concepto de seguridad jurídica al afirmar que éste no tiene un valor en sí mismo, sino que es instrumental a otros fines constitucionales. La Corte apuntó que, con base en este principio, lo que las personas debemos esperar no es que se nos aplique una determinada norma o que el proceso tenga un resultado particular. En cambio, de acuerdo con este nuevo criterio de la Corte, el principio de seguridad jurídica supone que como personas tengamos la certeza de que las autoridades realizarán todo lo que esté a su alcance para velar por el respeto, protección y garantía de nuestros derechos humanos.</p>
<p><b>4</b></p> <p><b>Argumento de preservación</b></p>	<p>Al resolver esta contradicción, la Corte afirmó que el ejercicio de un control de convencionalidad <i>ex officio</i> supone un cambio importante en la actividad que desarrollan los tribunales colegiados. De acuerdo con la Corte, esto significa que dichos tribunales no pueden continuar haciendo las cosas de la misma manera, pues eso sería tanto como restarle valor a su función como jueces constitucionales. Además, la Corte precisó que en tanto que el ejercicio de este control no supone una sustitución de las autoridades ordinarias y no atenta contra el principio de seguridad jurídica, entonces tampoco supone una alteración crítica al sistema de control constitucional mexicano.</p>
<p><b>5</b></p> <p><b>Argumento de limitación</b></p>	<p>A diferencia de lo sostenido en el criterio derivado del Amparo Directo en Revisión 1046/2012, la Corte sostuvo en esta ocasión que, si se asume con seriedad que el deber de ejercer un control de convencionalidad/constitucionalidad <i>ex officio</i> deriva del deber de prevenir violaciones a derechos humanos, es claro que los tribunales colegiados no pueden ir en contra o restringir el alcance del ejercicio de este deber dispuesto en el artículo 1 constitucional. Así, de acuerdo con la Corte, limitar la facultad de los tribunales colegiados para ejercer control de convencionalidad <i>ex officio</i> supone una limitación de los alcances del artículo 1 de la Constitución.</p>

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de los años, nuestro sistema constitucional ha experimentado importantes cambios en torno a la relación que existe entre derecho nacional y derecho internacional y, de manera mucho más concreta, sobre la posición que guardan los derechos humanos en nuestro sistema jurídico. De la mano de modificaciones normativas, la evolución sobre el tema ha derivado de un cúmulo de decisiones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que han contribuido a conformar una doctrina jurisprudencial que —por decirlo de algún modo— ha venido de menos a más y que, a la postre, ha permitido ensanchar las vías para una mayor protección y garantía de los derechos humanos.

Aunque la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011 vino a inaugurar un nuevo paradigma constitucional que replanteó las bases del entendimiento e interpretación de nuestra Constitución, es importante que las y los operadores jurídicos, pero especialmente las y los estudiantes de derecho, cuenten con un panorama integral del fenómeno y de la propia evolución jurisprudencial sobre el tema con el objetivo de identificar la relevancia material que tanto esta reforma como la labor que ha desarrollado la Suprema Corte han tenido en la defensa y aseguramiento de este nuevo modelo constitucional. En esta medida, este texto ha intentado presentar de manera sintética y ejemplificativa la evolución que nuestro sistema constitucional ha experimentado al pasar de un modelo cerrado, nacionalista y centrado en una dimensión formal de jerarquía normativa para convertirse en un modelo dinámico, abierto y global que funciona a partir de herramientas fundamentales como las del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En el marco de esta trayectoria, el texto identifica que, en un primer momento, la discusión en torno a la relación que existe entre derecho nacional y derecho internacional se centró en el artículo 133 constitucional. Pese a que dicho artículo no menciona nada en su literalidad sobre la jerarquía que debe existir entre las distintas normas que integran nuestro sistema jurídico, la interpretación que hizo la Suprema Corte en un contexto político e histórico particular dio pie al surgimiento a la idea de que existen normas formalmente más importantes que otras. Así, la trayectoria interpretativa de la Corte partió de considerar que los tratados internacionales no suponían normas con alcance constitucional. Posteriormente, afirmó que los tratados internacionales y las leyes federales se encuentran en un mismo nivel jerárquico por debajo de la Constitución y, por último, que los tratados internacionales se encuentran en un segundo nivel por debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales.

Esta perspectiva formal sobre la posición de las normas en nuestro sistema trajo consecuencias importantes para los derechos humanos y, especialmente, para

aquellos contenidos en tratados internacionales, pues el enfoque adoptado por la Corte hacía sumamente complicada la coexistencia y aplicación directa de dichas normas en nuestro sistema constitucional. Pese a ello, debe decirse que fueron precisamente argumentos vinculados con la aplicación directa de disposiciones convencionales sobre derechos humanos los que permitieron ir ampliando de a poco los criterios interpretativos de nuestro Alto Tribunal sobre el tema.

El arribo de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 incorporó a nuestra Constitución diversas herramientas de fundamental importancia que, en conjunto, produjeron como consecuencia la necesidad de replantear los debates respecto de la jerarquía normativa que la Corte había sostenido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. De manera particular, la figura del bloque de constitucionalidad, o parámetro de control de la regularidad constitucional como lo llama la Corte, generó como uno de sus efectos principales que el entendimiento sobre la relación entre derecho internacional y nacional se desplazara del artículo 133 constitucional para integrarse de manera armónica con el artículo 1. Con base en este nuevo modelo, hoy en día nuestra Constitución afirma que tanto las normas de derechos humanos contenidas en el texto constitucional, como en los tratados internacionales de los que México sea Estado Parte representan auténticas normas constitucionales que vinculan de manera material a todas las autoridades del país.

De la mano de esta herramienta, se despliega también la obligación de ejercer un control de convencionalidad. Es decir, de tomar en consideración todas aquellas normas y criterios internacionales en materia de derechos humanos que vinculen al Estado Mexicano a fin de integrarlas al parámetro de control de regularidad constitucional y, entonces, estar en condiciones de adoptar una decisión mucho más robusta y, sobre todo, apegada a los derechos humanos de las personas. Esta herramienta cuyo origen deviene del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido recogida por la jurisprudencia nacional a través de diversos criterios judiciales que, con el paso de los años, han propiciado su mejor funcionamiento en los procesos de impartición de justicia tanto locales como federales.

Aunque el alcance de estas herramientas se mantiene como un trabajo en constante construcción y desenvolvimiento, su comprensión en términos de trayectoria nos permite comprender el grado y alcance de la evolución que nuestro sistema ha experimentado durante los últimos años en materia de diseño constitucional y derechos humanos.



## Fuentes

- Becerra Ramírez, Manuel, “Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución Mexicana”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Bonilla Maldonado, Daniel, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana/Bogotá, 2005.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., United States: Oxford, 2008.
- Caballero Ochoa, José Luis, “Metodología judicial comparada: entre la práctica del poder y la protección de los derechos”, en Figueroa, Giovanni y Bagni, Silvia (eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, ed. Giovanni Figueroa y Silvia Bagni, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El principio pro persona en el marco de interpretación sobre los derechos humanos en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 41, núm. julio-diciembre, 2019.
- Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El sistema de interpretación constitucional. Apuntes sobre la descripción y funcionalidad de la interpretación conforme presente en el artículo 1o de la Constitución”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, 9a. ed., México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Senado de la República, LXIII Legislatura/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Nacional Electoral/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.
- Confortti, Benedetto, *International law and the role of domestic legal systems*, Holanda, 1993.
- Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8a. ed., United States: Oxford, 2012.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1916-1917, Tomo III, Ciudad de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016.
- Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”, en *Serie Políticas Sociales*, vol. 153, 2009.
- Gargarella, Roberto, “Too much ‘Old’ in the ‘New’ Latin American Constitutionalism”, 2009.
- Giadallah, Gattas Abugattas, “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, en *Agenda Internacional*, año XII, núm. 23, 2006.
- Gómez-Robledo Verduzco, Juan Manuel, “La Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: Una tarea pendiente”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (eds.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México/Secretaría de Relaciones Exteriores, 2009.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del Ius Constitutionale Commune Latino-

- americano”, en Fix-Fierro, Héctor, von Bogdandy, Armin y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2014.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La Justiciabilidad del Derecho a la Salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 5, 2017, disponible en: «<https://doi.org/10.17566/ciads.v3i2.10>».
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, “El Caso ‘Miniuma’: Un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 59, núm. 251, 2017.
- Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de constitucionalidad”, en *Boletín de derecho comparado*, núm. 59, México, 2016.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, “El derecho internacional como fuente de derecho constitucional”, en *Anuario colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, año 1, 2008.
- Nash, Claudio Nash, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Mexicano*, año 19, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM-IIJ, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Rey Cantor, Ernesto, “Sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al derecho internacional. Especial referencia al ámbito iberoamericano”, en *Revista Electrónica Iberoamericana* 15, núm. 1, 2021.
- Santolaya, Pablo, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- Sloss, David, (ed.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A comparative study*, Cambridge University Press, 2009.
- Sonzini Astudillo, Urbano, “Trasplantes jurídicos: un debate enriquecedor”, en *Cuadernos Universitarios*, núm. 10, 2017.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Ius Inkarrí*, núm. 3, 2021.
- Uprimny, Rodrigo, “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (ed.), *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, Argentina, Siglo XXI, 2011.
- Zaldívar, Arturo Zaldívar, 10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2022.
- Zarco, Francisco, *Crónica Del Congreso Extraordinario Constituyente 1856-1857*, Ciudad de México, El Colegio de México, 1857.

### Sentencias y otros documentos

Acción de Inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006 promovidas por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática, Convergencia

- y Revolucionario Institucional. Unanimidad de diez votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.
- Acción de Inconstitucionalidad 155/2007. Procurador General de la República. 7 de febrero de 2011. Mayoría de seis votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
- Amparo en Revisión 7532/81, Desa Industries Inc. 15 de marzo de 1983. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.
- Amparo en Revisión 4582/83, Barry J. Girard, 14 de junio de 1983. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.
- Amparo en Revisión 430/83, Dart Industries Inc. 12 de marzo de 1985. Unanimidad de quince votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.
- Amparo en Revisión 430/83, Desa Industries Inc., 17 de septiembre de 1985. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.
- Amparo en Revisión 8887/83, Dart Industries Inc., 12 de noviembre de 1985. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.
- Amparo en Revisión 2069/91, Sanatorio Maternidad de Nuestra Señora del Rosario. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green.
- Amparo en Revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ponente: Humberto Román Palacios.
- Amparo en Revisión 120/2002, \*\*\*\*\*. Sociedad Anónima de Capital Variable. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anquiano.
- Amparo Directo en Revisión 1046/2012. \*\*\*\*\* por propio derecho y como albacea de la sucesión de bienes de \*\*\*\*\*. 16 de abril de 2015. Mayoría de siete votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
- Amparo Directo en Revisión 3535/2012. \*\*\*\*\* . 28 de agosto de 2013. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar.
- Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos. Ponente: Arturo Zaldívar.
- Controversia Constitucional 31/2006, Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 2020.
- Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Expediente Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargo del Engrose: José Ramón Cossío Díaz.
- Voto Particular del Ministro Juan N. Silva Meza. Amparo en Revisión 120/2002. \*\*\*\*\*, Sociedad Anónima de Capital Variable. 13 de febrero de 2007. Mayoría de nueve votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.
- Voto Razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer MacGregor. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
- Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer MacGregor. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

## Capítulo 3

# El derecho al libre desarrollo de la personalidad\*

Carlos Gustavo Ponce Núñez\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ¿UN DERECHO GENERAL DE LIBERTAD?. 1. La teoría interna de los derechos. 2. La teoría externa de los derechos. 3. Las diferentes concepciones de los derechos de libertad en la práctica constitucional. 4. La concepción de los derechos de libertad en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana. III. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. IV. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL. V. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DE LA DIGNIDAD A LA LIBERTAD. VI. LOS TITULARES DEL DERECHO. VII. EL CONTENIDO DEL DERECHO. 1. De la especificación de conductas a la libertad residual. 2. Evolución de la doctrina constitucional. 3. El derecho al aborto como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad. 4. ¿Obligaciones positivas?. VIII. LOS LÍMITES DEL DERECHO. 1. Límites internos y límites externos de los derechos. 2. Los límites internos del derecho al libre desarrollo de la personalidad. A. ¿Todo está *prima facie* protegido?. B. Decisiones o acciones que dañan a terceros. 2. Los límites externos del derecho: el principio de proporcionalidad. 3. ¿Consistencia argumentativa?. IX. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Uno de los aspectos más interesantes y apasionantes del estudio del derecho constitucional es, sin duda, el relativo a los derechos fundamentales, específicamente cuántos y cuáles tenemos. Si se hojean por primera vez la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos se podrá constatar que éstos reconocen un catálogo amplísimo de derechos, como la libertad personal, la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religión, las garantías penales, el derecho a la vida privada, los derechos político-electorales, entre muchos otros. De una primera lectura pareciera que todos los aspectos centrales de nuestras vidas están

---

\* Una versión previa de este artículo apareció en *Judicatura: Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay*, CADE, No. 68, Julio de 2020, pp. 15-35.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y máster en Justicia criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho.

1 Agradezco a Velia Márquez su apoyo para la elaboración de este trabajo, tanto para la investigación y recopilación de precedentes, como en la revisión de los borradores.

protegidos por estos derechos. Sin embargo, si se observa más de cerca se podrá advertir que existe también una gran cantidad de acciones y decisiones humanas que no están expresa y textualmente protegidas por estos instrumentos. Y la pregunta que naturalmente surge es: ¿quiere decir esto que el Estado puede limitarlas o prohibirlas a placer, sin ningún tipo de condición o límite constitucional?

Tomemos como ejemplo el derecho a casarnos con quien queramos, a divorciarnos cuando lo deseemos, a decidir sobre nuestra identidad de género frente al Estado y la sociedad, o a portar tatuajes. Pensemos incluso en cuestiones menos trascendentales, como montar en bicicleta en vías públicas, alimentar palomas en parques públicos, fumar marihuana con fines recreativos, beber mezcal, comer chocolate o comprar helados de vainilla. Ninguna de estas decisiones o acciones están expresamente tuteladas por la Constitución o los tratados internacionales. ¿Quiere decir esto que el Estado puede válidamente limitarlas o prohibirlas sin ofrecer mayores razones que la voluntad del poder legislativo?

La respuesta a estas interrogantes no es pacífica. Se trata de una cuestión compleja y debatida que depende, en buena medida, de qué concepción tengamos sobre los derechos, sus límites y el papel del Estado mismo. Como se verá en este capítulo, en el caso de México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido adoptando en los últimos años una interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales que podríamos calificar de “liberal”, en tanto ha venido reconociendo progresivamente una mayor protección jurídica a una diversa cantidad de intereses relacionados con la *autonomía personal*, que no están expresamente tutelados por la Constitución o los tratados internacionales. Para ello, no sólo ha acudido a una interpretación cada vez más extensiva de los derechos fundamentales clásicos o tradicionales (como el derecho a la libertad de expresión, de reunión o de creencias), sino que también ha sostenido la existencia de un *derecho fundamental implícito* en la Constitución mexicana, el cual —ha dicho— tutela un “área residual de libertad” no cubierta por otros derechos específicos. Nos referimos al *derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad*.

El presente trabajo tiene por objeto explicar la naturaleza, el fundamento, contenido y alcance, así como los límites de dicho derecho fundamental en México. Como no podría ser de otra manera, al tratarse de un derecho que es producto de una *construcción jurisprudencial*, nuestro principal insumo y fuente de análisis será la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. No obstante, a fin de tener un punto de referencia que nos permita contextualizar y dimensionar los alcances de este derecho en nuestro país, también nos apoyaremos, en la medida que sea pertinente y útil, en doctrina, legislación y derecho comparado.

Para ello, nuestra exposición seguirá el siguiente orden. En un primer apartado analizaremos los principales modelos teóricos que han intentado explicar la relación entre el alcance y los límites de los derechos de libertad. Ello nos permitirá tener un marco conceptual suficientemente robusto que nos permitirá analizar la estructura, el contenido y los alcances del libre desarrollo de la personalidad, tal y como ha sido definido en México. En un segundo apartado exploraremos el fundamento o valor que parece estar detrás de este derecho, esto es: el *principio de autonomía personal*. Posteriormente, en un tercer apartado exploraremos la relación particular que existe entre dicho principio (es decir, el *principio de autonomía personal*) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, en los últimos tres apartados nos ocuparemos de analizar el fundamento, el contenido y los límites de este derecho fundamental, tal y como han sido entendidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte.

## II. ¿UN DERECHO GENERAL DE LIBERTAD?

Dejando de lado por ahora el problema de los derechos fundamentales implícitos, la respuesta a las interrogantes planteadas en la introducción de este capítulo depende, como se dijo, de la *concepción* que tengamos sobre los derechos y de si consideramos que existe un *derecho general de libertad* que ampare todas las decisiones y las conductas humanas (como es el caso del *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, según se explicará más adelante). Se trata de una cuestión muy debatida en la doctrina y frente a la cual se han ofrecido diferentes respuestas, las cuales han sido construidas a partir de dos grandes modelos o visiones contrapuestas sobre la *estructura* de los derechos (muy específicamente los derechos de libertad) las cuales denominaremos para efectos de este trabajo como la *teoría interna* y la *teoría externa* de los derechos fundamentales.<sup>2</sup> Como se verá, una distinción fundamental entre estos modelos radica en la forma en la que cada uno de ellos entiende la relación entre el contenido o alcance de los derechos y sus respectivos límites o restricciones constitucionales.

### 1. La teoría interna de los derechos

De acuerdo con esta teoría, los derechos fundamentales tienen siempre un contenido *definitivo*. Dicho contenido estaría prefijado *de antemano* por la Consti-

---

2 Recogemos aquí la terminología utilizada por Martin Borowski en “La estructura de los derechos fundamentales”, traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (edición Kindle).

tución, la cual —argumenta esta postura— establece desde un inicio sus correspondientes limitaciones o contornos.<sup>3</sup> Así, según esta concepción, las restricciones legislativas o infraconstitucionales a los derechos constitucionalmente reconocidos serían normativa y lógicamente *imposibles*, pues el contenido total y definitivo de éstas se encuentra acotado desde un inicio en la propia Constitución. También serían *innecesarias*, pues al tener un ámbito muy reducido o específico, los derechos no suponen en realidad una limitación demasiado amplia o extensa a la acción del legislador: éste puede intervenir en todo aquello que no está expresamente protegido por los derechos.

Como ha referido Borowski, una de las características principales de esta teoría es que los “derechos” y sus “límites” no se conciben como dos objetos o entes *distintos*, sino como una misma cosa. Conforme a esta teoría sólo existe un “objeto normativo”: el derecho con su contenido determinado y sus límites concretos.<sup>4</sup> Por ello, cuando se pregunta sobre cuál es el alcance de un derecho fundamental, la duda no radica en determinar en qué casos y bajo qué condiciones se justifica limitar o restringir un derecho, sino más bien cuál es su contenido definitivo (en otras palabras *¿hasta dónde llega el derecho?*).<sup>5</sup>

Estas teorías se relacionan con la intuición liberal clásica según la cual los derechos fundamentales funcionan como *límites infranqueables* para el Estado. Para Ronald Dworkin, por ejemplo, decir que alguien tiene derecho fundamental a algo (a la libertad de expresión, por ejemplo), significa que el Estado no puede negárselo *en ningún caso*, aunque ello favorezca el interés general.<sup>6</sup> Para este autor, los derechos fundamentales funcionan como “cartas de triunfo” o “triumfos políticos” (*rights as trumps*) en manos de los individuos, las cuales poseen una prioridad *ab initio* frente a otras razones de política pública. Así, según esta concepción, los derechos serían eminentemente *antiutilitarios*, pues no están sujetos a limitaciones o restricciones basadas en intereses de las mayorías.<sup>7</sup> Una vez que algo cae dentro del alcance de un derecho fundamental, el Estado simplemente

---

3 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 467.

4 Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 3.

5 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 240-241.

6 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012, p. 384.

7 Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 399-403. Ferrajoli se refiere a esta característica como la “esfera de lo indecidible”. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 102-109.



*carece de competencia* para intervenirlo.<sup>8</sup> Por ello, aunque se admite que los derechos son limitados (en tanto que no abarcan *cualquier cosa*), no se consideran *limitables o restringibles*.<sup>9</sup>

Esto último permite explicar por qué, desde esta perspectiva, sólo ciertas posiciones o intereses verdaderamente importantes deben o deberían gozar del *estatus* de derecho fundamental. Si asumiéramos que las personas poseen un *derecho general a la libertad en sentido fuerte* (es decir, un derecho ilimitable a hacer o dejar de hacer lo que se quiera), cualquier intento de regulación de la conducta y la convivencia social sería prácticamente imposible: el Estado tendría demasiados problemas para regular cuestiones cotidianas y de interés general (como establecer el sentido de las calles o salarios mínimos).<sup>10</sup>

## 2. La teoría externa de los derechos

Para la teoría externa, los derechos funcionan —ya no como reglas o “cartas de triunfo”— sino como *principios* o *razones prima facie*, es decir, como *mandatos de optimización* que ordenan que algo se realice en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Además, se asume que éstos pueden colisionar con otros derechos y principios constitucionales opuestos, por lo que para determinar cuál debe prevalecer en cada caso es necesario recurrir a técnicas argumentativas como el *balanceo* o la *ponderación*.<sup>11</sup> Ésta es la postura que ha defendido, por ejem-

---

8 Con todo, cabe destacar que dentro de la concepción de los derechos como cartas de triunfo es posible encontrar también diversos modelos que varían en grado. Véase en ese sentido, Klatt, Mathias y Meister, Mortiz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, pp. 17-44.

9 Verdirame, Guglielmo, “Rescuing Human Rights from Proportionality”, en Cruft, Rowan et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015, p. 351.

10 En esa línea, por ejemplo, Dworkin refería que “si nos ponemos de acuerdo sobre este concepto de [lo que es] un derecho, parece obvio que no existe ningún derecho general a la libertad como tal. Yo no tengo ningún derecho político a conducir en ambos sentidos por Lexington Avenue. Si el gobierno decide que el tránsito por Lexington Avenue es de dirección única, es de justificación suficiente que esto favorezca el interés general, y sería ridículo que yo sostuviera que por alguna razón, de todas maneras está mal”. Dworkin, Ronald, op. cit., nota 7, p. 384.

11 En esa línea, la teoría externa de los derechos corresponde con lo que Giorgio Pino denomina el modelo “pluralista”, según el cual las constituciones de los Estados contemporáneos incorporan múltiples valores, articulados en derechos y principios, los cuales no siempre son compatibles y muchas veces resultan incluso contradictorios e inconmensurables. En cambio, la teoría interna corresponde con la postura “coherentista”, la cual sostiene que el Estado constitucional está regido por pocos valores fundamentales armónicos o fácilmente armonizables. Véase Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, 3a. ed., traducción de Horacio Sánchez Pulido, Pedro Caballero Elbersci, Andrés Morales Ve-

plo, Robert Alexy, para quien los derechos de libertad funcionan más bien como *derechos prima facie*.<sup>12</sup> Para esta concepción, además, los derechos de libertad no tienen una prioridad *ab initio* sobre cualquier otra consideración de interés público, sino que pueden ser válidamente limitados o restringidos a nivel legal, siempre que se cumplan ciertas condiciones, específicamente con el *principio de proporcionalidad*.

De acuerdo con Aharon Barak, esta concepción de los derechos —la cual ha sido identificada por algunos autores como la “teoría moderna”<sup>13</sup> o el “modelo global de los derechos fundamentales”<sup>14</sup> — habría surgido después de la Segunda Guerra Mundial y se caracteriza por asumir una *distinción* clara entre el alcance (*scope*) del derecho y la extensión de su protección (*extent of its protection*),<sup>15</sup> o bien, entre el contenido del derecho y sus límites. Según esta teoría, el análisis sobre la compatibilidad de los límites o las restricciones a los derechos (especialmente aquellas a nivel *infraconstitucional*) se compone siempre de *dos etapas o fases*: en un primer momento debe determinarse cuál es el área cubierta por el derecho (es decir, aquello que está y aquello que no está protegido); posteriormente, en una segunda fase, debe analizarse si existen razones constitucionales que justifiquen una limitación a la realización o satisfacción del derecho. Para ello, debe aplicarse un examen de *proporcionalidad*, sólo hasta entonces podremos conocer o establecer el alcance definitivo del derecho en el caso concreto.<sup>16</sup>

A partir de esta distinción, quienes asumen la teoría externa no suelen encontrar problemático el reconocimiento de un *derecho general de libertad*, es decir, un derecho a hacer u omitir *prima facie* lo que se quiera. Ello es así, pues al no tratarse de un derecho *absoluto o ilimitable*, un derecho general de libertad de este tipo —aun y cuando *prima facie* abarque una gran cantidad de situaciones— nunca podría vedar *a priori* y de manera definitiva cualquier intervención estatal. Como se dijo, conforme a esta visión, el Estado puede limitar dicha libertad siempre que

---

lásquez, Federico Orlando, Diego Dei Vecchi, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014 (Edición Kindle).

- 12 Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 6, p. 301. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, 3a. ed., México, Editorial Fontamara, 2014, pp. 30-33.
- 13 Barak, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, traducción de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017, p. 43.
- 14 Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 1.
- 15 Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 15, pp. 19-21.
- 16 Con todo, debe decirse que al igual que como sucede con la teoría interna, también entre quienes defienden la teoría externa existen diferencias. Véase en ese sentido, por ejemplo, Barak, Aharon, “Una agenda de investigación para el futuro”, en González Carballo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén, *El test de proporcionalidad: convergencias y divergencias*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

cumpla con los requisitos del *principio de proporcionalidad*. Ésta es la opinión que ha sostenido, entre otros, Robert Alexy, para quien el reconocimiento de un derecho general de libertad “trae consigo más ventajas que inconvenientes”.<sup>17</sup>

### 3. *Las diferentes concepciones de los derechos de libertad en la práctica constitucional*

Cada uno de estos modelos ha recibido en la doctrina una terminología distinta. Algunos autores se refieren al primer modelo como la concepción “coherentista” y al segundo como la visión “conflictivista” de los derechos.<sup>18</sup> Otros autores se refieren al primer modelo como la “narrativa dominante” y al segundo como el “modelo global” de los derechos.<sup>19</sup> Finalmente, hay quienes simplemente distinguen entre la tesis de los derechos como “cartas de triunfo” y derechos como “intereses”.<sup>20</sup> Sea como fuere, es importante destacar que no se trata de una distinción meramente académica o doctrinal, sino que refleja también la forma en la que los tribunales constitucionales deciden casos relacionados con derechos fundamentales, es decir, la forma en la que los tribunales, de hecho, *adjudican* derechos fundamentales en la práctica.

Como ha advertido la doctrina,<sup>21</sup> en la práctica jurisdiccional también es posible encontrar dos grandes aproximaciones a la estructura y alcance de los derechos de libertad. La primera de ellas se relaciona con la *tesis interna* de los derechos y consiste en definir tanto el *alcance* (*scope*) del derecho como sus *límites* (*limitations*) de manera *acotada* (*narrow*). Ésta es la postura que usualmente adopta la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual ha considerado que sólo determinados intereses relevantes relacionados con la autonomía o la libertad gozan de protección constitucional bajo la *Due Process Clause*. No obstante, una vez que un interés individual se considera suficientemente fundamental y amparado por dicha cláusula, los límites son igualmente estrechos: sólo intereses constitucionales verdaderamente importantes o imperiosos (*compelling interest*) justifican una limitación al derecho. Por ello, conforme a este modelo, para adjudicar derechos de libertad el tribunal suele limitarse a *interpretarlos* y señalar su contenido de

---

17 Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 6, p. 303.

18 Lopera, Gloria, *El principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 134-170.

19 Moller, Kai, *op. cit.*, nota 16, p. 1.

20 Klatt, Matthias y Moritz, Meister, *op. cit.*, nota 9, pp. 15-44.

21 Kumm, Mattias, “Who’s afraid of the total constitution?”, en Menéndez, José y Oddvar Eriksen, Erik, *Arguing Fundamental Rights*, Países Bajos, Springer, 2006, pp. 117-119.

manera *categorica*.<sup>22</sup> Dicho modelo, además, conlleva a que medidas que podrían considerarse “proporcionales” sean no obstante declaradas inconstitucionales cuando no superen un “*compelling interests test*”.<sup>23</sup>

El segundo modelo, en cambio, consiste en interpretar tanto el alcance como las limitaciones de los derechos de libertad en forma opuesta, es decir, de manera expansiva (*expansive*). Este modelo se relaciona con la *tesis externa* de los derechos y es a la que normalmente recurre el Tribunal Constitucional Alemán. Dicho Tribunal ha considerado que la Ley Fundamental, al reconocer un *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, consagra un *derecho general de libertad* amplio que autoriza *prima facie* hacer o no hacer lo que se quiera —incluyendo, por ejemplo, el derecho a montar a caballo o alimentar palomas en parques públicos sin intervenciones injustificadas— de tal suerte que cualquier restricción estatal a tales acciones supondrá una intervención en el derecho fundamental.<sup>24</sup> Tal interpretación extensiva, sin embargo, se ve compensada por el hecho de que para el Tribunal Alemán los derechos pueden ser limitados por una cantidad igualmente amplia de razones. Según este modelo, el Estado puede válidamente restringir un derecho si sigue los procedimientos legales y si la medida no es *desproporcionada*. En otras palabras: cualquier restricción o límite a los derechos de libertad puede ser constitucional si cumple con el principio de legalidad y supera un *test de proporcionalidad*, es decir, siempre que persiga una finalidad constitucionalmente válida (no necesariamente imperiosa o importante) y sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Cabe apuntar que la adopción de uno u otro modelo no es meramente teórica, sino que puede tener implicaciones prácticas importantes.<sup>25</sup> Una de ellas es que, ahí donde se asume el modelo expansivo, *prácticamente cualquier* acción del Estado puede ser controvertida en sede constitucional, lo que obliga al Estado a tener que dar justificaciones racionales y adecuadas de cualquier medida que adopte. Conforme a este modelo, el Estado no puede escudarse en que la medida no interfiere en un derecho fundamental específico para no ofrecer razones que justifiquen la intervención. Al expandirse el contenido de los derechos e, incluso, reconocerse un derecho genérico de libertad —cuyo supuesto de hecho puede ser

22 Greene, Jamal, “Foreword: Rights as trumps?”, en *Harvard Law Review*, vol. 132, núm. 1, noviembre de 2018, p. 30.

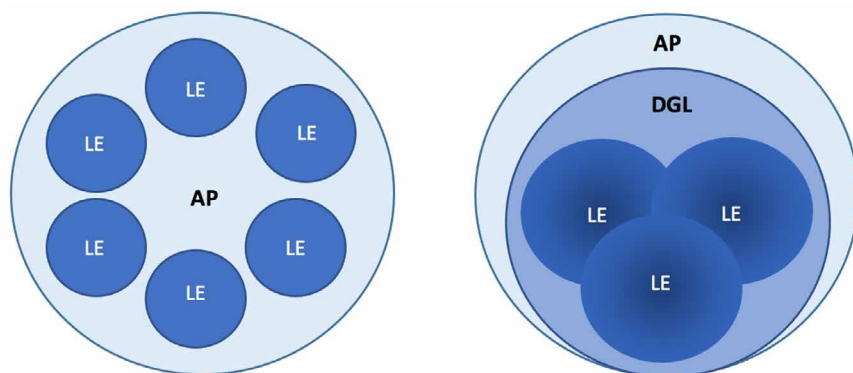
23 Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 22, p. 117.

24 Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, p. 4.

25 Sin mencionar que también pueden reflejar la opción por fundamentos filosóficos y políticos distintos. Para algunos autores, por ejemplo, mientras que la teoría interna privilegia a la comunidad y el concepto de libertad positiva, la teoría externa refleja una postura más liberal, pues reconoce la libertad negativa del individuo como base filosófica del Estado. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 472-473.

muy amplio— prácticamente *cualquier intromisión* en la libertad o autonomía de las personas exige que el Estado ofrezca una justificación adecuada (algunos autores denominan a este fenómeno como la “inflación de los derechos”).<sup>26</sup>

Ahora, ya sea que se adopte una u otra postura, detrás de los derechos de libertad parece existir una preocupación común: la protección de la *dignidad humana* y, en particular, de la *autonomía personal* (sobre esto abundaremos en el siguiente capítulo). Así, si tomamos como referente este último principio, cada uno de los modelos aquí mencionados podría representarse gráficamente de la siguiente forma:



En donde:

- **AP** = Autonomía personal
- **LE** = Derecho o libertad específica (libertad de expresión, de reunión, de creencias, etcétera)
- **DGL** = Derecho general de libertad (p. ej. derecho al libre desarrollo de la personalidad)

Como puede observarse, mientras que en el primer modelo sólo ciertas “parcelas” de la autonomía personal se encuentran protegidas jurídica o constitucionalmente, el segundo modelo ofrece una protección en principio más amplia, en tanto da cobertura *prima facie* a una mayor cantidad de acciones y decisiones personales. Además, a diferencia del primer modelo, en el segundo las libertades específicas, al ser expansivas y no acotadas, suelen entrar —y de hecho entran— en *colisión* con otros derechos y principios constitucionales, incluyendo el derecho general de libertad. Nótese sin embargo que también en el modelo expansi-

26 Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, p. 3.

vo es posible constatar la existencia de un *remanente* de autonomía *no tutelado jurídicamente*. Que dicho remanente exista o no depende en realidad del alcance que cada sistema constitucional le otorgue al derecho o los derechos de libertad. Sin embargo, como se argumentará más adelante, aun y cuando se trate de un derecho con un supuesto de hecho amplísimo, parecen existir razones que justifican *excluir a priori* de su contenido ciertas decisiones o acciones humanas que, aunque pudieran ser un reflejo del ejercicio de la autonomía personal, en ningún caso ameritarían protección constitucional (ni siquiera *prima facie*), como sería *torturar o esclavizar*.

#### 4. *La concepción de los derechos de libertad en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana*

A todo esto, ¿qué sucede en el caso de México? ¿Cómo se conciben los derechos de libertad en nuestro país? Como se explica más adelante, ni la Constitución mexicana ni los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país reconocen expresamente un derecho general de libertad. Hasta antes de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, el catálogo de derechos fundamentales (entonces llamados “garantías individuales”) se restringía a los expresa y textualmente previstos en el texto constitucional. Además, a diferencia de otras constituciones de la región, nuestra Constitución no establece una “cláusula de derechos no enunciados”.<sup>27</sup> No fue sino hasta 2011 que se otorgó rango constitucional expreso a los derechos contenidos en tratados internacionales. Todas estas circunstancias, aunadas a la cultura jurídica predominantemente autoritaria que prevaleció durante el régimen de partido único, favorecieron a que prácticamente durante todo el siglo XX nuestros tribunales interpretaran los derechos de libertad de manera más bien acotada y restringida.<sup>28</sup>

En la última década, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido adoptando una tendencia mucho más “liberal”. Muestra de ello es el reconocimiento que ha hecho de un *derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad* implícito en la Constitución, el cual —ha dicho— protege un “área

27 La Constitución mexicana, a diferencia de otras constituciones de la región, no contiene una disposición expresa sobre derechos fundamentales no enunciados. Sobre este tema véase Gros, Héctor, “Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.C) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 4, 2000, pp. 145-172, texto disponible en: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976069>».

28 Véase al respecto Niembro, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte: diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

residual de libertad” no protegida por otros derechos o libertades más específicas. Como se verá, si bien la Corte ha señalado que dicha libertad general no es ilimitada, también ha precisado que las restricciones a este derecho sólo serán válidas cuando estén orientadas a tutelar el orden público o derechos de terceros y, además, cumplan con las diversas gradas del *test de proporcionalidad*. De esta manera, la doctrina constitucional mexicana parece acercarse cada vez más a la *teoría externa* de los derechos de libertad y, consecuentemente, al “modelo global”, de inspiración e influencia alemanas.

Como también se mostrará, el reconocimiento de este derecho fundamental no es trivial. Gracias a ello, la Suprema Corte ha permitido enjuiciar en sede constitucional una gran cantidad de actos y normas del Estado que, de otro modo, habría sido difícil —e, incluso quizás imposible— ante la ausencia de un derecho fundamental expresamente reconocido en el texto de la Constitución que diera cobertura a los intereses concretamente afectados. Piénsese por ejemplo en aquellas medidas que limitaban el derecho a contraer matrimonio o disolverlo; las normas que prohibían consumir sustancias psicotrópicas, como la marihuana, o bien, a decidir sobre la continuación o no del embarazo, entre muchas otras.

Con todo, antes de pasar al estudio de este derecho, vale la pena detenernos un momento a analizar uno de los valores que se encuentra detrás de este derecho: el *principio de autonomía personal*.

### III. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las características distintivas de los Estados liberales modernos es, sin duda, su fuerte compromiso con el *principio de autonomía personal*.<sup>29</sup> Como enseñaba Norberto Bobbio, el surgimiento de los Estados liberales coincide con dos grandes sucesos históricos: la terminación de los Estados confesionales —y el correspondiente nacimiento de Estados *neutrales* frente a las creencias religiosas de sus ciudadanos y ciudadanas— y la finalización de los privilegios, los vínculos feudales y el surgimiento de la libre circulación de los bienes; los cuales coincidieron además con el nacimiento y desarrollo de la nueva sociedad burguesa,<sup>30</sup> la cual defendió una noción fuerte de la libertad individual y de la autonomía

---

29 Véase por todos, Nino, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, pp. 76-77.

30 Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 23.

personal (si bien, en principio sólo para algunas y algunos) y la culminación de los Estados absolutistas.<sup>31</sup>

¿Pero en qué consiste dicho principio? Para algunos autores, como Carlos Nino, el principio de autonomía supone en términos generales que:

[...] siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.<sup>32</sup>

Para Nino, el principio de autonomía presupone una *distinción* entre dos dimensiones o áreas de moral, a saber: la moral personal o “autorreferente” y la moral social o “intersubjetiva”. La moral autorreferente prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida basándose únicamente en los efectos que éstas tienen en el carácter moral del propio agente según ciertos “modelos de virtud”. La moral intersubjetiva, en cambio, prescribe o prohíbe ciertas acciones pero por los efectos que éstas tienen sobre bienes de otros individuos, *distintos* al agente. Así, si bien una misma conducta puede incidir en ambas dimensiones de la moral, el principio de autonomía estipula que una acción sólo puede ser interferida por el Estado o por otros individuos cuando afecte la moral interpersonal, pero nunca por su simple desviación o por la afectación a la moral autorreferente, es decir, por contravenir determinados modelos de virtud personal.<sup>33</sup>

Visto de esta manera, puede decirse que el principio de autonomía personal presupone un *doble juicio de valor*. Por un lado, se valora *positivamente* que los individuos elijan y materialicen autónomamente planes de vida, así como aquellos ideales de excelencia que forman parte de tales proyectos. En cambio, se valora *negativamente* cualquier interferencia del Estado y de terceros en el ejercicio de tal autonomía.

La postura o ideología opuesta al principio de autonomía es el *perfeccionismo* de Estado. Según las tesis perfeccionistas, el Estado no sólo está autorizado, sino que tiene la legítima misión de hacer que los individuos acepten y materialicen ideales de virtud personal. Por ello, quienes se adhieren a esta postura consideran que el Estado no debe permanecer neutral frente a concepciones de lo “bueno” y lo “malo”, sino que debe adoptar todas las medidas que sean

---

31 *Ibidem*, p. 15

32 Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires-Bogotá, Editorial Astrea, 2012, pp. 204-205.

33 *Ibidem*, p. 229.



necesarias para que las personas ajusten su vida a los “verdaderos” ideales de “virtud” y del “bien”.<sup>34</sup>

Con todo, es importante no confundir el perfeccionismo con el *paternalismo* estatal. A diferencia del perfeccionismo, el paternalismo no consiste en imponer ideales o planes de vida no elegidos libremente por las personas, sino en imponer “conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente”.<sup>35</sup> Así, un *paternalismo estatal no perfeccionista* sería aquel que está dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles. Una distinción similar es trazada por Macario Alemany, quien refiere que, si bien el paternalismo y el perfeccionismo coinciden en la *forma*, se distinguen por la *finalidad* de la intervención: mientras que el paternalismo se orienta a evitar daños y sólo daños de tipo físico, psíquico y económico, el perfeccionismo se orienta a beneficiar (al perfeccionamiento) y los beneficios son de tipo moral (el logro de virtudes morales).<sup>36</sup> Se trata de una distinción importante pues, como se verá más adelante, el principio de autonomía admite que algunas medidas de paternalismo estatal estén *justificadas*.<sup>37</sup>

Históricamente, se piensa que fue Kant quien por primera vez defendió el principio de autonomía como fundamento de la moralidad.<sup>38</sup> De acuerdo con Schneewind, hasta el siglo XVIII la moralidad en Occidente era entendida como un aspecto más de nuestra *obediencia* debida a Dios.<sup>39</sup> Kant habría refutado esta concepción al sostener que la moralidad no puede depender de la mera obediencia, sino de nuestra capacidad de legislar, a través de nuestra propia razón, una ley moral universalmente válida y de actuar conforme a ella. En otras palabras, para Kant la moral encuentra su fundamento, ni más ni menos, que en nuestra *capacidad de actuar como seres autónomos, libres de coacción interna o externa*. Para justificar esta tesis, Kant sostuvo que todas las personas contamos por igual con una “razón humana común” que nos permite conocer lo que es acorde con

---

34 *Ibidem*, pp. 413-420.

35 *Idem*.

36 Alemany, Macario, *El Paternalismo Jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, p. 385.

37 Para Nino, por ejemplo, algunos ejemplos de medidas paternalistas que podrían resultar compatibles con la autonomía personal son: la obligatoriedad de la educación primaria, las leyes laborales, la vacunación obligatoria y la obligatoriedad de usar cinturón de seguridad en automóviles (en fin, todas aquellas que “promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida”). Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 33, pp. 413-420.

38 Schneewind, J.B., *La invención de la autonomía: una historia de la filosofía moral moderna*, traducción de Jesús Héctor Ruiz Rivas, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 23.

39 *Idem*.

dicho deber y lo que no.<sup>40</sup> Según Kant, es precisamente nuestra capacidad de actuar conforme a la razón —y no otro tipo de afecciones o condicionamientos empíricos— lo que permite afirmar que somos seres libres y, por ende, sujetos a deberes.<sup>41</sup>

Desde entonces, el principio de autonomía ha desempeñado un papel fundamental en la construcción del liberalismo político y la idea misma de los derechos humanos. En el siglo XX, por ejemplo, John Rawls sostuvo que cualquier concepción razonable de una sociedad liberal y democrática exige considerar que *las personas son tan libres como iguales*.<sup>42</sup> Para Rawls, lo que hace que las personas seamos libres radica en que poseemos *poderes morales* (la capacidad de tener un sentido de justicia y de adoptar una concepción del bien), así como *poderes de la razón* (poderes de juicio, de pensamiento y de inferencia relacionada con estos poderes).<sup>43</sup> Y somos iguales precisamente porque asumimos que *todas las personas poseen estos poderes* en el grado mínimo necesario para ser miembros plenamente cooperadores de la sociedad.<sup>44</sup>

James Griffin, por su parte, sostenía que los derechos humanos no son otra cosa que protecciones de nuestra “agencia normativa”, la cual se integra por tres componentes esenciales: autonomía, libertad y bienestar o provisiones mínimas.<sup>45</sup> Cabe aclarar, sin embargo, que para este autor la libertad y la autonomía, aunque relacionadas, no son sinónimos y tienen enemigos distintos. Según Griffin, los enemigos de la autonomía serían el adoctrinamiento, el lavado de cerebro, la dominación, la manipulación, la inmadurez, etcétera. Los enemigos de la libertad serían, en cambio, la coerción, la restricción y el empobrecimiento de las opciones de vida.

---

40 *Ibidem*, pp. 576-581.

41 Para Kant, reconocer esta capacidad también permite explicar por qué todas las personas poseemos un valor y una dignidad especial. Según este autor, obligar a una persona a actuar en contra de su razón y de su ley moral implica desconocer su autonomía y, por tanto, su dignidad. Por tanto, reconocer la dignidad de las personas en términos kantianos no sería otra cosa que tratarlas como fines en sí mismas y nunca como instrumentos o medios para la satisfacción de los fines o deseos de otros. Por lo demás, Kant consideraba que el reconocimiento y la garantía de esta capacidad era una de las características del pensamiento y el Estado Ilustrado. En su texto *¿Qué es la Ilustración?*, afirmó que ésta no es otra cosa que la “liberación del hombre de [la auto]culpable incapacidad” de servirse de su propia inteligencia o razón, sin la guía de otro. Por ello, Kant sostenía que el lema de la Ilustración podía resumirse en la expresión *¡Sapere aude!* (¡atrévete a saber por ti mismo!).

42 Rawls, John, *Liberalismo político*, traducción de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

43 *Ibidem*, p. 42.

44 *Idem*.

45 Griffin, James, *On Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008.

De manera similar, Nino consideraba que toda concepción liberal de la sociedad se asienta en tres principios básicos: *autonomía personal*, *inviolabilidad de la persona* y *dignidad humana*.<sup>46</sup> Para Nino, una de las funciones del principio de autonomía es *identificar* —si bien dentro de ciertos márgenes de indeterminación— aquellos “bienes” sobre los que versan o dan contenido a los derechos humanos o fundamentales que actualmente conocemos. Según este autor, los derechos fundamentales tienen la función de “atrincherar” tales bienes contra medidas que persiguen el beneficio de otros, siempre que resulten indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que las personas pudieran proponerse. De esta manera, Nino sostenía que el bien más genérico protegido por el principio de autonomía sería *la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros*, de manera que otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad de circulación, a la libertad religiosa o a la educación) serían instrumentales o casos específicos de aquél. Con todo, Nino también sugería distinguir entre la “autonomía” y los “derechos”, ya que sólo los segundos pueden reclamarse frente a los demás.<sup>47</sup>

En fechas más recientes, Kai Möller ha ido más lejos y ha defendido la existencia de un “derecho general a la autonomía”, esto es: *un derecho fundamental a todo aquello que, desde la perspectiva del agente, constituya un interés para sí mismo*.<sup>48</sup> Möller considera que es posible justificar tal derecho si se asumen al menos dos cosas. Primero, que todos los derechos fundamentales —incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales— pueden ser reinterpretados (o reconstruirse) como garantías o protecciones a *intereses específicos* de la autonomía personal (para Möller, el punto u objetivo central de los derechos no es *inhabilitar* al gobierno por el mero hecho de limitarlo, sino permitir que las personas puedan vivir su vida de manera *autónoma*). Segundo, que todos los derechos funcionan como razones *prima facie* (no como derechos absolutos) y, por ende, pueden ser limitados si se cumple con el *principio de proporcionalidad*. Con ello, el autor nos invita a repensar los diseños constitucionales basados en “listados” de derechos y valorar la posibilidad de reconocer un (único) *derecho general a la autonomía*, que abarque todas sus posibles expresiones y evite así problemas de infrainclusión normativa.<sup>49</sup>

---

46 Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 33.

47 De acuerdo con Nino, si sólo contáramos con el principio de autonomía personal, los derechos no aparecerían en nuestro escenario moral, al no poder ser reclamada por un individuo frente a los demás. Nino se apoyaba para ello en la definición de derechos de Dworkin como “cartas de triunfo”. Nino, Carlos, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 28

48 Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, p. 73.

49 Con todo, Möller reconoce que, aun y cuando los diseños constitucionales reconocieran un derecho comprensivo a la autonomía, los listados de derechos seguirían siendo importantes,

Tal concepción de la autonomía personal, sin embargo, no ha estado exenta de críticas.<sup>50</sup> Boaventura de Sousa Santos, por ejemplo, ha destacado cómo en muchas ocasiones el principio de autonomía personal ha servido para manifestar y reforzar “las relaciones de poder dominantes en nuestras sociedades”.<sup>51</sup> De acuerdo con este autor, el reconocimiento a ultranza de este principio en las sociedades neoliberales se ha traducido en una especie de “apoliticismo normativo”. Se trata de un *apoliticismo* —sostiene Boaventura— en tanto que su poder consiste en promover una concepción del poder enormemente fragmentado, diseminado en “una red casi infinita de interacciones entre individuos que compiten en el mercado por recursos y recompensas escasos”; y es *normativo*, en tanto que se obliga a la gente a que sea autónoma, “solo para dejarla después en el mayor desamparo al ver sus fracasos como resultado de su dependencia o de su ineptitud en el ejercicio de la autonomía”. En definitiva, para Boaventura el principio de autonomía individual comporta “un compromiso personal con un mundo ya hecho e imposible de cambiar”, lo cual, sin embargo, más que una realidad, comporta realmente una “promesa-imposición” que resulta traicionera en un doble sentido: primero, porque ninguna persona depende sólo de sí misma más que para tareas elementales; y segundo, porque para ser una persona autónoma se requieren condiciones de autonomía, las cuales están repartidas de manera desigual en la sociedad. Y no sólo eso, sino que son además las personas que suelen estar *más presionadas* para ser autónomas quienes suelen estar privadas de las condiciones para serlo.<sup>52</sup>

Tales críticas al principio de autonomía resultan muy pertinentes para nuestros efectos, pues muestran que un entendimiento desmesurado de las libertades y de la autonomía no supone siempre y necesariamente algo valioso o positivo. Entender la libertad y la autonomía de manera desproporcionadamente amplia o ilimitada puede convertirse en un *arma de doble filo* y dejar en una situación de mayor desprotección a las personas, especialmente a aquellas que se encuentran en una o *más* situaciones de vulnerabilidad. Esto es así, entre otras razones, ya que un derecho a la libertad o a la autonomía demasiado amplio o robusto puede ocasionar que cualquier intervención del Estado en la libertad de las personas resulte inconstitucional, aun y cuando persiga fines colectivos o comunitarios valiosos.

---

entre otras razones, porque dan claridad sobre aspectos específicos de la autonomía que necesariamente tienen protección constitucional y porque permiten a la ciudadanía conocer con mayor facilidad el alcance de sus derechos. Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, pp. 87-90.

50 Véase, por ejemplo, Conly, Sarah, *Against Autonomy: Justifying coercive paternalism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2013.

51 De Sousa Santos, Boaventura, *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2014, pp. 17-18.

52 *Idem*.

Un caso que ilustra muy bien esta tensión es el caso *Lochner vs. New York* resuelto en 1905 por la Corte Suprema de Estados Unidos. El caso derivó de un recurso promovido por Joseph Lochner —dueño de una panadería—, quien cuestionó la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que limitaba la jornada laboral a 10 horas diarias y a 60 horas semanales para los panaderos, con la finalidad de salvaguardar su salud y su bienestar. Al fallar el asunto, la Suprema Corte estadounidense dio la razón al reclamante y declaró la inconstitucionalidad de la ley, al considerar que entrañaba una *interferencia irrazonable y arbitraria* al derecho general de las personas a contratar libremente su trabajo y, por tanto, contraria a la cláusula del *substantive due process*.<sup>53</sup>

Como refiere Verónica Undurraga, el caso *Lochner* muestra “lo problemático que puede ser conceder a los tribunales constitucionales un control sustantivo de constitucionalidad de este tipo”.<sup>54</sup> Por ello, si queremos controlar el riesgo de caer en este tipo de extremos es indispensable, como refiere esta autora, contar con una dogmática constitucional que “permita un equilibrio entre la protección de la autonomía personal y las exigencias de la vida comunitaria”.<sup>55</sup> En efecto, si bien no se niega que la autonomía personal es un valor importante, no lo es todo. En Estados plurales y democráticos como el nuestro, existen otros valores constitucionales de igual importancia —como la dignidad o la igualdad sustantiva— que también ameritan protección constitucional y que, en muchas ocasiones, justifican limitaciones a la autonomía y la libertad personal. El punto fino radica en encontrar el *justo balance* entre todos estos fines. Como se verá más adelante, una buena forma de lograrlo consiste en hacer un adecuado uso del *test de proporcionalidad*, sopesando de la manera más imparcial, completa y global posible, todos los intereses en juego.

En cualquier caso, debe reconocerse que el reconocimiento y protección jurídica de la autonomía personal es y seguirá siendo una preocupación importante para nuestras sociedades. Especialmente en las últimas décadas, los textos constitucionales y la jurisprudencia constitucional nacional y comparada han venido otorgando un papel más relevante a la autonomía personal, con lo que limitan cada vez más el espacio de intervención estatal en la vida de las personas. Esta lucha por la autonomía personal puede verse reflejada en diversos movimientos de reivindicación de derechos específicos (piénsese, por ejemplo, en la evolución que han tenido en los últimos años los derechos a la identidad sexual y de género,

---

53 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

54 Undurraga, Verónica, “Derecho a la autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad” en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 31-60.

55 Undurraga, Verónica, *op. cit.*, nota 54.

a la libertad reproductiva, a la autodeterminación informativa, entre otros). Con todo, uno de los sellos más característicos de esta tendencia es y ha sido, sin duda, el reconocimiento de un *derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad*. A esto dedicaremos el siguiente apartado.

#### IV. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL

Para ser verdaderamente autónomas, las personas requerimos libertad para *decidir* y libertad para *actuar*. En su clásico ensayo titulado *Two Concepts of Liberty*, Isaiah Berlin distinguió entre dos tipos de libertad: la *libertad positiva* y la *libertad negativa*. Para Berlin, la libertad negativa es la libertad de actuar sin interferencias de terceros.<sup>56</sup> La *libertad positiva*, en cambio, refleja el deseo del individuo de ser su propio “amo” o “maestro”. Conforme a esta última concepción, una persona se considerará “libre” en la medida que su vida y sus decisiones dependan de ella misma y no de fuerzas externas o ajenas.<sup>57</sup>

Hoy día la mayoría de las constituciones democráticas y los tratados internacionales contienen un listado de derechos que buscan preservar y garantizar un ámbito importante de libertad y autonomía. Existe además un consenso bastante generalizado en torno a que tanto los derechos o libertades clásicas (como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y religión o la libertad de asociación) son tan importantes y fundamentales como los derechos económicos sociales, culturales y ambientales (como el derecho a la salud, a la educación o al trabajo).

Con todo, como ya se adelantó, una de las principales expresiones jurídicas de la autonomía personal en la actualidad es el reconocimiento de un *derecho al libre desarrollo de la personalidad*. Aunque no ha sido reconocido expresamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sí ha sido incorporado en muchos textos constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo pasado, como es el caso de Alemania,<sup>58</sup> Colombia,<sup>59</sup> Ecuador,<sup>60</sup> España,<sup>61</sup> Perú<sup>62</sup> y Repú-

---

56 Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en Hardy, Henry (ed.), *Isaiah Berlin: Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 169.

57 *Ibidem*, p. 178.

58 Artículo 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

59 Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

60 Artículo 66 de la Constitución de la República de Ecuador.

61 Artículo 10 de la Constitución española.

62 Artículo 2 de la Constitución Política de Perú.

blica Dominicana,<sup>63</sup> entre otros. En otros países, como Chile<sup>64</sup> y México, dicho derecho ha sido reconocido implícitamente por los tribunales vía jurisprudencial.

En términos generales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ampara una gran cantidad de decisiones o acciones relacionadas con la autonomía personal (como alimentar palomas en parques públicos o montar a caballo), por lo que se considera que es un derecho altamente vago e indeterminado.<sup>65</sup> En algunas jurisdicciones, ha sido equiparado incluso a un *derecho general de libertad de acción* en tanto protege una libertad residual no tutelada por otros derechos más específicos. Ésta es la postura que ha sostenido, entre otros, el Tribunal Constitucional Alemán desde el caso *Elfes*.<sup>66</sup> De manera similar, al analizar el caso de Perú, César Landa refiere que:

[...] el derecho al libre desarrollo de la personalidad propone una cláusula general de libertad (o “libertad general de acción”) con la cual se reconoce al ser humano inicial y prioritariamente libre; y con lo que es el Estado quien tiene la carga de justificar sus intervenciones, a través no solo de la ley, sino también de los principios constitucionales, siempre con base en la defensa de otros derechos y/o bienes constitucionales.<sup>67</sup>

Cabe aclarar, sin embargo, que ésta no es la única forma de tutelar constitucionalmente intereses relacionados con la autonomía *distintos* a aquellos ya expresamente protegidos por otros derechos más específicos. Ante la falta de un derecho expreso a la autonomía o al libre desarrollo de la personalidad, algunos tribunales nacionales e internacionales han recurrido a una interpretación amplia de otros derechos fundamentales expresos. Tal es el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos,<sup>68</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>69</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes han venido haciendo una interpretación expansiva del derecho a la vida privada (*right to privacy*), a fin de incorporar en

---

63 Artículo 43 de la Constitución de República Dominicana.

64 Undurraga, Verónica, *op. cit.*, nota 54.

65 *Idem*.

66 Sentencia BVerfGE 6, 32.

67 Landa Arroyo, César, *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*, Perú, Palestra Editores, 2021 (Edición Kindle).

68 Véase, por ejemplo, el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia estadounidense la llamada “decisional privacy”. Lindgren, Yvonne F., “Personal Autonomy: Towards a New Taxonomy for Privacy Law”, en *Woman’s Rights Law Reporter (2009-2010)*, 2 de agosto de 2010, disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=2499734>».

69 Véase European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence*, actualizada el 31 de agosto de 2021, p. 60. Disponible en: «[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf)».

este derecho diversos intereses relacionados con la autonomía. La Corte Interamericana, por ejemplo, ha sostenido que:

[...] la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.<sup>70</sup>

Podría discutirse cuál es la vía argumentativa más adecuada para proteger jurídicamente intereses relacionados con la autonomía: si reconocer un derecho al libre desarrollo de la personalidad de manera expresa o implícita, o interpretar en forma amplia derechos clásicos ya reconocidos, como el derecho a la vida privada. Al respecto, algunos autores han señalado que el reconocimiento expreso de un derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algunas ventajas prácticas y comunicativas. Undurraga, por ejemplo, considera que dicho concepto tiene la ventaja de reflejar, por un lado, “las condiciones de libertad que requiere el ejercicio de la autonomía” y, por otro, “la idea de que la capacidad para la autonomía es gradual e implica un proceso de autocreación y no una condición estática”, aunado a que “transmite la idea de que las personas tienen una identidad única y que es valioso crear las condiciones para que esta personalidad pueda desplegarse auténticamente”.<sup>71</sup> Sea como fuere, en el caso de México este debate terminológico parece haber quedado zanjado, pues la Corte ya ha reconocido la existencia de un derecho fundamental implícito en la Constitución al *libre desarrollo de la personalidad*.

## V. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DE LA DIGNIDAD A LA LIBERTAD

A diferencia de otros ordenamientos, la Constitución mexicana no reconoce expresamente un *derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad*. Aunque en 2008 se incluyó una referencia al “libre desarrollo de la personalidad”

---

70 *Caso I.V. vs. Bolivia*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 152.

71 Undurraga, Verónica, *op. cit.*, nota 54.



en el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución, ello se hizo únicamente con la finalidad de especificar que la *prisión preventiva* podrá ser dictada de oficio por los jueces penales, entre otros casos, tratándose de delitos que atenten contra dicho bien jurídico.<sup>72</sup> Sin embargo, ni en ese, ni en ningún otro precepto de la Constitución se reconoce expresamente un derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad *como tal*.<sup>73</sup> Pese a ello, desde el *amparo directo 6/2008* la Suprema Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental implícito en la Constitución, el cual se deriva de un derecho más general: el *derecho a la dignidad humana*.

Es interesante notar que el derecho a la dignidad humana tampoco se encuentra previsto expresamente en la Constitución. No obstante, la Suprema Corte ha considerado que es posible desprenderlo del último párrafo del artículo 1o. constitucional, el cual prohíbe toda discriminación por cualquier motivo que “atente contra la dignidad humana”. En efecto, a partir de una interpretación extensiva de dicho párrafo, la Corte ha considerado que nuestro orden constitucional “reconoce una superioridad de la dignidad humana, prohibiéndose cualquier conducta que la violente”, la cual, además de ser un derecho fundamental en sí, constituye la “base y condición” de todos los demás. En palabras de la Corte, la dignidad humana es:

[...] un derecho absolutamente fundamental para [el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. [D]e la dignidad humana, se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad. El derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana. [...] El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes. De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida [...] como la singularización, el distintivo de la persona.<sup>74</sup>

---

72 Dicho párrafo señala textualmente lo siguiente: “[e]l juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de [...] los delitos graves que determine la ley en contra [...] el libre desarrollo de la personalidad”.

73 Por derecho fundamental entiendo aquí “los derechos subjetivos que son atribuidos, reconocidos, instituidos, garantizados, etc. por normas fundamentales”. Véase Pino, Giorgio, *op. cit.*, nota 12. Además, dado que el texto de la Constitución mexicana no distingue entre derechos fundamentales (o constitucionales) y derechos humanos, en lo que sigue utilizaré indistintamente estos términos. Con todo, para una discusión sobre la pertinencia de distinguir entre estos términos véase Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 53-55.

74 *Cfr. Amparo directo civil 6/2008*, fallado el 6 de enero de 2019.

Como se observa, para la Corte mexicana la dignidad humana no sólo es un derecho fundamental implícito en la Constitución,<sup>75</sup> sino que además funciona como una especie de “fuente” a partir de la cual es posible derivar otros derechos fundamentales que no están expresamente enunciados en el texto constitucional (como es precisamente el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad).

Tal forma de interpretar el derecho a la dignidad no es extraña en el derecho comparado.<sup>76</sup> Aharon Barak, por ejemplo, ha puesto de relieve cómo después de la Segunda Guerra Mundial diversas constituciones e instrumentos internacionales han incorporado expresamente la dignidad como “valor” o como “derecho fundamental”.<sup>77</sup> Además, ahí donde no ha sido reconocida expresamente, los tribunales suelen considerar que la dignidad humana se encuentra tutelada *implícitamente*, ya sea como valor o como derecho.<sup>78</sup>

El reconocimiento de la dignidad humana como “valor” o como “derecho fundamental” tiene consecuencias normativas y prácticas importantes. Como refiere Barak, cuando las constituciones reconocen la dignidad humana como un “valor constitucional”, ésta suele cumplir una función de *unidad normativa* de los derechos fundamentales, la cual suele expresarse de tres formas: a) como “base” o “fundamento” normativo del resto de los derechos constitucionales;<sup>79</sup> b) como un

75 La naturaleza jurídica de la dignidad humana como derecho fundamental ha sido reiterada por la Corte en diversos precedentes, los cuales han dado lugar a la tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, agosto 2016, Tomo II, p. 633, de rubro: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

76 Véase, por ejemplo, McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 19 núm. 4, 2008, pp. 655-724.

77 La Constitución española, por ejemplo, reconoce la dignidad humana como “valor”, pero no como derecho fundamental (artículo 10.1). Las constituciones de Alemania (artículo 1.1), Colombia (artículo 21) y Sudáfrica (artículo 10), entre otras, no sólo reconocen la dignidad como valor, sino como derecho fundamental. *Cfr.* Barak, Aharon, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, traducción de Daniel Kayros, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015 (Edición Kindle).

78 Tal es el caso de Estados Unidos de América y Canadá, cuyas cartas de derechos no hacen referencia a la dignidad humana, pero sus tribunales han reconocido implícitamente este principio. En ese sentido, por ejemplo, en el caso *Obergefell v. Hodges*, un caso reciente que versaba sobre el derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio, la Corte Suprema concluyó diciendo lo siguiente: “Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right”. Sobre el reconocimiento implícito de este principio en Estados Unidos y Canadá, véase también McCrudden, Christopher, *op. cit.*, nota 77, pp. 684-685.

79 Éste es el enfoque que adopta, por ejemplo, el *preámbulo* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con todo, no es una cuestión pacífica. En fechas recientes se han formulado

principio interpretativo para determinar el contenido y alcance (*scope*) de todos los derechos constitucionales (incluyendo el mismo derecho a la dignidad);<sup>80</sup> y c) como criterio para evaluar la *proporcionalidad* de la restricción a un derecho fundamental.<sup>81</sup> En estos casos, sin embargo, la dignidad humana se limita a cumplir una función eminentemente *interpretativa* de la Constitución y los derechos, pero no es suficiente por sí misma para invalidar una norma o un acto.

En cambio, cuando las constituciones reconocen además un *derecho fundamental a la dignidad humana* como tal, éste —al igual que otros derechos— puede ser utilizado como parámetro de control constitucional de actos y leyes estatales. Además, una característica interesante del derecho a la dignidad humana es que usualmente funciona como un derecho “marco” (*framework right*) o “madre” (*mother-right*). De acuerdo con Barak, los derechos “madre” se caracterizan por poseer un alto grado de *generalidad* y estar *abiertos* a un amplio espectro de casos de aplicación.<sup>82</sup> Así, gracias a su formulación “vaga”, estos derechos suelen servir como plataforma o techo común de otros derechos más específicos (*daughter-rights*), los cuales pueden ser derivados mediante *actos de interpretación*.<sup>83</sup>

---

diversas críticas que cuestionan que la dignidad sea realmente el fundamento de los derechos. Para un debate al respecto, véase Cruft, Rowan *et al.*, “The Philosophical Foundations of Human Rights: An Overview”, en Cruft, Rowan, *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015, pp. 1-41.

- 80 Como apunta Barak, en ocasiones puede suceder que el contenido de la dignidad humana como “valor” y como “derecho” no sea exactamente coincidente. Así sucede en Alemania, por ejemplo, en donde el derecho a la dignidad es *absoluto* (es decir, no admite ningún tipo de restricción o intervención), lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a darle un significado más restringido que en su acepción como valor. Para el Tribunal el derecho a la dignidad sólo cubriría “situaciones extremas” en las que se violan los tabúes de la existencia humana, como la prohibición de la tortura. *Cfr.* Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 78, p. 146.
- 81 En esa línea, McCrudden refiere que una de las *funciones institucionales* del principio de dignidad es proveer de un lenguaje que permita a las cortes indicar el peso otorgado a los derechos y otros valores cuando éstos entran en conflicto. *Cfr.* McCrudden, Christopher, *op. cit.*, nota 77, p. 716.
- 82 Para Barak los derechos constitucionales pueden ser diseñados como principios (como la propiedad, la libertad o la privacidad) o como reglas (como el derecho a votar o a entrar al país). En ese sentido, los derechos “marco” serían aquellos que están formulados como *principios* y no como *reglas*. Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 78, p. 156.
- 83 Así, por ejemplo, en Estados Unidos el derecho a la libertad (*right to liberty*) sería un derecho marco, del cual se deriva el derecho a la privacidad (*right to privacy*), y del cual, a su vez, es posible derivar —en un grado mucho menor de generalidad o abstracción— el derecho a abortar (*right to an abortion*). *Ibidem*, p. 157. Sobre el origen y evolución del *right to privacy* en la jurisprudencia estadounidense, véase Nieves, María, “The Right to Privacy: La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 85, septiembre-diciembre de 2012, pp. 195-240, disponible en: <<https://doi.org/10.5944/rdp.85.2012.10723>>.

La jurisprudencia mexicana parece insertarse en esa tendencia internacional. Como se dijo, la Suprema Corte no sólo reconoce la dignidad humana como un valor constitucional, sino también como un derecho fundamental a partir del cual es posible *derivar* otros derechos implícitos. La pregunta que ahora podría surgir es: ¿y cómo es posible derivar un derecho fundamental del derecho a la dignidad humana? En particular, ¿realmente es posible (se justifica) derivar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del derecho a la dignidad humana? Para responder estas preguntas conviene precisar en qué consisten los *derechos fundamentales implícitos*.

De acuerdo con Giorgio Pino, en la práctica constitucional es posible derivar derechos fundamentales no expresos (es decir, implícitos) de diversas formas: desde lo alto, por derivación o desde lo bajo. Se dice que un derecho implícito se construye “desde lo alto”, cuando de un derecho genérico *se deriva* uno más específico. En estos casos, la razón que justifica el reconocimiento del derecho más específico o implícito radica en que éste “puede ser considerado el modo mejor de satisfacer, en ciertos tipos de circunstancias, otro derecho fundamental (explícito o implícito) más genérico” (por ejemplo, frente a ciertas tipologías específicas de agresión del derecho más genérico o en ciertas modalidades de ejercicio). Lo anterior, de manera que “si no fuera reconocido también el derecho específico, el derecho fundamental más genérico resultaría seriamente comprometido: sería ineficaz, vaciado de contenido”.<sup>84</sup>

Ésta parece ser la relación entre el derecho a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia mexicana. Si bien no es posible ofrecer en estas líneas una definición acabada de “dignidad humana”,<sup>85</sup> no parece difícil afirmar que uno de los aspectos centrales que comprende es precisamente la autonomía personal y, muy específicamente, la libertad de las personas de diseñar su plan de vida y desarrollarse plenamente, sin intervenciones del Estado o de terceros. Como refieren algunos autores, “cualquier concepción atractiva de la dignidad humana debe otorgar un lugar destacado a la libertad personal: una vida digna normalmente requiere de libertad personal”.<sup>86</sup> Ésta es, de hecho, la postura que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la que:

---

84 Pino, Giorgio, *op. cit.*, nota 12.

85 Para un debate sobre este tema, véase Atienza, Manuel, *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022; Barak, Aharon, *op. Cit.*, nota 58; Chueca, Ricardo (dir.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; McCrudden, Christopher, *op. Cit.*, nota 77; Waldron, Jeremy, *Democratizar la Dignidad: Estudios sobre Dignidad Humana y Derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2019.

86 Cfr. Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, p. 41. De manera similar, Aharon Barak sostiene que la dignidad de una persona es su “libre voluntad”, la “libertad de moldear su vida y de realizarse”. Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 58, p. 144.

[...] un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención.<sup>87</sup>

Pues bien, si aceptamos que un aspecto importante de la dignidad humana es la autonomía personal y que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una de las expresiones jurídicas más acabadas de dicho principio, entonces la decisión de la Suprema Corte parece estar justificada: el libre desarrollo de la personalidad es, en efecto, un derecho necesariamente *implícito* en el derecho a la dignidad humana. Este camino argumentativo puede observarse con más claridad en las sentencias que siguieron al amparo directo 6/2008. En la contradicción de tesis 73/2014, por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte —sin abandonar el fundamento de la dignidad humana— señaló que “el libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de ‘autonomía de la persona’”. Con ello, queda claro que para la Suprema Corte el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene un fundamento constitucional aún más específico que la dignidad humana: el principio liberal de autonomía personal.

## VI. LOS TITULARES DEL DERECHO

En diversos precedentes la Suprema Corte ha precisado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho del cual gozan únicamente las *personas físicas*. En los amparos en revisión 889/2015, 834/2014, 612/2014, 687/2015, 876/2015, 146/2016, 636/2015, 845/2015, 441/2015, 547/2014, 343/2015, por ejemplo, la Segunda Sala explicó que, al ser un derecho derivado de la dignidad humana, las personas jurídicas o morales no pueden ser titulares de este derecho. Dicho criterio se puede ver con claridad en la tesis jurisprudencial 2ª./J. 73/2017 que dice lo siguiente:

Si bien el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas, lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que

---

87 *Caso I.V. Vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 150.

derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal.

Al margen de esta última precisión, la Suprema Corte ha sostenido que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho universal del que son titulares todas las personas físicas, *incluyendo las niñas, los niños y los adolescentes*. En esa línea, al resolver el amparo en revisión 800/2017, fallado el 29 de noviembre de 2017, la Corte enfatizó que “la minoría de edad no puede pretextarse para que a los niños y adolescentes les sean negados sus derechos humanos”, incluyendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino únicamente y en todo caso, a que el ejercicio del derecho humano en cuestión corresponda “a su trayectoria vital”.

Esto último ha sido explicado en otros asuntos bajo el concepto de *autonomía progresiva*. En ese sentido, en la tesis 1a. VII/2019, derivada del amparo en revisión 1049/2017, la Primera Sala explicó que:

[...] los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen a los menores como sujetos de derechos y partícipes activos en la toma de las decisiones que les conciernen. Así, los menores de edad ejercen sus derechos de manera progresiva en la medida en que van desarrollando un mayor nivel de autonomía. A esto se ha denominado “evolución de la autonomía de los menores”. De acuerdo con lo anterior, en la medida en que se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Esto quiere decir que alcanzado cierto grado de madurez, el niño o la niña, puede decidir qué decisiones tomar con base en ésta [...].

Otro caso que muestra claramente esta concepción diferenciada en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en función de la edad y el grado de madurez, es la acción de inconstitucionalidad 22/2016, resuelta por el Pleno el 26 de marzo de 2019, sobre matrimonio infantil. En dicho asunto, el Pleno de la Corte determinó que “establecer un límite mínimo para contraer matrimonio, sin posibilidad de dispensa alguna, no limita definitivamente” dicho derecho, por lo que no es inconstitucional. De acuerdo con el Pleno:

[...] con la eliminación de la figura de la dispensa para contraer matrimonio no se restringe el libre desarrollo de la personalidad de las y los menores, sino que por el contrario, se contribuye a garantizar con mayor seguridad ese derecho. [L] a fijación de un límite mínimo de edad para ejercer el derecho a contraer matrimonio, sin la posibilidad de dispensa alguna, no limita definitivamente el derecho que tienen las personas a contraer matrimonio, ni a la libertad que tienen para decidir formar una familia, ni al derecho que tienen los menores a ser escuchados, sino únicamente constituye una *protección temporal* para que niñas, niños y adolescentes puedan disfrutar, en esa etapa de sus vidas, de los derechos propios de la niñez y de la adolescencia, y tengan oportunidad de desarrollarse plenamente y prepararse para que, una vez alcanzada la mayoría de edad, puedan hacer frente a las cargas que conlleva contraer matrimonio y correlativamente disfrutar de los beneficios correspondientes. [Cursivas añadidas].

En suma, la Suprema Corte ha sostenido que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un derecho del cual gozan todas las *personas físicas*, incluyendo niñas, niños y adolescentes, pero que se ejerce de manera *progresiva*, es decir, de acuerdo con el nivel de madurez y autonomía de cada persona.

## VII. EL CONTENIDO DEL DERECHO

### 1. *De la especificación de conductas a la libertad residual*

Desde el amparo directo 6/2008 —primer asunto en el que se reconoció este derecho— la Suprema Corte dotó de un amplio contenido al libre desarrollo de la personalidad al señalar que éste representa “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”. Dicho derecho comprende —dijo— “la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual”, entre otras. Para la Corte, todos estos aspectos son parte de la manera en que “el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir de forma autónoma”.

En dicho asunto, la Corte debía determinar si el artículo 138 del Código Civil de la Ciudad de México era inconstitucional, al establecer que la reasignación sexogenérica del acta de nacimiento de una persona debía necesariamente quedar asentada en el Registro Civil y en el acta, mediante una “anotación marginal”. Para ello, lo primero que debía determinar era si la *reasignación sexual* era una conducta amparada constitucionalmente. La Corte concluyó que la respuesta era afirmativa, ya que el derecho al libre desarrollo de la personalidad necesariamente implica “el reconocimiento al derecho a la identidad sexual y a la identidad de género”, pues es precisamente a partir de éstos que “el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de sociedad”. En palabras de la Corte:

[...] la “reasignación sexual” que decida una persona, que puede comprender o no una cirugía para ese fin, con el objeto de adecuar su estado psicosocial a su físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, innegablemente constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales.

Esta interpretación del contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad fue reiterada en casos posteriores. En la contradicción de tesis 73/2014 —en la que se analizó la constitucionalidad del régimen de divorcio ne-

cesario basado en la acreditación de causales— la Suprema Corte recordó que en el amparo directo 6/2008 se había concluido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio *o no hacerlo*. A partir de lo anterior, la Corte concluyó que:

[...] es válido suponer que la decisión de un cónyuge de no permanecer casado, con independencia de los motivos que tenga para ello, también forma parte de un plan de vida elegido de manera autónoma, el cual no debe ser obstaculizado por el Estado ni por un tercero, como ocurre cuando el otro cónyuge se niega a otorgar el divorcio, lo que significa que esa decisión también está amparada al menos *prima facie* por este derecho.

Con todo, en la actualidad el *leading case* sobre el contenido y alcance de este derecho puede encontrarse en la sentencia recaída al amparo en revisión 237/2014, el cual fue fallado por la Primera Sala el 4 de noviembre de 2015. En dicho asunto, la Primera Sala tuvo que determinar si la *prohibición administrativa absoluta al consumo lúdico de marihuana* era compatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al analizar el contenido de este derecho en ese caso, la Sala *reiteró* lo dicho en los precedentes, pero hizo también algunas *explicaciones y precisiones adicionales* importantes.

En primer lugar, la Sala explicó que la Constitución mexicana otorga una “amplia protección” a la autonomía de las personas “al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen”. En ese sentido, haciendo eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, la Suprema Corte señaló que la función del derecho al libre desarrollo de la personalidad es brindar protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por otras libertades públicas.

La Corte también explicó que los derechos fundamentales normalmente protegen la libertad en ciertos “espacios vitales” que —de acuerdo con la experiencia histórica— son más susceptibles de ser afectados por el poder público. Sin embargo, señaló que cuando un determinado “espacio vital” es intervenido por una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, “las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Así, señaló que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico”.<sup>88</sup>

---

88 Además, retomando la sentencia del *caso Eppler* del Tribunal constitucional alemán, explicó que la libertad “indefinida” que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad busca “complementar” las otras libertades más específicas, por lo que resulta “especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad”.



En segundo término, la Corte explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión *externa* y una *interna*. Desde el punto de vista “externo”, el derecho al libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una “libertad de acción” genérica que permite *realizar cualquier actividad* que el individuo considere necesaria para el *desarrollo de su personalidad*; en tanto que, desde un punto de vista “interno”, dicho derecho protege una “esfera de privacidad” en contra de incursiones externas que pueden *limitar la capacidad de las personas de tomar decisiones*, a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.<sup>89</sup>

Finalmente, al analizar el caso concreto, la Primera Sala concluyó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tutela también, *prima facie*, que las personas mayores de edad *decidan* sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las “acciones” o “actividades” necesarias para poder materializar esa elección, lo cual —señaló— incluye la posibilidad de decidir y llevar a cabo las acciones necesarias para *consumir marihuana con fines lúdicos*. En palabras de la Corte:

[...] la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen “el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales”. Así, al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de ésta.

## 2. *Evolución de la doctrina constitucional*

Con posterioridad al amparo en revisión 237/2014, la Suprema Corte ha tenido oportunidad de analizar una gran cantidad de casos a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a partir de los cuales ha concluido que dicho

---

89 No obstante, la Corte también explicó que en muchas ocasiones será difícil adscribir el ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones, pues “las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas”. En todo caso, para la Corte se trata de una “cuestión de énfasis”: aunque habrá situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía se aprecie en la “acción” realizada, habrá otras en las que el ejercicio de la autonomía se observe más claramente en la “decisión adoptada” por la persona.

derecho fundamental ampara, entre otras acciones y decisiones relacionadas con la autonomía personal, las siguientes:

- a) El derecho de las personas homosexuales a contraer matrimonio y a vivir en concubinato en condiciones de igualdad;<sup>90</sup>
- b) El derecho de todas las personas a vivir en concubinato, sin impedimentos por razón de enfermedad incurable y contagiosa, como VIH;<sup>91</sup>
- c) El derecho a participar en procedimientos de gestación subrogada y técnicas de reproducción asistida;<sup>92</sup>
- d) El derecho a gozar del usufructo de bienes derivado de un convenio de divorcio, sin que ello esté condicionado a que la persona se mantenga soltera, no reciba visitas de otras personas o ejerza sus derechos sobre el bien en cuestión exclusivamente con las hijas y los hijos;<sup>93</sup>
- e) El derecho al pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, a celebrar acuerdos o convenios civiles;<sup>94</sup>
- f) El derecho a solicitar el divorcio incausado en cualquier tiempo, sin condiciones por temporalidad;<sup>95</sup>
- g) El derecho a disponer libremente de los bienes de los que se es titular tanto en vida como después de la muerte, a través de la figura del testamento;<sup>96</sup>
- h) El derecho de las y los cónyuges, así como de las concubinas y los concubinos, a decidir libremente el régimen patrimonial de los bienes en el matrimonio o concubinato, sin que su voluntad sea suplida por el Estado;<sup>97</sup>
- i) El derecho a solicitar la reasignación sexo-genérica del acta de nacimiento a través de la vía administrativa;<sup>98</sup>
- j) El derecho a portar tatuajes;<sup>99</sup>

---

90 Véanse las acciones de inconstitucionalidad 29/2018, 2/2010, 29/2016, 32/2016 y 28/2015, así como los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 1127/2015.

91 *Cfr.* Amparo directo en revisión 670/2021.

92 *Cfr.* Acción de inconstitucionalidad 16/2016 y amparo en revisión 553/2018.

93 *Cfr.* Amparo directo 9/2021.

94 *Cfr.* Amparo directo en revisión 1911/2020.

95 *Cfr.* Amparos directos 1439/2016 y 32/2017 y acción de inconstitucionalidad 113/2018.

96 *Cfr.* Amparo directo en revisión 2547/2020.

97 *Cfr.* Amparos directos en revisión 4116/2015 y 7290/2018.

98 *Cfr.* Contradicción de tesis 346/2019.

99 *Cfr.* Amparo directo en revisión 4865/2018.

- k) El derecho a no ser objeto de sanciones económicas derivado de actos de infidelidad matrimonial;<sup>100</sup>
- l) El derecho a dar por terminado el concubinato sin necesidad de declaración judicial previa.<sup>101</sup>
- m) El derecho de las personas farmacodependientes a no ser criminalizadas por consumir narcóticos.<sup>102</sup>

Como puede observarse, el reconocimiento del *derecho al libre desarrollo de la personalidad* —desde el amparo directo 6/2008 y sus desarrollos posteriores— ha permitido *constitucionalizar* una gran cantidad de decisiones y acciones humanas, que no están expresamente protegidas por otros derechos humanos más específicos. Con todo, es importante aclarar desde ahora que en todos estos casos la Suprema Corte también ha precisado que no se trata de derechos *absolutos*, sino que pueden ser válidamente restringidos o limitados por el Estado, siempre y cuando las medidas adoptadas cumplan con el *test de proporcionalidad*. Sobre esto abundaremos en el último apartado de este capítulo.

### 3. *El derecho al aborto como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad*

Un aspecto importante que ha sido recientemente incorporado por la Suprema Corte dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad es el derecho de las mujeres y las personas gestantes a *decidir sobre la interrupción del embarazo* (es decir, el *derecho al aborto*). Una de las primeras aproximaciones tuvo lugar en el amparo en revisión 1388/2015, fallado el 15 de mayo de 2019, en donde la Primera Sala determinó que haber negado a una mujer la posibilidad de interrumpir el embarazo, por razones de salud, el Estado violó su derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre muchos otros derechos. Si bien el tema central de ese asunto era la violación al derecho a la salud, la Primera Sala sostuvo que entre el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad y el concepto de “proyecto de vida” existe una íntima relación, que conlleva a reconocer el derecho de la mujer y las personas gestantes a decidir sobre la interrupción del embarazo, cuando existen riesgos para su salud. En palabras de la Corte:

El vínculo entre los derechos a la libertad, la *autonomía* y el *libre desarrollo de la personalidad* y el derecho a la salud se concreta [...] en los derechos a tomar decisiones sobre la propia salud y sobre el propio cuerpo [...] Esto significa que cuando la continuación

---

100 *Cfr.* Amparo directo en revisión 183/2017.

101 *Cfr.* Amparo directo en revisión 3319/2016.

102 *Cfr.* Amparo directo en revisión 4725/2018.

del embarazo afecta la salud de la mujer, en su dimensión física, mental o social, la posibilidad de optar por su terminación es un ejercicio de sus derechos a la libertad, la *autonomía* y el *libre desarrollo de la personalidad* [...]. El concepto de proyecto de vida demuestra la importancia de las expectativas que cada persona tiene para su vida de acuerdo a sus condiciones y su contexto, y tiene como fundamento la autodeterminación de cómo cada una quiere vivir su vida. El proyecto de vida se puede afectar con la continuación de un embarazo que representa riesgo para la salud al perjudicar efectivamente la salud o la vida o, simplemente, por resultar incompatible con dicho proyecto. Por tanto, negar el acceso a la interrupción de embarazo cuando existe riesgo para la salud de las mujeres, además de los diferentes tipos de daño que puede causar, trastoca sus expectativas sobre su bienestar futuro. Además, las distorsiones del proyecto de vida individual también condicionan afectaciones a la salud de las mujeres. [Cursivas añadidas].

Con base en lo anterior, la Primera Sala concluyó que “el aborto motivado por riesgos a la salud, y su adecuada y oportuna prestación” integran el ámbito normativo del derecho a la salud, así como “de los derechos a estar libre de discriminación, a gozar de una vida digna, a la libertad —en su vertiente de autonomía y libre desarrollo de la personalidad— y a estar libre de injerencias arbitrarias en la vida privada”.

Posteriormente, al resolver la acción de inconstitucionalidad 148/2017 el 7 de septiembre de 2021, el Pleno de la Suprema Corte dio un paso hacia delante, pues reconoció que las mujeres y las personas gestantes no sólo tienen un derecho a abortar por motivos de salud, sino también en *un periodo cercano al inicio de la gestación*, cuando ello derive del ejercicio de su derecho a decidir y optar autónomamente por un determinado proyecto de vida. En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte determinó que *criminalizar* el aborto de manera *absoluta* —es decir, sin que exista la posibilidad de interrumpir el embarazo de manera voluntaria en un periodo cercano a la concepción— constituye una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos relacionados con la libertad reproductiva.

En este último precedente —el cual ha sido considerado un fallo histórico, no sólo en México, sino en el mundo— la Corte refirió que el derecho de la mujer y las personas con capacidad de gestar a “decidir” es resultado de una *combinación* de diferentes derechos relacionados con la libertad de la persona de “autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones”, incluyendo el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Para la Corte:

La decisión de ser madre o no, una vez que ha ocurrido el momento de la concepción y conforme a la intrínseca dignidad de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, se debe presumir racional y deliberada, que considera a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad en términos de realización y responsabilidad individual. [...] La libertad reproductiva, en su vertiente específica del derecho a decidir, implica que no corresponde al Estado conocer o evaluar las razones para continuar o interrumpir

su embarazo ya que pertenecen a la esfera de intimidad de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, y que pueden ser de la más diversa índole, lo que comprende razones médicas (físicas y psicológicas), económicas, familiares, sociales, entre otras.

En suma, “el derecho a decidir funge como instrumento para ejercer el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía personal y la protección de la intimidad”, pues permite a la persona elegir “quién quiere ser”. De acuerdo con el Pleno, no debe perderse de vista “que en la maternidad subyace la noción de voluntad, de deseo de que la vida personal atraviese por tal faceta”. Por ello, dijo, no es posible anular el derecho a decidir con base en argumentos meramente *paternalistas* que apoyen “la idea de que las mujeres o las personas con capacidad de gestar necesitan ser ‘protegidas’ de tomar ciertas decisiones sobre su plan de vida, salud sexual y reproductiva”. Para el Pleno, una consideración de ese tipo llevaría a negar la condición de la mujer y las personas con capacidad de gestar “como seres racionales, individuales y autónomos, plenamente consciente de las decisiones que —conforme a su proyecto de vida— son las que consideran más convenientes”.<sup>103</sup>

#### 4. *¿Obligaciones positivas?*

En la mayoría de los casos a los que hemos hecho referencia hasta ahora el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha funcionado como una libertad o derecho *negativo*, es decir, como un *límite* a la intervención del Estado o de terceros en el ejercicio de acciones y decisiones incluidas en la autonomía personal. No obstante, existen también algunos precedentes en donde la Suprema Corte parece entender que dicho derecho también impone obligaciones *positivas* o *prestacionales*, es decir, obligaciones *de hacer* y no sólo de *no hacer*.

Esto último se puede observar en los amparos en revisión 100/2016, 1356/2015, 1372/2015 y 750/2015. Si bien dichos asuntos versaban sobre la violación al derecho a la educación derivado del establecimiento de cuotas para el acceso a educación superior, en un *obiter dictum* muy interesante la Primera Sala sostuvo que el acceso a la educación está íntimamente vinculado con el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En particular, la Corte sostuvo que “la posibilidad de elegir y materializar un plan de vida o un ideal de virtud personal, en nuestra sociedad, requiere la provisión de, por lo menos, un nivel básico de educación”. Para la Corte:

---

103 Cabe aclarar que en este caso la Corte tampoco sostuvo que el derecho a decidir sea absoluto, sino que debe ser armonizado con el legítimo interés del Estado de proteger la vida del *nasciturus* de manera progresiva. Sobre esto profundizaremos más adelante.

[...] la estrecha conexión que el derecho a la educación tiene con la generación de condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a la autonomía personal, condiciona el contenido de la educación [...] En efecto, el derecho a la educación sólo constituye un bien básico capaz de generar las condiciones necesarias para el ejercicio de la autonomía personal si satisface un contenido mínimo, a saber: la provisión de principios de racionalidad y del conocimiento científico disponible socialmente, la exposición a una pluralidad de planes de vida e ideales de excelencia humana (incluido el conocimiento, desde un punto de vista crítico, de distintos modelos de vida y de virtud personal, ideas religiosas, no religiosas y antirreligiosas, etc.), la discusión crítica de la moral social vigente, el fomento de los valores inherentes a una sociedad democrática como los derechos humanos, la tolerancia, la responsabilidad y la solidaridad, y la construcción de las capacidades requeridas para ser miembro activo de una sociedad democrática, como la de discusión racional sobre las cuestiones públicas.

Como se observa, la Primera Sala parece entender que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no sólo impone límites negativos al Estado, es decir, obligaciones de no hacer o de no intervención, sino que también posee una *dimensión positiva* que orienta o dota de contenido a otros derechos fundamentales (como el derecho a la educación), lo cual puede traducirse en obligaciones *positivas* o *de hacer* para el Estado (en este caso, la obligación de proporcionar una educación orientada a garantizar la autonomía de las personas con base en ciertos contenidos mínimos).

## VIII. LOS LÍMITES DEL DERECHO

### 1. *Límites internos y límites externos de los derechos*

De acuerdo con un sector de la doctrina, existen dos tipos de disposiciones constitucionales relacionadas con el límite y el alcance de los derechos. Las primeras se refieren a aquellas que determinan el *supuesto de hecho* del derecho a través de lo que se conoce como *cualificadores internos*.<sup>104</sup> Un ejemplo de este tipo de normas serían aquellas que establecen que ciertos derechos (como el derecho de reunión y de protesta) deben ejercerse forzosamente de manera “pacífica” o “sin armas”, entendiéndose, por tanto, que las manifestaciones violentas no están amparadas, ni siquiera *prima facie*, por el derecho. El segundo tipo, en cambio, se refiere a aquellas normas que establecen en qué casos el *supuesto de hecho* puede ser *limitado* válidamente a nivel infraconstitucional o de manera justificada, especialmente cuando el derecho colisiona con otro principio o fin constitucional.<sup>105</sup> Un ejemplo de este tipo de disposiciones son aquellas que establecen que ciertos

104 Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 15, p. 57.

105 *Idem*.

derechos pueden ser limitados siempre que las restricciones sean “necesarias” o “proporcionales” para garantizar ciertos fines importantes, como los derechos de terceros y/o el orden público. Así, en lo que sigue nos referiremos al primer tipo como los “límites internos” y al segundo como “límites externos” del derecho.

## 2. Los límites internos del derecho al libre desarrollo de la personalidad

### A. ¿Todo está *prima facie* protegido?

Como se explicó en apartados previos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho expresamente reconocido en la Constitución, sino que deriva de una *construcción jurisprudencial*.<sup>106</sup> Así, ha sido la Corte la que ha ido modelando jurisprudencialmente tanto sus límites internos como sus límites externos. En cuanto a sus alcances, la Suprema Corte ha dado a este derecho un alcance muy amplio pues *abarca prima facie* una gran cantidad de acciones y decisiones. Como se explicó, la Corte ha sostenido que el libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una “libertad residual” que ampara acciones y decisiones relacionadas con la autonomía personal que no están protegidas por otros derechos más específicos. En ese sentido, bajo una impresión inicial, pareciera que se trata de un derecho que abarca *prima facie* cualquier decisión o acción humana, por más trivial, inmoral o dañina que sea. Sin embargo, conviene preguntarse si realmente esto es así.

Como ha puesto de relieve Möller, en la actualidad es posible identificar dos grandes modelos que buscan determinar qué tipo de intereses relacionados con la autonomía personal *merecen* o *deberían merecer* protección constitucional, a saber: el modelo del “umbral” (*threshold*) y el modelo “comprehensivo” (*comprehensive*).<sup>107</sup> De acuerdo con el primer modelo, para que un interés alcance protección constitucional debe satisfacer cierto umbral de “importancia”, por ejemplo, que sea verdaderamente relevante para el desarrollo de la “personalidad”<sup>108</sup> o el “proyecto de vida” de una persona. Para el modelo comprehensivo, en cambio,

---

106 Como refiere Guastini, debe distinguirse entre “interpretación” en sentido estricto y “construcción jurídica”. La “interpretación” consiste en la atribución de significado a un texto, tomando en consideración sus significados posibles (normalmente conforme a las reglas del lenguaje). En cambio, la “construcción” implica asignar significados “nuevos” o “distintos” a los que previsiblemente se asignarían a un texto normativo (en otras palabras, la “elaboración de normas no expresadas”). Cfr. Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 49 y 305.

107 Möller, Kai, *op. cit.*, nota 16, pp. 74-77.

108 Éste es el enfoque que adoptan algunos autores como James Griffin, John Rawls o Carlos Niño. *Idem*.

basta con que un interés, por más *trivial* que sea, esté relacionado con la autonomía para que merezca protección constitucional.<sup>109</sup> Otros autores, como Robert Alexy, trazan una distinción similar entre *teorías amplias* y *teorías restringidas* del supuesto de hecho de los derechos fundamentales.<sup>110</sup> De acuerdo con Borowski, una diferencia fundamental entre ambas teorías radica en que, entre más restringida sea nuestra interpretación del supuesto de hecho de un derecho fundamental, menos colisiones entre derechos y otros principios habrá y, por ende, menos “res-tricciones” en sentido estricto.<sup>111</sup>

En el caso de México no es claro que la Suprema Corte opte por alguno de estos modelos. No obstante, algunos pasajes de sus sentencias revelan que, aunque ha adoptado un parámetro bastante amplio o flexible de intereses *prima facie* amparados por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (que incluso incluye actividades *recreativas* como fumar marihuana), no parece considerar que necesariamente *cualquier* decisión o acción está amparada por este derecho. En el ya mencionado amparo en revisión 237/2014, sobre el consumo lúdico de marihuana, la Corte explicó que:

[...] el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho cuyos contornos deben irse precisando jurisprudencialmente. En el derecho comparado, la forma en la que se ha llevado a cabo ese proceso de especificación consiste en preguntarse *a partir de casos concretos* si una determinada acción o decisión individual se encuentra protegida por este derecho [...]. Ahora bien, esta manera de precisar el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, consistente en reconocer en casos concretos que cierto tipo de conductas o decisiones se encuentran protegidas por el derecho, lo que a su vez se traduce en el reconocimiento de un derecho a realizar esas conductas o a tomar esas decisiones sin interferencias del Estado o de terceros, resulta congruente con la manera en la que esta Suprema Corte se ha aproximado a los problemas relacionados

109 Según Möller, un ejemplo del primer modelo puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mismo que no adopta una visión *comprehensiva* de la autonomía y la libertad, sino que normalmente requiere que el interés en cuestión entre dentro del concepto de “vida privada” (*private life*) del artículo 8 del Convenio Europeo (lo que revelaría que para este tribunal no necesariamente cualquier interés cabe dentro del contenido de este último precepto). En cambio, un ejemplo del modelo *comprehensivo* puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, mismo que ha renunciado a establecer cualquier tipo “umbral” para distinguir meros intereses de derechos fundamentales. Como refiere Möller, para el Tribunal alemán el derecho al libre desarrollo de la personalidad constituye una libertad de acción (*freedom of action*) que da cobertura a cualquier interés (como alimentar palomas en un parque o montar en el bosque). Para Möller el modelo *comprehensivo* es mejor que el modelo del umbral, entre otras razones, porque parece difícil establecer un umbral de importancia de manera *no arbitraria* y porque parece explicar de mejor manera el fenómeno de la “inflación” de los derechos en el modelo actual del constitucionalismo global. *Ibidem*, p. 74.

110 Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 6, pp. 270 y ss.

111 Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 5.



con el alcance del derecho en cuestión. [L]os precedentes citados muestran una línea jurisprudencial en la cual esta Suprema Corte ha reconocido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad *da cobertura en principio* a una gran variedad de acciones y decisiones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.

Como puede observarse, para la Corte el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho que debe irse precisando *jurisprudencialmente*, es decir, *caso por caso*.<sup>112</sup> En otras palabras, la Corte parece entender que en ningún caso es posible decidir *a priori* qué decisiones o acciones están amparadas *prima facie* por el derecho. Según la Corte, además, se trata de un derecho que da cobertura “en principio” a una gran variedad de acciones y decisiones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual, lo cual permite inferir que no necesariamente todas las conductas o decisiones de las personas están amparadas por este derecho constitucional.

Otro caso que parece indicar que para la Corte no cualquier reclamo relacionado con la restricción de acciones o decisiones individuales encuentra cobijo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el amparo en revisión 895/2019. En este caso, una persona sostuvo que el acceso a “benzodiazepinas”, bajo la condición de contar con receta médica, violaba su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Según el quejoso, si la Corte ya había reconocido el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos, con mayor razón debía reconocer el acceso a sustancias que no se consideran drogas totalmente prohibidas. La Corte, sin embargo, estimó que el precedente sobre marihuana era inaplicable y que el reclamo no encuadraba propiamente de los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que el quejoso (i) no solicitaba el consumo de una sustancia con fines lúdicos, sino en vinculación con un problema de salud específico (estrés y problemas para conciliar el sueño) y (ii) a diferencia del precedente, la sustancia se encuentra a disposición de las personas mediante un sistema de acceso controlado. Así, en lo que respecta específicamente al alcance del derecho la Corte refirió que:

[...] si el quejoso apuntala su deseo de acceso a sustancias de acceso condicionado desde una perspectiva de sufrir dos padecimientos específicos, es notable entonces que no se trata de una manifestación de su libertad personal en ninguno de los dos ámbitos, pues a través de su consumo no pretende ejercer su individualidad, su plan de vida personal

---

112 Con todo, también se entiende que cada decisión o acción que la Corte reconoce como amparada por el derecho va conformando una especie de “campo semántico”, el cual permite identificar qué tipo de reclamos podrían tener éxito ante los tribunales en casos futuros. Así, por ejemplo, después de la decisión de la Corte en el caso sobre consumo lúdico de marihuana, se entiende que en México es posible cuestionar la constitucionalidad de medidas que interfieran en actividades *recreativas* (como el consumo de otras sustancias distintas a la marihuana o la práctica de *hobbies*).

e íntimo, ni experimentar aleatoriamente con sustancias psicotrópicas que de alguna forma alteren su percepción de realidad.

Como se ve, la Corte parece entender que el acceso a ciertas sustancias con fines primordialmente médicos no constituye un aspecto vinculado o protegido *prima facie* por el libre desarrollo de la personalidad, sino en todo caso el derecho a la salud. Si bien se trata de una decisión que podría ser criticable por adoptar una visión de la autonomía personal muy acotada —que, incluso, entra en tensión con otros precedentes en donde expresamente se ha reconocido que entre el libre desarrollo de la personalidad y la salud existe una relación estrecha (como el amparo en revisión 1388/2015)— muestra que, para la Corte, no cualquier reclamo puede ser encuadrado como una violación al derecho al libre desarrollo de la autonomía.

Finalmente, otro precedente que parece ir en esa línea es el amparo directo en revisión 1590/2017. En este asunto, la Sala sostuvo que un artículo del Código Familiar de San Luis Potosí que establecía los requisitos del convenio que debe acompañar a la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento cuando el matrimonio se haya contraído bajo el régimen de sociedad conyugal no incidía *prima facie* en el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que “no establece ningún requisito que condicione la disolución del matrimonio”. En palabras de la Corte:

[...] mientras las normas que condicionan la disolución del matrimonio más allá de la simple manifestación de la persona de no desear permanecer casada indiscutiblemente inciden en el libre desarrollo de la personalidad, las normas que establecen algún tipo de requisito sobre la disolución del régimen patrimonial con el que se contrajo el matrimonio no generan ningún tipo de afectación en el derecho fundamental en cuestión, *por la sencilla razón de que no afectan la decisión de las personas de no permanecer casadas*. [Cursivas añadidas]

Como puede verse, la Corte entiende que no cualquier norma que suponga alguna limitación o condición al ejercicio a la libertad personal, tanto desde la perspectiva interna como externa, supone necesariamente una intervención *prima facie* al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para la Corte, dicho derecho parece exigir el cumplimiento de un determinado *umbral* de importancia o relevancia para la personalidad, la dignidad o el proyecto de vida de una persona. Con todo, dado que a la fecha no existe una definición clara sobre dicho umbral en la jurisprudencia, se trata de una cuestión que parece seguir abierta a *argumentación*.

## B. Decisiones o acciones que dañan a terceros

Una problemática relacionada con el contenido *prima facie* del derecho es la relativa a si el mismo incluye acciones “inmorales”, “malvadas” (*evil*) o “dañinas”

para terceros, por sí mismas, como matar o robar.<sup>113</sup> Como refiere Möller, hay dos posibles razones por las que el Estado podría querer prohibir acciones de este tipo: por su *falta de valor ético* o por su *inmoralidad*.<sup>114</sup> Según este autor, si nos tomamos en serio el principio de autonomía, el Estado no podría excluir del contenido *prima facie* del derecho a la autonomía determinadas acciones *por su mera falta de valor ético*, en tanto que no tiene autorizado imponer “modelos de virtud” humana. En otras palabras, conforme al principio de autonomía no sería viable excluir del contenido *prima facie* del derecho ciertas acciones o decisiones por la sola razón de que nos parezcan dañinas o inmorales, incluso para terceros. En todo caso, para verificar si se justifica una prohibición o restricción es necesario pasar a una *segunda fase* de análisis, en donde los derechos de terceros y el interés público sean tomados en consideración y ponderados con el derecho a la autonomía, a partir de un *test de proporcionalidad*.

En el caso de México esta pregunta parece seguir abierta. Ya se ha dicho que la Corte mexicana parece decantarse por un modelo *casuístico* en el que no necesariamente todas las decisiones y acciones de las personas están protegidas *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, es probable que para la Corte las decisiones inmorales o malvadas *per se* (como matar, robar o dañar a los demás en general) no ameriten ningún tipo de protección constitucional (es decir, queden excluidas del contenido *prima facie* del derecho) por no considerarse suficientemente relevantes o importantes para la autonomía.<sup>115</sup>

Sea como fuere, al menos desde el punto de vista normativo parecen existir *buenas razones* para concluir que ciertas decisiones o conductas inmorales o dañinas deben quedar excluidas *a priori* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la *tortura* o la *esclavitud*. En México,

---

113 Véase por ejemplo Barak, Aharon, *op. cit.*, nota 15, pp. 66-69. Para este autor, el derecho a la autonomía privada abarcaría incluso el derecho a “robar”, en tanto no existe una prohibición constitucional expresa para ello. Cuestión distinta es si la prohibición de este tipo de acciones, a nivel de legislación penal infraconstitucional, es legítima y proporcional.

114 Möller se apoya en la distinción trazada por Ronald Dworkin entre “ética” y “moral”. De acuerdo con Dworkin, nuestras convicciones éticas definen lo que deberíamos considerar como una “vida buena” para nosotros mismos. En cambio, nuestros principios morales definen nuestras obligaciones y responsabilidades hacia los demás. Conforme a esta distinción, al principio de autonomía sólo le interesaría el ámbito de la “ética”, pero no el de la “moral”. *Cfr.* Kai Möller, *op. cit.*, nota 16, p. 78. Para la distinción de Ronald Dworkin, véase de este autor *Is democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, Oxford, Princeton University Press, 2006, p. 21.

115 Incluso, conforme a ciertas concepciones de la autonomía tales conductas podrían considerarse necesariamente *excluidas*. Joseph Raz, por ejemplo, sostiene que la autonomía sólo exige que las personas tengan “opciones adecuadas” y “moralmente aceptables”. *Cfr.* Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, pp. 378-381.

al igual que en otros países, parece haber cierto consenso en que la prohibición de estas conductas es *absoluta*. Si se acepta esta afirmación, no parece tener ningún sentido sostener —se insiste, al menos no en términos normativos— que alguien tiene un derecho *prima facie* a torturar o esclavizar, que deba ser *ponderado* frente a otros intereses. Lo anterior, pues en *ningún caso* estas conductas podrían admitir cobertura constitucional.<sup>116</sup>

## 2. Los límites externos del derecho: el principio de proporcionalidad

Corresponde ahora analizar los *límites externos* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como se dijo, estos se refieren a las condiciones bajo las cuales resulta válido *limitar* el supuesto de hecho de un derecho fundamental *a nivel infraconstitucional*, en aras de tutelar otro interés constitucional. Como también se explicó, en la doctrina y en el derecho comparado es posible encontrar dos grandes modelos que explican las relaciones entre el contenido de los derechos y sus límites externos. Un primer gran modelo consiste en interpretar los derechos como “cartas de triunfo” y, por ende, no sujetos a ponderación de ningún tipo. El segundo modelo consiste en interpretar los derechos como “principios” o “mandatos de optimización”, de tal suerte que sí puedan ser sujetos a limitaciones frente a otros derechos o intereses, siempre y cuando las medidas enjuiciadas superen un examen de *proporcionalidad*.

En el caso de México, como ya se ha visto, la Suprema Corte ha venido optando por el segundo modelo. En diversos precedentes, la Corte ha señalado expresamente que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene la estructura de “principio”, de manera que “las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda del test de proporcionalidad”. Esta metodología fue explicada con mucha claridad en el ya mencionado amparo en revisión 237/2014 sobre consumo lúdico de marihuana, en donde la Corte sostuvo que el examen de regularidad constitucional de cualquier medida que incida en el derecho al libre desarrollo de personalidad exige verificar que ésta cumpla con los requisitos que impone el *principio de proporcionalidad*.

---

116 Claro está que una forma diferente de ver el problema sería interpretar que el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y la esclavitud deriva en realidad de una *ponderación* previa entre el derecho *prima facie* a torturar o esclavizar y las razones para prohibirlas. Sin embargo, al menos en México, los derechos absolutos no parecen entenderse de esta manera, sino más bien como *derechos imponderables*. Para un debate sobre los derechos absolutos, véase Webber, Grégoire, “Proportionality and Absolute Rights”, en Jackson, Vicki, y Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, US, 2017, pp. 75-102.

En dicho asunto, la Corte explicó que para determinar si una norma o una medida son compatibles con el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe hacerse un examen que se compone de *dos etapas*. En la primera debe determinarse si la medida impugnada efectivamente incide en el contenido *prima facie* del derecho, para lo cual debe interpretarse tanto la medida impugnada como el derecho fundamental. Si se determina que la medida no incide en el derecho, el examen debe concluir en esa etapa, con la conclusión de que la medida es constitucional. En cambio, si se determina que la medida sí incide en el contenido *prima facie* del derecho, entonces debe pasarse a una segunda etapa, la cual exige analizar si la misma cumple con las exigencias del *principio de proporcionalidad*. Para ello debe analizarse si: (i) la medida persigue un fin legítimo; (ii) si es idónea para alcanzar dicho fin; (iii) si es necesaria; y (iv) si es proporcional en sentido estricto.

Explicar a detalle la metodología del test de proporcionalidad excede por mucho los alcances de este capítulo.<sup>117</sup> En lo que sigue únicamente destacaremos algunas notas relevantes sobre la forma en la que la Suprema Corte suele aplicar dicho examen de proporcionalidad al analizar medidas que interfieren con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

*a. Fin legítimo.* Desde el amparo directo 6/2008, la Corte ha sostenido que el libre desarrollo de la personalidad puede ser limitado en aras de tutelar “los derechos de los demás y el orden público”. Es decir, la Corte entiende que no sólo los derechos de terceros justificarían una intervención en la autonomía personal, sino también otros intereses o principios encaminados a garantizar el orden social o el interés público. Tal entendimiento ha sido reiterado en precedentes posteriores. En el amparo en revisión 237/2014, por ejemplo, la Corte señaló que “los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos”, incluyendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este último caso, sin embargo, la Corte hizo una precisión que no había hecho hasta entonces. Precisó que: “las intervenciones basadas en *finis perfectionistas* no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo con un determinado modelo de virtud” [cursivas añadidas]. Para la Primera Sala, esto es así toda vez que:

La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás. Así, las afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana —por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el

---

117 Para ello, véase el Capítulo 2 de este libro.

denominado “síndrome amotivacional”— no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Con todo, cabe aclarar que en dicho precedente la Corte no descartó que el Estado pueda restringir este derecho a partir de argumentos *paternalistas*. Como se explicó en líneas anteriores, el *paternalismo* se distingue del *perfeccionismo* en tanto que no busca imponer modelos de virtud a las personas, sino únicamente evitar daños físicos, psíquicos y económicos de la persona, que a la postre puedan traducirse en una limitación a su propia autonomía. Ahora, que la Corte no descarte *a priori* los fines paternalistas como fines constitucionalmente válidos, se desprende del hecho de que, según la propia sentencia, el Estado puede válidamente adoptar *prima facie* medidas que estén dirigidas a tutelar o proteger la “salud” de consumidoras y consumidores respecto de actos realizados por ellas mismas y ellos mismos (como prohibir el consumo de ciertas sustancias). De ahí se sigue que para la Suprema Corte *no sólo* los derechos de terceros y el orden público son fines constitucionales que válidamente justifican una eventual intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad: también la protección de las personas frente a acciones o decisiones *de ellas mismas* puede considerarse en ciertos casos una finalidad constitucionalmente válida.

*b. Idoneidad.* La Corte ha señalado que esta grada consiste en evaluar “si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador”, lo cual “presupone la existencia de una *relación empírica* entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya *en algún modo y en algún grado* a lograr el propósito que busca el legislador” (cursivas añadidas). Todo lo cual, ha dicho, “debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas”.

En lo que respecta específicamente a *medidas prohibitivas* (como la prohibición al consumo recreativo de sustancias psicotrópicas), la Corte ha señalado que su idoneidad no debe ser evaluada en términos de su “eficacia”, es decir, a partir de que tanto *de hecho* disuaden determinadas conductas. Ello es así, toda vez que tal aproximación “conllevaría a declarar la inconstitucionalidad de cualquier prohibición u obligación que fuera *ineficaz* para lograr que la conducta de los destinatarios de la norma se conformara a los mandatos establecidos en esas normas” (énfasis añadido). De acuerdo con la Corte, una mejor aproximación consiste en evaluar si existe “una relación empírica” que vincule la medida con ciertos daños o afectaciones los derechos o al orden público. En otras palabras, lo que debe evaluarse es si la conducta prohibida causa algún tipo de daños o afectaciones a los derechos del agente o de terceros, o a la sociedad en su conjunto. Si la respuesta es negativa, la medida (es decir, su prohibición) no podrá considerarse idónea, y viceversa.

c. *Necesidad*. Esta grada supone evaluar dos cosas: primero, si existen *otros medios con un grado de idoneidad igual o superior* para lograr los fines que se persiguen y, segundo, si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. En ese sentido, la Corte ha advertido que este examen puede suponer una verdadera complejidad, pues implica hacer un “catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas”. Con todo, la Suprema Corte también ha señalado que, si bien la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y podría exigir que el juez se imagine y analice todas las alternativas posibles, dicho escrutinio puede acotarse “ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para *situaciones similares* o bien las alternativas que en el *derecho comparado* se han diseñado para regular el mismo fenómeno” [cursivas añadidas].

En esa línea, en el amparo en revisión 237/2014, luego de analizar el derecho comparado y la regulación de sustancias similares, la Primera Sala constató que una *medida alternativa igualmente idónea pero menos lesiva para los derechos*, en comparación con la *prohibición absoluta al consumo de marihuana*, podría consistir en establecer: (i) limitaciones a los lugares de consumo; (ii) prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; (iii) prohibiciones a la publicitación del producto; y (iv) restricciones a la edad de quienes la pueden consumir. Es decir, medidas que “vistas en su conjunto no prohíben el consumo de forma absoluta y, en contraste, sólo limitan la realización de las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana en supuestos muy acotados”, así como “políticas educativas y de salud”.

d. *Proporcionalidad en sentido estricto*. En cuanto a esta última grada la Corte ha dicho que la misma consiste en “realizar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto”, lo cual “requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada frente al grado de realización del fin perseguido por ésta”. Hasta ahora, la Suprema Corte ha aplicado esta grada en relativamente pocos casos y no existe una metodología clara sobre cómo deben asignarse pesos o valores a cada uno de los intereses en juego en cada caso concreto, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores jurídicos. En nuestra opinión, una buena alternativa sería incorporar en la jurisprudencia la conocida *fórmula del peso* desarrollada por Robert Alexy.<sup>118</sup> Como se sabe, se trata de una fórmula muy exhaustiva que exige considerar no sólo el nivel de afectación concreta al derecho violado y el grado de satisfacción del fin constitucional que se persigue con la medida, sino también el peso abstracto de cada uno de los principios en

---

118 Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 6, pp. 529-562.

juego, así como la seguridad de las premisas epistémicas (empíricas y normativas) respecto de cada uno de ellos.<sup>119</sup>

### 3. ¿Consistencia argumentativa?

A pesar de lo dicho anteriormente, debe decirse que la Corte no siempre ha sido consistente con el uso de esta metodología, pues no siempre ha fijado los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad a través de un *test de proporcionalidad*. En la acción de inconstitucionalidad 148/2017, por ejemplo, para determinar los alcances del derecho de las mujeres y personas gestantes a decidir sobre la interrupción del embarazo de cara a la protección que merece el *nasciturus*, la Corte hizo más bien una interpretación categórica de los principios en juego y, de esta manera, precisó sus límites. Si bien detrás de este razonamiento parece haber una especie de ponderación, lo cierto es que la sentencia no hace propiamente un ejercicio de comparación o ponderación entre valores, sino que se limita a afirmar que el derecho de la mujer o persona gestante a decidir “sólo puede comprender el procedimiento de interrupción del embarazo dentro de un breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación”, como “resultado del encuentro entre el derecho a elegir que encuentra su límite en la protección constitucional que amerita el no nacido”. Para justificar esta limitante, la Corte argumentó lo siguiente:

[...] la solución que se plantea es la que se considera más equilibrada y orientada por el principio de la dignidad humana que atiende tanto a los derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar como al valor inherente del no nacido. Frente a la consideración de que el problema de fondo es un caso límite en el ámbito del Derecho, la respuesta que se brinda no se ubica en sus puntos extremos sino en una narrativa de balance que reconoce el vínculo natural de la persona gestante con el *nasciturus* y, que incluye en sus registros que el reducto final del intrincado y profundo debate en relación con la decisión de abortar habrá de corresponder siempre a la íntima convicción individual, y frente a ello lo que corresponde es contar con un entramado jurídico que atienda esa realidad y brinde una esfera de protección de largo alcance e integralidad.

En definitiva, aunque la sentencia hace referencia a un “balance” entre intereses, en ella no se hace propiamente un examen de proporcionalidad, ni en sentido *lato* ni en sentido *stricto*. La Corte parece más bien optar por esclarecer a través de una interpretación definitiva y categórica el límite del derecho de las perso-

---

119 Véase entre otros, Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres, Enrique *et al.*, (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 17-36. Para una crítica a esta metodología, véase Pino, Giorgio, *op. cit.*



nas gestantes a decidir, formulando para ello un límite temporal (“breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación”), el cual deberá ser concretado por el legislador con base en parámetros de razonabilidad:

[...] en relación con la fijación de la temporalidad en que puede ser llevado a cabo un procedimiento de interrupción del embarazo como parte del ejercicio del derecho a decidir, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que éste debe ser razonable, es decir que su diseño legislativo no debe anular o volver inejercitable la citada prerrogativa, pero también debe considerar [...] el incremento paulatino en el valor del proceso de gestación; para su determinación, el legislador puede acudir a la información científica disponible, así como a las consideraciones de política pública en materia de salud que le parezcan aplicables en la medida de que sean compatibles con las razones aquí vertidas, así como guiarse —a modo de referente— por los parámetros fijados en otras entidades en donde el derecho a elegir ha sido instrumentado en sus legislaciones [Ciudad de México, Oaxaca e Hidalgo].

Otro caso en el que la Corte tampoco utilizó un *test de proporcionalidad*, pese a estar de por medio el derecho al libre desarrollo de la personalidad, fue la acción de inconstitucionalidad 28/2015. En dicho asunto, el Pleno se limitó a señalar que un artículo del Código Civil del Estado de Jalisco —que condicionaba el matrimonio a la unión entre hombres y mujeres— era inconstitucional pues “atenta[ba] contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”. Tal discrepancia metodológica fue advertida por el Ministro Arturo Zaldívar en su voto concurrente, en donde señaló que si bien coincidía con el sentido mayoritario, a su juicio la sentencia debió explicar con mayor detenimiento (i) por qué la elección de la persona con la que se quiere contraer matrimonio, con independencia de su sexo, es una decisión amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y (ii) por qué la norma era una medida que afectaba de forma desproporcionada ese derecho. Para lo cual —señaló— debió aplicarse “un test en el que se analizara si la norma impugnada persigue un fin constitucional, y si es idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido”.<sup>120</sup>

## IX. CONCLUSIONES

En México, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental *implícito* en la Constitución mexicana, el cual ha sido construido jurisprudencialmente por la Suprema Corte a partir de una interpretación del

---

120 Para el Ministro Zaldívar, la norma impugnada era inconstitucional pues ni siquiera era *idónea* para alcanzar el fin constitucional que pretendió salvaguardar el legislador: la protección de la familia.

*derecho a la dignidad humana*. Como se mostró, se trata de un derecho fundamental altamente indeterminado pues protege *prima facie* una gran cantidad de intereses relacionados con la *autonomía personal*: desde el derecho de una persona a decidir sobre su identidad sexo-genérica hasta el consumo de psicotrópicos o estupefacientes, pasando por el derecho al aborto, al matrimonio, al divorcio y a disponer libremente de sus bienes.

Como también se pudo constatar, la Suprema Corte ha sostenido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tutela un “área residual de libertad” —es decir, un área no protegida por otros derechos o libertades expresamente reconocidas en la Constitución— pero *no es un derecho absoluto*. Al igual que otros derechos fundamentales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene límites internos y externos. En cuanto a los *límites internos*, los precedentes muestran que para la Suprema Corte —si bien se trata de un derecho con un alcance *prima facie* extenso— no cualquier decisión o acción humana encuentra protección bajo este derecho. Si bien no existe un precedente en el que expresamente se haya abordado esta cuestión, hasta ahora la Corte parece optar por lo que algunos autores llaman el modelo del “umbral”, según el cual no cualquier interés relacionado con la autonomía merece, por ese sólo hecho, protección constitucional. Con todo, hasta ahora la Suprema Corte no ha adoptado un umbral demasiado alto o exigente, sino más bien amplio o flexible. Ello es así, pues no sólo ha considerado que dicho derecho otorga protección *prima facie* a cuestiones que podríamos calificar como torales o cruciales para el proyecto de vida de una persona (como casarse, divorciarse o disponer de sus bienes), sino incluso a actividades meramente *lúdicas* o *recreativas* (como fumar marihuana).

En lo que respecta a sus *límites externos*, la Suprema Corte ha sostenido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene la estructura de *principio*, por lo que cualquier colisión con otros derechos o intereses constitucionales debe resolverse con ayuda del *test de proporcionalidad*. En otras palabras, el hecho de que una decisión o acción se encuentre amparada *prima facie* por este derecho no significa que no pueda ser limitado o modulado a nivel legal o infraconstitucional, cuando ello sea necesario para garantizar otros derechos o intereses de igual o mayor importancia. Además, si bien no siempre ha sido consistente con esta metodología, la Suprema Corte ha sostenido que para que los límites impuestos al derecho resulten constitucionales es necesario que la medida implementada cumpla con todas las gradas del *test de proporcionalidad*. Para ello, es indispensable que la medida persiga un *fin legítimo* (los derechos de terceros, el orden público e incluso —en ciertos casos y bajo ciertas condiciones— fines paternalistas), sea *idónea* para lograr ese fin (es decir, que contribuya en algún grado y en algún modo a lograr el estado de cosas propuesto por el Estado); sea *necesaria* (esto es, que no existan medidas menos lesivas e igualmente idóneas) y *proporcional en sentido*

*estricto* (que los beneficios obtenidos con la medida sean superiores a los costos que supone en la intervención del derecho).

En suma, a partir del reconocimiento de un derecho implícito en la Constitución al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado una transición hacia una lectura mucho más liberal de nuestra Constitución. Con ello, además, la Corte ha favorecido un mayor control constitucional y de razonabilidad de normas y actos que —de otro modo— habría sido difícil o imposible, ante la inexistencia de un derecho fundamental expreso que diera cobertura a los intereses en juego. El reto, ahora, consiste en clarificar sus alcances, especialmente en aquellos casos en los que pueden estar de por medio otros intereses sociales o colectivos importantes.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

¿Todas las expresiones del libre desarrollo de la personalidad merecen el mismo grado de tutela constitucional o existen decisiones y/o acciones personales que deberían gozar de una protección reforzada?; ¿Cómo podríamos definir un *umbral* que permita determinar con suficiente precisión y previsibilidad qué acciones y decisiones están amparadas *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad? ¿Qué principios o valores serían relevantes para ello? ¿Qué aspectos deberían tomarse en consideración a la hora de atribuir un “peso abstracto” al derecho al libre desarrollo de la personalidad al evaluar la grada de proporcionalidad en sentido estricto del test de proporcionalidad? ¿Podría tener algún papel el principio de dignidad humana? ¿Qué implicaciones tiene el reconocimiento de un derecho al libre desarrollo de la personalidad en el Derecho Penal? ¿Resultan compatibles con este derecho las normas que sancionan la posesión simple (y por ende el consumo) de cualquier tipo de narcótico, como cocaína, heroína o metanfetaminas? ¿Qué metodologías alternativas, distintas al *test de proporcionalidad*, podrían utilizarse para definir los alcances definitivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad en casos concretos? ¿Qué ventajas tendrían?

### Fuentes

Alemany, Macario, *El Paternalismo Jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción: Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Atienza, Manuel, *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022.

Barak, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, traducción de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 2017.

- \_\_\_\_\_, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, traducción: Daniel Kayros, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Cáceres, Enrique *et al.*, (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- Chueca, Ricardo (dir.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Conly, Sarah, *Against Autonomy: Justifying coercive paternalism*, Reino Unido, Oxford University Press, 2013.
- Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2015.
- Cruz Parcero, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2014.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, España, Ariel, 2012.
- , *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- , *Is democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, Oxford, Princeton University Press, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Greene, Jamal, “Foreword: Rights as trumps?”, en *Harvard Law Review*, vol. 132, núm. 1, noviembre de 2018.
- Griffin, James, *On Human Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008.
- González Carballo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén, *El test de proporcionalidad: convergencias y divergencias*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Gros, Héctor, “Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.C) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 4, 2000.
- Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Hardy, Henry (ed.), *Isaiah Berlin: Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2017.
- Klatt, Mathias y Meister, Mortiz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.

- Landa Arroyo, César, *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*, Perú, Palestra Editores, 2021.
- Lindgren, Yvonne F., “Personal Autonomy: Towards a New Taxonomy for Privacy Law”, en *Woman’s Rights Law Reporter* (2009-2010), 2 de agosto de 2010.
- McCrudden, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, en *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008.
- Menéndez, José y Oddvar Eriksen, Erik, *Arguing Fundamental Rights*, Países Bajos, Springer, 2006.
- Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- Niembro, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte: diez años de la reforma de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- Nieves, María, “The Right to Privacy: La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis”, en *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 85, septiembre-diciembre 2012.
- Nino, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997.
- , *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires-Bogotá, Editorial Astrea, 2012.
- , *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- Pino, Giorgio, *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, traducción de Horacio Sánchez Pulido, Pedro Caballero Elbersci, Andrés Morales Velásquez, Federico Orlando, Diego Dei Vecchi, 3a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, traducción de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- Scheenwind, J.B., *La invención de la autonomía: una historia de la filosofía moral moderna*, traducción de Jesús Héctor Ruiz Rivas, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Waldron, Jeremy, *Democratizar la Dignidad: Estudios sobre Dignidad Humana y Derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2019.



## Capítulo 4

# El derecho a la identidad personal

Fernando Sosa Pastrana\*  
Francisco Espinosa González\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN Y MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. III. LA VISIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. IV. ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL DERECHO A LA IDENTIDAD. V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2014. VII. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. VIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En México la identidad no sólo es un derecho consagrado constitucionalmente, sino también es un elemento indispensable para el desarrollo de una persona en la sociedad. A pesar de ello, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) reportó que, hasta 2015, al menos un millón de personas no contaban con registro y, por lo tanto, tampoco tenían un acta de nacimiento.<sup>1</sup>

Lo anterior es preocupante, no sólo porque dichas personas no son identificables, sino porque merma el acceso a otros derechos como los de salud, servicios básicos, seguridad pública, entre otros, así como a las posibles oportunidades para que se desarrollen en diversas esferas de su vida.

La identidad, en términos jurídicos, se garantiza en principio a través del registro, y es un derecho básico imprescindible de las personas. Al individualizarlas mediante un nombre, se pueden definir como sujetos de derechos sociales, civiles, culturales, económicos, políticos, etc.

Para efectos del presente texto, se analizará el derecho a la identidad de acuerdo con los hilos de la jurisprudencia nacional e internacional. En ella se desarro-

---

\* Profesor de Derecho Civil en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar. Agradezco la colaboración en este artículo a Daniela Kitze Escobar Monge.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de asignatura en la Universidad Humanitas.

1 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Comunicado de prensa número 16/19: Seis de cada diez personas son un niño, niña o adolescente*, México, INEGI, 2019, p. 2.

llan los elementos teóricos y normativos de este derecho para dar cuenta de su alcance y contenido, así como de lo fundamental del derecho mencionado en el desarrollo no sólo de la infancia mexicana, sino de todos los ciudadanos. Sin embargo, es importante precisar que dicho derecho ha sido objeto de debate, debido a que la identidad de las personas es cambiante y, en ese sentido, los instrumentos normativos deben adaptarse para proteger la reidentificación de las personas y con ello garantizar enteramente la expresión de su identidad.

## II. DEFINICIÓN Y MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

La identidad es la manera en que uno se percibe y la forma en que queremos que los demás nos vean, lo que nos distingue y nos hace ser nosotros mismos, así como desarrollar nuestra personalidad por medio de las características físicas, ideológicas, sociales, culturales, etc. En otras palabras, la identidad es aquello que nos diferencia del mar de personas que hay en el mundo, otorgándonos características anatómicas y psicológicas que nos individualizan.

Para ser más precisos, Adroher Biosca y Berástegui Pedro Viejo explican que la identidad es “una necesidad fundamental, que debe ser protegida, de ser consciente de uno mismo, como ser único, separado y distinto de los demás, en una experiencia de continuidad con el pasado [...] y con una perspectiva de futuro, a través de los diversos cambios personales, físicos, psicológicos y contextuales”.<sup>2</sup> Es decir, la identidad no sólo está conformada por aspectos físicos de la persona, sino que se integra por el conjunto de elementos que configuran a las personas como un yo, un ser único, como lo son las características físicas, el entorno en el que se desarrolla, sus concepciones ideológicas e incluso sus relaciones sociales y familiares, sin dejar de lado que es cambiante a través del tiempo.

Ahora, para entender mejor la identidad como derecho humano, debemos remitirnos al jurista italiano Adriano De Cupis, quien fue el primero que definió la identidad, en general, como aquella que expresa la verdad de la persona, es decir, es el ser uno mismo. Dichos caracteres de la persona no sólo se reflejan frente a uno mismo, sino frente a la sociedad que los identifica con tales características; en consecuencia, explica el jurista, esa identidad personal no puede ser destruida.<sup>3</sup>

---

2 Adroher, Salomé, “La adopción internacional: una nueva migración”, *Revista Migraciones*, España, 2000, pp. 255-256.

3 De Cupis, Adriano, *Los derechos de la personalidad*, Italia, Dott. A. Giuffrè, 1973, pp. 21-24.



La Corte Suprema de Casación italiana fue la primera en delimitar y definir el derecho a la identidad personal en su sentencia de 13 de julio de 1971, en donde estimó que era “el derecho de cada individuo a ser reconocido en su peculiar realidad”.<sup>4</sup> De acuerdo con la Corte, esto implicaba reconocer las características que individualizaran a cada persona.

Esta misma Corte, en su fallo del 22 de junio de 1985, expresó que el derecho a la identidad social protege la forma en la que una persona se individualiza frente a los demás, asegurando el desarrollo de la personalidad individual tanto en sociedad como en su vida privada.<sup>5</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 establece en sus artículos 3<sup>6</sup> y 18<sup>7</sup> el reconocimiento a la personalidad jurídica y al nombre, respectivamente. A pesar de que no existe disposición expresa sobre el derecho a la identidad, reconoce derechos que lo componen. Éstos son considerados como derechos esenciales que no pueden suspenderse ni en caso de conflictos u otras emergencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la misma normativa.<sup>8</sup>

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en 1989, menciona expresamente el derecho a la identidad en su artículo 8, primer párrafo, que establece, además, los elementos que el Estado debe garantizar: “1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

---

4 Sessarego, Carlos, “Daño a la identidad personal”, *Themis Revista de Derecho*, Perú, 1997, p. 258.

5 Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal” *Revista Comparazione e Diritto Civile*, 2a. ed., Italia, 2014, p. 9.

6 “Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

7 “Artículo 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

8 “Artículo 27. Suspensión de Garantías [...] 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

Asimismo, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo niño tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad, los cuales deben ser garantizados por su familia, la sociedad y el Estado.<sup>9</sup>

De la regulación y la definición que se le ha dado al derecho a la identidad se entiende que es un derecho auxiliar, es decir, que sienta las bases para otros derechos específicos, como el derecho al nombre, a la nacionalidad y a la filiación, de los cuales también se derivan otros elementos. Por ende, siempre que se habla del derecho a la identidad, partimos de la premisa de que hay múltiples piezas que lo conforman, sin que necesariamente coexistan todas simultáneamente. Por ello, su protección irradia a muchas dimensiones distintas, evitando que las personas queden excluidas del reconocimiento de su origen, así como de los derechos de los que son titulares por pertenecer a una nación, a una familia y a la sociedad.

Aunado a ello, Álvarez Escudero señala que el interés jurídico del derecho a la identidad no se traduce sólo en la prerrogativa de tener una, sino de preservarla. Por lo tanto, este derecho se despliega en dos aspectos: por un lado, en la afirmación propia de la verdad de la persona, es decir, individualizarse y tener características que la identifiquen y diferencien frente a los demás, y, por otro, en la obligación de los demás de respetarla, materializada en la prohibición frente a terceros de tergiversar los elementos que conforman la identidad de la persona.<sup>10</sup>

Estas primeras concepciones han evolucionado a lo largo de los años, ampliando el concepto de identidad personal, que hoy en día no solamente se refleja en la mera posesión de un nombre, sino también en la exigencia de que los datos contenidos en el acta de nacimiento respondan a la complejidad de aspectos que forman la realidad social de la persona y a la forma en que la misma se identifica ante los demás. Así, la identidad la conforman no sólo los datos que se registran en el acta de nacimiento, como el sexo y el nombre, sino que también se refiere a la verdad personal, es decir, a los pensamientos, creencias e ideologías que representan la identidad del sujeto.<sup>11</sup>

---

9 “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

“2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

“3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

10 Álvarez Escudero, Rommy, *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 185. Disponible en «<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666838/rae1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>».

11 Delgado, María del Carmen, *El derecho a la identidad: una visión dinámica*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 7.

### III. LA VISIÓN ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad, como vimos en los párrafos anteriores, no sólo comprende los elementos biológicos que pueden identificar a las personas, como el nombre y los apellidos, los cuales son casi invariables (a excepción de que se pida su modificación), sino que también incluye la forma en que las personas quieren externar sus caracteres hacia los demás, es decir, los atributos y las características que definen e individualizan a una persona, que la hacen sentir una misma y la diferencian de los demás.

A las dos dimensiones contenidas en el derecho a la identidad se les llama dinámica y estática. La primera se refiere a la “concepción restrictiva de identificación”,<sup>12</sup> es decir, a todos los caracteres físicos y evidentes que permiten diferenciar a una persona de otra, como lo son las huellas dactilares, el nombre, apellidos, sexo o nacionalidad, es decir, los elementos que normalmente son inscritos para reconocer (legalmente) a un sujeto. Normalmente estos elementos no cambian con el paso del tiempo, a menos de que excepcionalmente el sujeto así lo desee. La segunda se refiere a la ideología, conocimientos, creencias, vivencias y formas de comportarse que lo determinan dentro de una sociedad.<sup>13</sup> Esta identidad va evolucionando con el tiempo y la forma en la que las personas se desarrollan y cambian su manera de pensar, sus hábitos, su contexto, etc.

La identidad dinámica, es decir, los aspectos no anatómicos ni físicos de las personas, es lo que ha conducido la evolución del derecho a la identidad hacia la forma en que ahora lo conocemos, pues hay una amplia discusión respecto de la identidad sexo-genérica de las personas, en especial porque este amplio espectro de identificación se conforma, por un lado, por la forma en que se ven físicamente y, por el otro, por el aspecto psicosocial de su identidad, es decir, la manera en la que ellas mismas se perciben y cómo quieren reflejarse ante la sociedad.

Por lo anterior, resulta evidente que el derecho a la identidad tiene que ser protegido y analizado de manera integral, pues no sólo se conforma de “elementos formales”, que son los que obran en los registros o las cédulas de identificación, sino también de ideas subjetivas de la persona que pueden variar incluso los elementos objetivos, como el nombre, el sexo, etc. El constitucionalista César Landa define a la identidad estática y dinámica como identidad positiva u original, mientras que, a la transformación de la identidad derivada del cambio de gustos e intereses que

---

12 Kemelmajer, Aida, *Filiación derivada de la reproducción humana asistida*, Argentina, Thomson Reuters, 2012, p. 1.

13 *Ibid.*, Sessarego, *Daño a la...*, p. 249.

definen con el paso del tiempo a una persona, la llama identidad negativa, la cual señala que culmina usualmente en una re-identificación de la persona.<sup>14</sup>

#### IV. ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Respecto de los elementos que conforman el derecho a la identidad, además del párrafo octavo del artículo 4 constitucional donde se reconoce el derecho a la identidad y al registro inmediato, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes —publicada el 4 de diciembre en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF)— en su artículo 19 establece que los elementos de este derecho son: 1) ser inscritos en el Registro Civil de manera inmediata y en tanto, tener nombre y apellidos, 2) contar con nacionalidad, y 3) conocer su filiación y su origen (biológico). Cabe destacar que esta ley fue de las primeras en reconocer el derecho a la identidad, incluso antes de la Constitución, pues la antes llamada Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, vigente a partir del 30 de mayo de 2000, ya contemplaba su protección en el artículo 22.<sup>15</sup>

Del mismo modo, en el Primer Foro Legislativo sobre “El derecho a la identidad en México: situación actual, retos y desafíos”, los diputados, además de señalar el problema del subregistro en México y la necesidad de erradicarlo —debido a que es un derecho fundamental de los menores que los excluye del acceso a otros derechos—, también puntualizaron los elementos del derecho. Los legisladores determinaron los siguientes: el nombre, la nacionalidad, el género, el lugar de nacimiento, raza, color, idioma, religión y etnia.<sup>16</sup> Es decir, definieron algunos componentes que son parte de la determinación e individualización de la persona y que no solamente atienden a aspectos físicos o biológicos, sino que también identificaron distintos elementos sociológicos.

---

14 Landa, César, *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*, Perú, Palestra Editores, 2021.

15 “Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por:

A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.  
B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.

D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento”.

16 *Ibid.*, Cantoral, *El derecho a la...*, pp. 61-62.

A continuación, se explican los elementos base del derecho a la identidad, según la doctrina y las leyes mexicanas, que son: el nombre, la nacionalidad y la filiación, sin dejar de lado que de ellos surgen otros componentes que también configuran la identidad, como son la lengua, la tradición, los grupos culturales, etcétera.

En primer lugar, el derecho al nombre se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual está conformado por nombre y dos apellidos. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado dicho derecho como “el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad”.<sup>17</sup> El eje rector del derecho mencionado es la autonomía de la voluntad, por lo que no puede hacer restricción en la decisión de las personas, pero sí puede ser reglamentado cuidando su contenido esencial.<sup>18</sup>

El derecho a la identidad en el sistema jurídico mexicano se configura una vez que se haya registrado a la persona, de acuerdo con la forma que determina la ley, o sea, inmediatamente después del nacimiento y conforme a los requisitos establecidos en los respectivos códigos civiles de las entidades federativas, los cuales son, entre otros, nombre y apellidos, incluso cuando los padres del menor sean desconocidos.<sup>19</sup> El registro debe ser: universal, asegurando en todo momento a todas las personas dentro de un país; no discriminatorio, procurando principalmente cubrir a grupos vulnerables e históricamente excluidos; gratuito, pues no debe existir tarifa por servicios de registro, lo que garantiza el acceso para todos; y oportuno, debiendo realizarse inmediatamente después del nacimiento, o debe establecerse un plazo razonable para no mermar otros derechos. Pero, al mismo tiempo, deben cuidarse los usos y costumbres de las etnias y las poblaciones indígenas, las cuales muchas veces tienen plazos y formas para otorgarles nombre a los nacidos.<sup>20</sup>

---

17 Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Costa Rica, 2005, párr. 182.

18 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo directo en revisión 2421/20211*. Sentencia de 18 de enero de 2012, México, 2012, pp. 29-31.

19 “Artículo 58.— El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado. Si éste se presenta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta. [...]”.

20 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe*, España, 2011, pp. 4-6.

Cabe destacar que uno de los debates más importantes sobre el derecho a la identidad y su adaptación a la realidad social de las personas, así como la conformación de la identidad de género, tienen su origen en la rectificación del nombre. Por ello, la evolución y las nuevas perspectivas de análisis de dicho derecho se han enfocado en el tratamiento del nombre y sus modificaciones, con la finalidad de no vulnerar la identidad de las personas. Así, el artículo 138 bis del Código Civil Federal,<sup>21</sup> relativo a la rectificación de las actas del estado civil, ha sido discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para que los documentos de identificación reflejen la verdadera identidad y realidad social de las personas, como veremos en el apartado correspondiente.

En segundo lugar, el derecho a la nacionalidad tiene un estrecho vínculo con la configuración de la identidad, pues le da individualización a la persona frente a un Estado y el goce inmediato de derechos civiles, económicos y políticos, mediante los cuales podrá desarrollar su personalidad, así como su identidad dinámica.<sup>22</sup> En otras palabras, el reconocimiento de la nacionalidad deriva en la construcción de la identidad jurídica y de algunos elementos esenciales de la misma, como son la cultura, la lengua, la tradición y las leyes a los que están sujetos, las cuales ayudan a modelar su identificación y su pertenencia nacional, no sólo frente a sus connacionales, sino también frente a los demás Estados. En este sentido, Rodríguez Pineau señala que la falta de identificación de una persona con un Estado trae serios problemas de protección de derechos y de inestabilidad, pues la nacionalidad está íntimamente ligada al nombre y a la filiación, así como a la preservación de dichos elementos.<sup>23</sup>

Finalmente, el derecho a la filiación es aquél mediante el cual se vincula a una persona con su padre y madre. Esto implica, naturalmente, la extensión de esta protección a los derechos que derivan de dicha vinculación paternal, pues, como se explicó antes, la protección de la identidad no únicamente la garantiza el Estado, sino también los padres, los familiares y la sociedad, lo que constituye un elemento esencial desde su enfoque biológico.<sup>24</sup> Cabe destacar que la filiación permite a los menores no solo conocer sus orígenes, sino también configurar su

---

21 “Artículo 138 Bis.— La aclaración de las actas del estado civil, procede cuando en el Registro existan errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole que no afecten los datos esenciales de aquellas, y deberán tramitarse ante la Oficina Central del Registro Civil”.

22 Pineau, Elena, *Identidad y Nacionalidad*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, España, 2013, pp. 208-210.

23 *Ibid.*, Pineau, *Identidad y...*, pp. 109, 115.

24 Guisbert Rosado, Guadalupe, *Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente*. Disponible en: «[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102016000100008#:~:text=Legalmente%2C%20desde%20el%20momento%20de,de%20Registro%20C%3ADvico%20](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100008#:~:text=Legalmente%2C%20desde%20el%20momento%20de,de%20Registro%20C%3ADvico%20)».

identidad con base en ello, pues forma parte importante de su contexto y experiencia de vida. Las nuevas prácticas de inseminación artificial y reproducción asistida han sido sumamente relevantes para el estudio de las nuevas filiaciones y de la evolución del derecho a la identidad, como veremos más adelante.

La evolución del derecho a la identidad ha partido de las distintas modificaciones o supuestos que han sufrido los tres elementos antes mencionados. Éstos han sido analizados en diversos casos por la SCJN y cortes internacionales, así como también se desarrollan en instrumentos internacionales. Estos cambios han permitido la evolución del derecho a la identidad, desde una perspectiva tanto sobre la definición de qué es la identidad, como sobre las variaciones en ella y su adaptabilidad a la realidad de la persona a través del tiempo, es decir, su preservación.

## V. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El *Caso Gelman Vs. Uruguay* fue el primer acercamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho a la identidad, donde lo definió como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.<sup>25</sup>

La Corte expresó que, a pesar de que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente reconocido en la Convención, sí lo están los demás derechos que lo componen, pues la definición de la identidad ayuda al ejercicio de otros, como el derecho al reconocimiento de la personalidad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

En este mismo caso, el Juez Eduardo Vio Grossi precisó en su voto concurrente<sup>26</sup> que, a pesar de no estar contenido en la Convención, el derecho a la identidad tenía un amplio alcance, incluso más allá del derecho al nombre, a la nacionalidad y los derechos de niñas y niños consagrados en dicho instrumento, por lo que se debe impulsar a los Estados Parte a que lo establezcan y desarrollen expresamente en su derecho para poder garantizarlo.

En el *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, la Corte precisó que el derecho a la identidad está ligado a la individualidad histórica y biológica de las personas, por lo que se configura por varios derechos consagrados en la Conven-

---

25 Corte IDH, *Caso Gelman Vs Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero 2011, Costa Rica, 2011, pp. 36-37.

26 *Ibid*, Corte IDH, *Gelman...*, pp. 88-92

ción. No obstante, el derecho mencionado no puede reducirse ni subordinarse a los derechos que lo componen (nacionalidad, nombre, etc.), y tampoco es su sumatoria.<sup>27</sup>

Por su parte, en el *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*, la Corte estimó que el derecho a la identidad se conforma de diferentes elementos o de diversos derechos, como son el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares. Además, señaló que este no está sujeto a derogación o suspensión, ni siquiera en casos de excepción, y puntualizó que dicho derecho, a pesar de que es fundamental en la niñez —por ser parte del desarrollo personal de cualquier niño o niña—, requiere de protección en todo momento, como parte de la preservación de la identidad de la persona durante toda su vida, pues pueden ocurrir un sinnúmero de situaciones donde se vea afectada.<sup>28</sup>

En el *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, la Corte expresó que, si bien el derecho a la identidad no es exclusivo de niñas y niños, se relaciona con el desarrollo íntegro de sus vínculos familiares y sociales. Por lo tanto, es de especial importancia en la niñez, pues conforma no solo la individualidad de las personas, sino cómo se definen ante los demás.<sup>29</sup>

En la misma línea, la Corte, en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, estableció que las violaciones a la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad tienen una estrecha relación en el caso de los niños desaparecidos, pues unos son prerequisites de otros y forman en su conjunto una violación al derecho a la identidad de los niños.<sup>30</sup>

Finalmente, un criterio relevante sobre la identidad dinámica de las personas y cómo ésta puede variar fue dada por la misma Corte en la Opinión Consultiva OC-24/2017, en la que estableció que la adecuación de los registros públicos para que éstos sean conformes con la identidad de género de las personas está protegida en los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo único en lo que deben estar basados dichos cambios es en el “consentimiento libre e informado” del solicitante, por lo que no se pueden exigir requisitos médicos ni psicológicos. Además, agregó que los Estados debían

---

27 Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018, Costa Rica, 2018, pp.118-120.

28 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 19: Derechos de las personas LGBTI*, Corte IDH, Costa Rica, 2018, p. 132.

29 Corte IDH, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, Costa Rica, 2012, pp. 36-38.

30 Corte IDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Costa Rica, 2014, pp. 84, 95-100.



establecer procedimientos para proteger y garantizar la adecuación de los documentos de identidad a la realidad de las personas.

## VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2014

El 17 de junio de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición del párrafo octavo al artículo 4 de la Constitución, misma que trajo consigo el reconocimiento del derecho humano a la identidad.<sup>31</sup> En dicho numeral se estableció que las personas debían ser registradas inmediatamente después de su nacimiento, y el Estado se obligaba a garantizar las herramientas para el cumplimiento de dicho derecho. Asimismo, señalaba que el documento de identidad primigenio es el acta de nacimiento, la cual debe ser gratuita, lo que constituye un elemento esencial para el reconocimiento constitucional del derecho a la identidad.

En nuestro país, el nombre inscrito en un acta de nacimiento sigue siendo un requisito (de identidad) para el acceso a servicios básicos como salud, seguridad y educación, por lo que la reforma de 2014 se vuelve fundamental para que exista la garantía del registro, pues la carencia de éste “estimula una sociedad excluyente, privativa de derechos, [e] induce a la vulnerabilidad [...], lo cual debe ser evitado”.<sup>32</sup> Asimismo, es un objetivo de agenda nacional, debido a que el país se comprometió a las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas de la Organización de las Naciones Unidas, para que en el año 2030 se proporcione a todas las personas el acceso a la identidad jurídica a través del registro.<sup>33</sup>

A su vez, una de las razones de la reforma constitucional obedeció a la integración de México al Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA) de la Organización de los Estados Americanos, el cual tiene como finalidad erradicar el subregistro en los Estados Miembro, así como el aseguramiento del derecho a la identidad en los mismos.<sup>34</sup> En las siguientes líneas se

---

31 “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”.

32 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Panel sobre “La Importancia de las Estadísticas Vitales Para el Análisis Demográfico y las Políticas Públicas”*, ONE, República Dominicana, 2007, p. 5.

33 Gobierno de México, *Objetivo de Desarrollo Sostenible 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, Meta 16.9, Agenda 2030*, México, 2017.

34 Cantoral, Karla, “El derecho a la identidad del menor”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, 2015 p. 64.

explicará la naturaleza del derecho a la identidad, así como sus elementos, para así vislumbrar la importancia de garantizarlo a todos los menores y evitar la exclusión y la discriminación.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma de 2014, se estableció que el registro era un elemento fundamental para el reconocimiento de la persona frente al Estado, y su postergación merma el derecho fundamental a la identidad reconocido en instrumentos internacionales. En estos términos, el derecho en cuestión se compone de nombre, nacionalidad, filiación y pertenencia a grupos culturales. Asimismo, se reafirmó que uno de los principales problemas para el registro era la falta de gratuidad, pues los costos por expedir el acta de nacimiento se elevaban hasta los 434 pesos mexicanos en las entidades federativas, lo cual afectaba directamente a la población en situación de pobreza, lo que constituía el factor más común de la existencia del subregistro.<sup>35</sup>

De la misma manera, la reforma respondía al compromiso hecho por parte del Estado mexicano de garantizar el registro universal, oportuno y gratuito para la región en 2015 durante la I y II Conferencias Regionales sobre el Derecho a la Identidad, celebradas en Paraguay en 2007 y 2011, respectivamente.

En ese sentido, se señaló que la falta de registro tiene como efectos no sólo la restricción en el ejercicio de otros derechos derivados de la identidad, sino que también protege a los menores de la discriminación, los abusos y explotación, así como de la exclusión social y desatención en casos de maltrato infantil, situaciones que producen un recalco en la condición de marginalización.<sup>36</sup>

## VII. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte mexicana sobre el derecho a la identidad ha tenido una evolución constante. Ésta ha derivado de casos que abordan modificaciones o alteraciones a los tres elementos que la conforman, principalmente al nombre y la filiación, pues los mismos han dado paso a la evolución hacia un análisis y tratamiento más amplio de la identidad de las personas, tomando en cuenta que su principal interés es preservar la dignidad humana a través del

---

35 Brito, Francisco, *Exposición de motivos: Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforma el párrafo octavo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Cámara de Senadores, México, 2013, pp. 4-6.

36 Álvarez, Ivonne *et. al.*, *Exposición de motivos: Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforma el párrafo octavo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Cámara de Senadores, México, 2013.

desarrollo integral de la persona, que consiste en reconocerla como ella misma se percibe y lo que quiere reflejar ante los demás.

El tratamiento del derecho a la identidad en la SCJN comenzó con el análisis del nombre como elemento primigenio del derecho a la identidad, que permite individualizar a la persona. En el Amparo Directo en Revisión 908/2006,<sup>37</sup> la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó, en el contexto de un proceso de reconocimiento de paternidad que, tanto en instrumentos nacionales como internacionales, el derecho a la identidad está reconocido como un derecho fundamental de los menores. Esto no sólo comprende el nombre y la nacionalidad, sino también conocer su origen, lo que es relevante para la satisfacción de necesidades básicas por parte de los ascendientes, como salud, alimentación y educación.

Igualmente, respecto del nombre, en el Amparo Directo en Revisión 772/2012,<sup>38</sup> la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió que el derecho al nombre es un elemento clave para la identidad de las personas, ya que les permite el ejercicio de otros derechos, lo que, explica el tribunal, implica que el que las personas tengan un nombre es de interés público. La Corte agrega también que la rectificación del nombre es esencial para definir la realidad social de la persona, y que ello no causa ningún perjuicio a terceros ni al orden público. Definió el nombre como “el conjunto de signos que constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad”. Añadió también que era producto de la autonomía de la voluntad, la cual no podía restringirse ni limitarse, incluso en estados de excepción. Además, según la Corte, se trata de un derecho que posee dos dimensiones: la primera, que es tener un nombre y la segunda, la posibilidad de modificarlo.

En este punto, el Tribunal Pleno, en la Acción de Inconstitucionalidad 73/2021,<sup>39</sup> desarrolló más a fondo la relación entre la dignidad humana y el derecho a la identidad, a la luz de la rectificación de las actas de nacimiento, pues explicó que lo que se busca con la modificación del documento es reflejar la verdadera realidad social de la persona, por lo que, si se negase, se vulneraría el derecho de la persona de individualizarse y, por lo tanto, su dignidad humana. Con lo anterior, consideró que el único fin de la rectificación es satisfacer la necesidad de que no se contradiga su identidad, lo que no causa perjuicios a terceros ni al interés público.

---

37 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de 18 de abril de 2007.

38 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte en la sesión de 4 de julio de 2012.

39 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte en la sesión de 7 de marzo de 2022.

Por su parte, en la resolución del Amparo Directo en Revisión 2424/2011,<sup>40</sup> la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, respecto de las restricciones establecidas en la legislación del Estado de Aguascalientes para la rectificación del nombre, explicó que el nombre es un elemento esencial de la identidad, siempre que permite a la persona individualizarse en la sociedad y ante el Estado, pues es un signo que distingue a los sujetos frente a las demás personas.

En la Acción de Inconstitucionalidad 6/2016,<sup>41</sup> el Pleno de la Corte expuso que, con la reforma de 2014, el Estado mexicano garantizó la gratuidad del registro, con lo que dio una protección más amplia al derecho a la identidad que los tratados internacionales, los que se limitan únicamente a la exigencia de la garantía del registro. El Tribunal Pleno reiteró la indivisibilidad de los derechos al registro y a la identidad, pues es a través del primero que se genera el instrumento por el cual las personas son reconocidas ante el Estado, por lo que debe ser gratuito en todas las entidades federativas. Siguiendo la misma línea, en las acciones de inconstitucionalidad 7/2016, 10/2016, 4/2017, 6/2017, 9/2017, 10/2017 y 11/2017, resolvió sobre la gratuidad del registro en todas las entidades federativas, señalando que es inconstitucional cualquier cobro por la primera acta de nacimiento, así como los costos por registro extemporáneo; asimismo, expuso que el cobro de derechos por registro, cuando éste es realizado fuera de la oficina del registro civil o fuera de los horarios ordinarios, vulnera el derecho a la identidad, pues la inscripción en el registro es un presupuesto jurídico para materializar dicho derecho.

Por otra parte, hubo dos sentencias relevantes respecto del registro civil que sentaron las bases para la adecuación de los documentos de identidad, con el fin de que se reflejara la verdad personal de los sujetos: por un lado, está el Amparo Directo 6/2008,<sup>42</sup> respecto de la rectificación del nombre de una adolescente, así como el cambio de sexo masculino a femenino dentro del acta de nacimiento, derivado de un procedimiento de reasignación sexual. Aquí, el Pleno del Máximo Tribunal expresó que el acta de nacimiento es un documento que prueba la identidad de las personas, por lo que su contenido tiene que reflejar la realidad personal y social de las personas, pues de lo contrario se generan problemas de acreditación. Asimismo, puntualizó el concepto de identidad sexual, la cual, apuntó, no puede concebirse desde la limitación de lo naturalmente prestablecido, sino que entran en juego muchos aspectos no sólo biológicos, sino sociales y psicológicos. Por lo tanto, la identidad sexual es el conjunto de características anatómicas y

---

40 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte en la sesión de 18 de enero de 2012.

41 Resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 28 de noviembre de 2016.

42 Resuelto por la Tribunal Pleno de la Suprema Corte el 6 de enero de 2009.

físicas, mientras que la identidad de género obedece al aspecto psicosocial, como actitudes, comportamientos y hábitos que definen a una persona.

Asimismo, en dicha sentencia, la Corte indicó que la transexualidad lleva a una persona a manifestarse dentro de un ámbito social con un género que no le corresponde morfológicamente; no obstante, lo está haciendo en ejercicio de su derecho a la identidad. Por lo tanto, al corregir tanto su sexo como su nombre, adquiere de manera definitiva su identidad, lo que puede hacerse rectificando su asiento registral, pues es éste el que la individualiza e identifica legalmente y le permite el reconocimiento de su “verdadera identidad personal”.

Por otra parte, en el Amparo en Revisión 1317/2017,<sup>43</sup> la Primera Sala se pronunció respecto de la adecuación del acta a la identidad de género autopercibida, definiéndola como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. La sentencia es relevante porque conceptualiza todos los elementos alrededor del sexo y del género, así como la diversidad de géneros que existen, refiriéndolos como esenciales para el reconocimiento de la identidad. La Corte señaló que la adecuación del género en los actos registrales es de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos por parte de las personas trans, así como para asegurar el desarrollo integral de la identidad en sus aspectos estático y dinámico.

Otra evolución del derecho a la identidad se vio con el análisis de la filiación y el reconocimiento de paternidad, así como de las nuevas formas de reproducción asistida que implicaban un nuevo tratamiento del parentesco de los menores. Al respecto, en el Amparo Directo en Revisión 6179/2015,<sup>44</sup> la Primera Sala señaló que alterar el esquema familiar de la persona resulta en un daño al derecho a la identidad. Asimismo, señaló que la filiación es uno de los elementos importantes dentro del derecho a la identidad, al permitir a la persona conocer su origen biológico para la construcción de su realidad social, pues la imagen propia está relacionada estrechamente con los orígenes biológicos y el punto de vista psicológico que de ellos tiene la persona. Puntualizó que el reconocimiento del vínculo biológico no es el único que determina la identidad de un menor, sino también, y en mayor medida, su realidad social, pues es la que determina quién es y cómo se refleja ante los demás.

Por su parte, en el Amparo Directo en Revisión 2766/2015,<sup>45</sup> relativo al derecho a la identidad y a los casos de inseminación artificial, la Primera Sala de la

---

43 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la sesión de 17 de octubre de 2018.

44 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte en la sesión de 23 de noviembre de 2016

45 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la sesión de 12 de julio de 2017.

Suprema Corte resolvió que se le debe dar un tratamiento más amplio al derecho a la identidad, viéndolo desde una perspectiva donde la filiación no se agota con probar el nexo biológico, pues en el caso donde el menor solo tiene carga genética de uno de los padres, se deben preservar los vínculos familiares y reconocer al padre no biológico. Se debe tomar en cuenta que lo que conforma la identidad no solamente son los vínculos biológicos o genéticos, es decir, la identidad estática, sino también sus relaciones familiares o sociales, esto es, su identidad dinámica.

Asimismo, en el Amparo en Revisión 852/2017<sup>46</sup> sobre el reconocimiento de la filiación y las parejas homoparentales, la Sala estableció que el derecho a la identidad se dota de contenido en el momento en que se determina la filiación, la cual debe ser entendida como la relación jurídica entre dos personas, donde uno es el descendiente del otro. Desde luego, esto no siempre se determina con hechos biológicos, sino también con actos o hechos jurídicos, pues la identidad de los menores depende de múltiples factores, no sólo de la prevalencia de las relaciones biológicas. Por lo tanto, es acorde a dicho derecho que un menor sea reconocido parentalmente por dos personas del mismo sexo.

## VIII. CONCLUSIONES

Como hemos podido analizar en párrafos anteriores, el derecho a la identidad ha recorrido un largo camino durante las últimas décadas, ampliando no sólo su alcance sustantivo, sino también los parámetros que definen su interrelación con otros derechos fundamentales de la personalidad.

Sin embargo, consideramos que este proceso evolutivo se encuentra lejos de haber concluido, y que las siguientes décadas nos ofrecerán una gran cantidad de oportunidades para debatir y replantear el sentido y alcance específicos de este derecho.

Esto se debe, en buena medida, a que la discusión en torno a esta cuestión rebasa los límites de lo propiamente jurídico, exigiendo en cambio un enfoque cada vez más interdisciplinario para abordarla. Los cambios en las actitudes y perspectivas sociales, particularmente en temas que actualmente son un importante foco de atención y debate, como es el caso de la identidad de género, avanzan y se transforman a una velocidad tan vertiginosa que tarde o temprano terminan rebasando sustancialmente al orden normativo.

En este respecto, confiamos en que las nuevas generaciones de juristas conserven y amplíen lo que en las últimas décadas ha venido a consolidarse como un

---

46 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en sesión de 8 de mayo de 2019.

*enfoque dinámico* en el desarrollo de esta clase de problemáticas, esto es, un enfoque receptivo ante las nuevas realidades sociales que habrán de moldear nuestro entendimiento del tema.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Bajo el paradigma actual, ¿qué alcances podría tener el derecho a la identidad? ¿Cómo podría este derecho entrar en conflicto con otros derechos e intereses jurídicamente tutelados? ¿Qué clase de ejercicios ponderativos deberían realizarse en estos casos? ¿Cómo debería resolverse esta clase de antinomias? ¿Qué problemas podrían surgir respecto de este derecho en el contexto del derecho internacional privado? ¿Qué normas conflictuales serían aplicables y cuál sería su relación con las normas relativas a derechos humanos? ¿Cómo podrían resolverse las antinomias entre esta clase de normas? ¿En qué sentido podría predecirse la evolución de la noción actual del derecho a la identidad?

### Fuentes

- Adroher, Salomé, “La adopción internacional: una nueva migración”, *Revista Migraciones*, España, 2000.
- Álvarez, Ivonne *et. al.*, Exposición de motivos: Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforma el párrafo octavo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Senadores, México, 2013.
- Álvarez Escudero, Rommy, *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*, Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en: «<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666838/rae1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>».
- Brito, Francisco, Exposición de motivos: Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforma el párrafo octavo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Senadores, México, 2013.
- Cantoral, Karla, “El derecho a la identidad del menor”, *Revista Boliviana de Derecho*, Bolivia, 2015.
- Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Costa Rica, 2005.
- Corte IDH, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Costa Rica, 2014.
- Corte IDH, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, Costa Rica, 2012.
- Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Costa Rica, 2011.
- Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018, Costa Rica, 2018.
- Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 19: Derechos de las personas LGBTI, Corte IDH, Costa Rica, 2018.

- De Cupis, Adriano, *Los derechos de la personalidad*, Italia, Dott. A. Giuffrè, Italia, 1973.
- Delgado, María del Carmen, *El derecho a la identidad: una visión dinámica*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2016.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Comunicado de prensa número 16/19: Seis de cada diez personas son un niño, niña o adolescente, México, INEGI, México, 2019.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe, España*, 2011.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Panel sobre “La Importancia de las Estadísticas Vitales Para el Análisis Demográfico y las Políticas Públicas”, ONE, República Dominicana, 2007.
- Gobierno de México, Objetivo de Desarrollo Sostenible 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, Meta 16.9, Agenda 2030, México.
- Guisbert Rosado, Guadalupe, *Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente*, Disponible en: «[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102016000100008#:~:text=Legalmente%2C%20desde%20el%20momento%20de,de%20Registro%20C%C3%ADvico%20](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100008#:~:text=Legalmente%2C%20desde%20el%20momento%20de,de%20Registro%20C%C3%ADvico%20)».
- Kemelmajer, Aida, *Filiación derivada de la reproducción humana asistida*, Argentina, Thomson Reuters, Argentina, 2012.
- Landa, César, *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*, Perú, Palestra Editores, 2021.
- Pineau, Elena, “Identidad y Nacionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, España, 2013.
- Sessarego, Carlos, “Daño a la identidad personal”, *Themis Revista de Derecho*, Perú, 1997.
- Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, *Revista Comparazione e Diritto Civile*, 2a. ed., Italia, 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 2421/20211. Sentencia de 18 de enero de 2012, México, 2012.



## Capítulo 5

# Derecho a la libertad de expresión e información

Giovanni Alexander Salgado Cipriano\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO. 1. El principio de la autonomía o de la autor-realización personal. 2. La participación democrática. 3. Instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos. III. DOS VISIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ENTRE EL “LIBRE MERCADO DE LAS IDEAS” Y LA “ASAMBLEA DE CIUDADANOS”. IV. DISCURSOS PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO E INTERAMERICANO. 1. Presunción general de constitucionalidad sobre todo tipo de expresiones. 2. El discurso de interés público como una expresión especialmente protegida. El sistema dual de protección. V. LÍMITES Y CONTRAPESOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS RESTRICCIONES PARA SER LEGÍTIMAS. VI. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 1. Elementos para analizar casos sobre libertad de expresión. Los sujetos como parte central del debate público y del análisis jurídico. A. Particular contra Estado. B. Particular contra funcionario público. C. Periodista contra funcionario público. D. Periodista contra Estado. E. Periodista contra particular con proyección pública. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión e información es un derecho fundamental cuya concepción más básica se formula desde dos dimensiones: una *individual*, que implica la facultad de toda persona a expresar su propio pensamiento, ideas u opiniones a través de cualquier medio por el que ésta opte; y otra *social*, que comprende el derecho de la comunidad de conocer y allegarse de todo tipo de información y, con mayor fuerza, sobre asuntos de relevancia pública.<sup>1</sup> Con ello, ambas premisas comparten un vínculo interdependiente y necesario, el cual se configura como uno de los rasgos propios en la estructura del derecho que justifica, además, su importancia para la consolidación de un Estado constitucional y democrático.

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente analista jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

Agradezco especialmente a Ana María Ibarra la oportunidad de colaborar en la presente obra así como por sus comentarios y sugerencias en la realización de éste capítulo.

1 En este sentido, el párrafo segundo del artículo 6 de la Constitución mexicana consagra que “ Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”.

Por otro lado, su contenido es aún más complejo pues presenta una diversidad de elementos y ramificaciones que se encuentran en constante cambio y expansión. De tal manera que el principal reto de una doctrina sobre la libertad de expresión es incorporar a una pluralidad de sujetos, medios y discursos que con sus propios alcances y limitaciones entran en escenarios cada vez más controversiales y al mismo tiempo necesarios. Ante ello, su ideal normativo implica no sólo que todos los miembros de una comunidad puedan expresar sus ideas y opiniones en libertad sino que, además, en un proceso de deliberación igualitaria, dichas expresiones encuentren en aquella complejidad la posibilidad material de ser escuchadas y confrontadas unas con otras.

Para tal objeto, la doctrina jurisprudencial ha adquirido relevancia en el desarrollo de un alcance expansivo y sustancial del derecho. Ha sido ésta la ruta por la cual en las últimas décadas se ha definido en mayor medida su contenido normativo; de la mano del quehacer judicial, se han establecido criterios que han trascendido de una visión clásica —definida por enfoques defensivos que rechazan toda clase de censura estatal— hacia una justiciabilidad más activa, en el que la exigencia dirigida no sólo a entidades estatales sino a particulares se vuelve fundamental para la eficacia del derecho sobre restricciones más sutiles o indirectas. En síntesis, hoy en día contamos con más elementos normativos que redefinen el papel de la libertad de expresión y que van dando respuesta a las nuevas necesidades y posibilidades de las sociedades contemporáneas.

Con esto en mente, el objetivo central de este capítulo es brindar elementos conceptuales y normativos que nos permitan orientarnos en la manera en que se define y opera este derecho fundamental, incluso, sobre situaciones concretas. Para ello, la revisión de las principales teorías y doctrinas jurisprudenciales —entre las que destaca la jurisprudencia mexicana, interamericana y la norteamericana— será nuestra principal fuente para delinear los contornos de un derecho en sí mismo complejo, pero que al mismo tiempo ha encontrado consensos paradigmáticos sobre las maneras en que éste entra en juego frente a otros derechos o actores sociales.

De conformidad con estos escenarios, el presente capítulo está organizado de la siguiente manera: en un primer momento, revisaremos los principales fundamentos que han resaltado la importancia de la libertad de expresión en un Estado constitucional y democrático; posteriormente, reconstruiremos unos de los debates teóricos en torno a dos visiones de la libertad de expresión aparentemente contradictorias, ello ilustrará el rol estatal a adoptar frente a situaciones muchas veces controversiales; en otro apartado, revisaremos de manera introductoria los estándares principales en relación con los discursos protegidos y no protegidos por la libertad de expresión, así como aquellos criterios que determinan la legiti-

midad de sus límites; y por último, entraremos en el estudio de casos relevantes resueltos por la Suprema Corte de México, donde los elementos revisados encontrarán contexto y especificidad.

Al final del capítulo vertiremos las conclusiones generales de lo estudiado y plantearemos algunas preguntas de discusión que catapultarán la reflexión sobre situaciones novedosas o no revisadas. Precisamente, se espera que los conceptos y criterios aportados en este capítulo sean útiles para comprender las dimensiones del derecho sobre escenarios futuros.

## II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU JUSTIFICACIÓN EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Desde un enfoque teórico normativo, la fundamentación de la libertad de expresión se puede sintetizar en tres valores o funciones que repercuten tanto en la forma de entenderla como de garantizarla: a) la autonomía personal; b) la participación democrática; y c) ser un instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos.<sup>2</sup>

Son estos tres principios los que responden a diversas cuestiones fundamentales como: ¿Por qué la libertad de expresión debe proteger cualquier punto de vista, ideología o creencia particular? ¿Por qué hay discursos que merecen una protección reforzada respecto de otro tipo de expresiones? ¿Por qué se dice que la libertad de expresión se encuentra en una situación *preferencial* frente a otro tipo de derechos? Veamos de manera sucinta cada uno de estos fundamentos, así como la manera en que han sido abordados por la doctrina constitucional e internacional en la materia. Ello nos brindará una primera pauta en la revisión del alcance y contenido de este derecho fundamental.

### 1. *El principio de la autonomía o de la autorrealización personal*

De acuerdo con este principio, la libertad de expresión nos permite desarrollarnos como personas autónomas, según nuestra propia identidad y proyectos de vida. En este sentido, Dworkin afirma que la libertad de expresión tiene una función *interna* y otra *externa*; su función interna plantea la posibilidad de que las personas definan libremente su concepción de lo bueno, mientras que la externa

---

2 Botero Marín, Catalina *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Guía curricular y materiales de estudio, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017.

permite que éstas puedan realizar sus planes de vida personales de acuerdo con dicha concepción.<sup>3</sup> De ahí que sólo sea a partir del intercambio y recepción libre de ideas, creencias y todo tipo de informaciones lo que propicia un entorno cultural y social adecuado para la definición de nuestras propias concepciones y, al mismo tiempo, nos facilite las condiciones en la búsqueda por la verdad y la felicidad a las cuales aspiramos como individuos.<sup>4</sup>

De acuerdo con esta visión individualista de la libertad de expresión, la *titularidad del derecho* recae en cada persona, en tal sentido que —de conformidad con los artículos 1 y 6 de la Constitución mexicana—, ésta tenga libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Así pues, toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, es titular del derecho a la libertad de expresión y puede, por tanto, ejercerlo por sí misma.

En este sentido, la libertad de expresión es un derecho que no exige ningún criterio previo para su reconocimiento, como limitarse a una determinada profesión, grupo de personas o a algún medio de comunicación por el que se difunda dicha información;<sup>5</sup> tanto los particulares sin proyección pública, los periodistas,<sup>6</sup> las comunidades indígenas o funcionarios públicos, son reconocidos como titulares y, en tal sentido, pueden realizar e identificarse con sus propios planes de vida desde la manifestación libre de sus ideas y pensamientos. Con ello, se asume la idea de que todos poseemos la misma capacidad para hacer frente a los retos y dilemas de nuestra vida y expresarnos de acuerdo con ella,<sup>7</sup>

---

3 Dworkin, Ronald, “The coming battles over free speech” en *The New York Review of Books*, vol. 39, núm. 11.

4 Fiss, Owen, “Mill, acerca de la libertad de expresión”, traducción de Casillas Sandoval, Miguel, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Centro de Estudios Constitucionales, año VI, núm. 11, julio-diciembre de 2020, pp. 96 y ss.

5 En lo que respecta a la titularidad de la libertad de expresión de personas jurídicas, como son los medios de comunicación, hay algunas precisiones sostenidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, el Tribunal Interamericano ha señalado que estos tienen la naturaleza de “instrumentos para el ejercicio de la libertad de expresión por parte de sus empleados y accionistas”; en este sentido, son las personas físicas las que pueden recurrir al sistema de peticiones individuales del SIDH, en ejercicio de su propia libertad de expresión ante actos del Estado dirigidos contra el medio de comunicación persona jurídica. *Cfr.* en Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

6 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.

7 Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, pp. 380 a 395.

En estos términos, este valor ha sido desarrollado en la jurisprudencia interamericana, e incorporado por la Suprema Corte, desde la formulación de una *dimensión individual* de la libertad de expresión.<sup>8</sup> En relación con ésta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”.<sup>9</sup> De ahí, se reconoce la posibilidad de materializar el pensamiento individual por cualquier tipo de medio, por el que podamos autorrealizarnos. Para la Suprema Corte, esta faceta constituye una vía para asegurar a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía.<sup>10</sup>

Uno de los ejemplos que ilustra en mayor medida este principio es el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a emplear y preservar su lengua. De acuerdo con la Suprema Corte, su reconocimiento “incide en la libertad de expresión e información, pues uno de los pilares de este derecho es el derecho a hablar, y éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”.<sup>11</sup> Desde este razonamiento, la expresión y la difusión del pensamiento y de las ideas constituye un rasgo de la identidad y la autonomía de un grupo social; un discurso que reivindica su derecho a la libre determinación, según sus prácticas y conocimientos ancestrales, frente a una sociedad tan compleja y que de diferentes maneras les es adversa.<sup>12</sup>

Sobre este tipo de supuestos, una de las obligaciones principales del Estado es la de abstenerse a intervenir en los discursos y manifestaciones de las personas y con ello dejar en libertad la manifestación y el intercambio de las ideas. Es decir, la prerrogativa se concibe como una vía de contención o rechazo a la censura y a la molestia estatal; en otros casos, el Estado podría intervenir con medidas positivas o afirmativas con el objeto de salvaguardar la identidad de personas que forman parte de un grupo en situación de vulnerabilidad, como es el caso, precisamente, de los pueblos indígenas.

---

8 Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, página 491, registro digital: 2019357.

9 Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31.

10 Tesis: 1a. CCXVI/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 287, registro digital: 165760.

11 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 622/2015, 20 de enero de 2016; Corte IDH. *Caso López Álvarez v Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 164.

12 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 622/2015, pp. 12 y ss.

Al final, la función primordial del derecho, desde esta visión, es proteger el discurso del individuo de acuerdo no sólo con su identidad interna, sino también con aquella que se ha forjado desde su posición particular en la realidad política y social.

## 2. *La participación democrática*

Es frecuentemente reiterado que la libertad de pensamiento y expresión mantiene una relación estructural importante con los sistemas democráticos, en tanto permite la consolidación de las instituciones y la promoción de la responsabilidad de los funcionarios. Así pues, de acuerdo con la Relatoría Especializada de la Libertad de expresión (en adelante RELE), este derecho fundamental constituye una piedra angular en la existencia misma de una sociedad que se considera democrática.<sup>13</sup>

Precisamente, al momento de su dimensión individual o autónoma recae una *dimensión social* mediante la cual se reconoce no sólo el derecho a expresar el propio pensamiento y demás rasgos de la autonomía, sino el derecho de todas las personas a conocer y recibir informaciones, opiniones o ideas de toda índole.<sup>14</sup> Con ello, de acuerdo con la Corte mexicana, la libertad de expresión permite que los ciudadanos conozcan los asuntos de relevancia política y crea las condiciones para participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.<sup>15</sup> De esta manera, se entiende que cualquier intervención del Estado que afecte o restrinja la dimensión individual del derecho en el ámbito del emisor afectará de igual forma, y muchas veces en mayores proporciones, su dimensión colectiva en relación con quien recibe la información, que es la propia sociedad.<sup>16</sup>

---

13 CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V (Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Títulos III y IV, OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 revs., 17 de febrero de 1995.

14 Véase en Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; también en párrafo segundo del artículo 6 de la Constitución mexicana, que señala “Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”.

15 En el amparo directo 6/2009, se sostuvo que la protección de la libre difusión del discurso relacionado con asuntos de interés público resulta especialmente relevante para que la libertad de expresión desempeñe cabalmente “sus funciones estratégicas de cara a la formación de la opinión pública, dentro del esquema estructural propio de la democracia representativa”.

16 *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C núm. 107, párr. 101-1-a; *La Colegiación Obligatoria de*

Desde las posibilidades de esta dimensión, la RELE ha destacado que este derecho guarda una relación crucial con el funcionamiento del sistema democrático, ya que “una ciudadanía libre e informada es imprescindible para deliberar y votar sobre los asuntos que nos conciernen a todos, y su garantía reforzada es necesaria para que exista un control efectivo de la gestión pública y la conducta de los funcionarios”.<sup>17</sup> Se puede sostener que muy ligado a la dimensión social del derecho constantemente está una *dimensión política*.

A manera de ilustrar este enfoque, a partir de su ejercicio se desmantelan actos de corrupción, se asegura la rendición de cuentas, se hacen visibles los actos del gobierno y se permite poner a discusión las diversas alternativas para implementar las políticas públicas y la distribución del presupuesto. Así, la libertad de expresión es lo que genera que las diversas posturas ideológicas y políticas que conviven en un Estado, y que en algún momento constituyeron minoría, puedan convertirse en mayoría. Este tipo de procesos es lo que propicia la alternancia política y lo que promueve la contención de los poderes públicos.<sup>18</sup>

En últimas, el derecho de libertad de expresión resulta determinante en la calidad de la vida democrática de un país pues, de acuerdo con la Suprema Corte, “si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático”.<sup>19</sup>

Desde esta perspectiva democrática, para poder garantizar tales demandas, la justicia constitucional requiere de decisiones imparciales, y estas a su vez requieren, consecuentemente, de la intervención de “todos los potencialmente afectados

---

*Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33; y CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. CIDH/RELE/INF. 2/09. Diciembre, 2009, párr. 15.

17 CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, OEA, Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, Cap. III, párrs. 6-10.

18 Carbonell, Miguel, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, en Ávila Ordoñez, María Paz *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Naciones Unidas, Quito, Ecuador, 2011, p. 92.

19 Tesis: 1a. CCXV/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 287, registro digital: 165760.

en la discusión de las mismas”.<sup>20</sup> De tal manera que la sola abstención o el “dejar hacer” por parte del Estado resulta insuficiente para reivindicar la libertad de expresión de personas o grupos que se encuentran en una situación de desventaja social o económica; la libertad de expresión, como cualquier derecho fundamental, requiere de obligaciones tanto positivas como negativas para propiciar las condiciones materiales para la búsqueda, recepción y difusión de las informaciones.

Desde los argumentos aquí vertidos, se ha identificado en la doctrina jurisprudencial comparada una variedad de discursos que son de gran relevancia social y que promueven el debate público sobre tales expectativas democráticas. En virtud de su contenido, estos han sido clasificados, por ejemplo, como discursos de interés público, en materia política o electoral, así como cualquier tipo de manifestación que, dada su estrecha relación con el adecuado funcionamiento de las instituciones, merezcan su difusión.

### 3. *Instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos*

Finalmente, desde la misma línea argumentativa de la democracia, la libertad de expresión se configura como una condición necesaria para el adecuado ejercicio de otros derechos fundamentales:<sup>21</sup> como la libertad religiosa, la educación, la igualdad y no discriminación, la libertad de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición, el derecho a votar y ser votado, los derechos de carácter económico, social y cultural, etc. Es decir, con su ejercicio se materializa de mejor manera el carácter interdependiente que existe entre los derechos fundamentales.<sup>22</sup>

Por ejemplo, son recurrentes los casos en los que se utiliza la protesta como una vía para denunciar o exigir el reconocimiento de derechos específicos o de condiciones de igualdad entre los diversos sectores sociales, como las mujeres, los trabajadores, los pueblos y comunidades indígenas, la comunidad LGBTTTIQ, entre muchos otros; también, resulta ilustrativa la labor de las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos humanos, como lo son sus actividades de difusión, concientización o de acompañamiento a víctimas; y, desde luego, el tra-

---

20 Gargarela, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en Ávila Ordoñez, María Paz *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Ecuador, Naciones Unidas, 2011, p. 31.

21 Botero Marín, Catalina *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión...*, *op. cit.*, p. 33.

22 En el amparo directo en revisión 2044/2008 la Suprema Corte reconoció que la libertad de expresión también constituye una “premisa para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales [...] y [...] un elemento funcional que determina la calidad de la vida democrática en un país”.



bajo que realizan las y los periodistas y los diversos medios de comunicación en torno a las violaciones de derechos humanos en distintas regiones del país.

Todas estas prácticas resultan vitales para visibilizar situaciones de desigualdad, pobreza, marginación y demás violaciones a los derechos humanos en distintos ámbitos de la sociedad; desafortunadamente, muchas veces es sólo a través de su ejercicio mediante el cual la información puede llegar a trascender con el fin de crear un consenso o una inconformidad colectiva respecto del cumplimiento de los derechos; constituye pues una vía para impulsar la actividad estatal en relación con los intereses esenciales y las obligaciones que derivan de la propia Constitución.

Por todas estas razones, el sistema interamericano ha distinguido un *carácter instrumental* de la libertad de expresión, en tanto permite la protección de otros derechos humanos a través de su ejercicio.<sup>23</sup>

En conclusión, la relación causal y necesaria que se da entre la libertad de expresión con el adecuado y sano desarrollo de las prácticas democráticas, así como por la protección de otros derechos humanos, se le reconoce una *posición preferencial*<sup>24</sup> en los sistemas normativos de los Estados.<sup>25</sup> En tal sentido que la pérdida de la libertad de expresión equivaldría a una debilitada protección de los demás derechos fundamentales y de las instituciones que se encargan de garantizarlas y respetarlas. Por esta razón, para la CIDH “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los derechos humanos”.<sup>26</sup>

### III. DOS VISIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ENTRE EL “LIBRE MERCADO DE LAS IDEAS” Y LA “ASAMBLEA DE CIUDADANOS”

Para poder reconocer el escenario de posibilidades jurisprudenciales relativas al derecho humano de libertad de expresión, vale la pena entender uno de los de-

---

23 Corte IDH, *caso Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C núm. 136, párr. 78.

24 Tesis: 1a. XXII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, página 2914, registro digital: 2000106.

25 Con todo, ello no significa que la libertad de expresión deba prevalecer en todos los casos sobre los derechos de la personalidad. Ello implica, más bien, un mayor peso en abstracto que conlleva un punto de partida preferencial; éste deberá tomarse en cuenta al momento de realizar la ponderación en el caso concreto que resolverá el conflicto de derechos.

26 CIDH, Informe núm. 38/97, caso núm. 10.548, Hugo Bustíos Saavedra, Perú, 16 de octubre de 1997, párr. 72.

bates doctrinales que se han sostenido desde hace ya varias décadas en la jurisprudencia norteamericana y que, igualmente, han sido recogidos por otros Tribunales Constitucionales como el mexicano. Éste tiene que ver con dos enfoques distintos de protección del derecho y, por tanto, del rol estatal a adoptar frente a los distintos escenarios que convergen en las sociedades democráticas: es decir, aquella pugna entre una visión individualista o liberal de la libertad de expresión frente a otra igualitaria o social. Sin embargo, más que una disyuntiva se trata, más bien, de una relación complementaria o interdependiente entre ambas.

Frecuentemente, se ha asociado la idea de la no intervención del Estado en temas relacionados con la libre difusión de las ideas u opiniones —entiéndase todo acto de censura, restricciones indirectas, regulaciones sobre inclusivas o, incluso, cualquier medida orientada a crear vías de comunicación entre los sujetos— como la mejor fórmula para garantizar este derecho fundamental. La lógica que persigue es simple y contundente, la no limitación de los discursos propicia la generación de más discursos y con ello la construcción de un debate más amplio que enriquece a las sociedades.

Esta “tradicción” expansiva de la libertad de expresión rescata las ideas de John Stuart Mill,<sup>27</sup> según las cuales las restricciones a la libertad de expresión colocarían en un mayor riesgo el bienestar individual de las personas. Por tanto, sólo a través de una discusión libre y abierta, en la que se logren contraponer los distintos puntos de vista, incluso aquellas premisas que pudiesen ser falsas o molestas, podríamos acercarnos a la verdad. Con esto en mente, la libertad de expresión tiene por objeto garantizar que las personas expresen de manera plena y libre su autonomía, como una barrera impenetrable que se impone al riesgo constante que representa el poder arbitrario e intrusivo del Estado.

Estas mismas pautas fueron retomadas por el famoso Juez Holmes, en su disidencia del caso “U.S. v. Abrams” de 1919.<sup>28</sup> En ésta, sostuvo que “el mejor test de la verdad [de una opinión] es el poder que tiene [la misma] para ser aceptada en una competencia en el mercado”. Es decir, para Holmes la intervención del Estado mediante restricciones a cierto tipo de opiniones debía ser cambiada por un enfoque que permitiera la libre discusión entre los individuos en aras de comparar sus expresiones unas con otras.<sup>29</sup> En términos análogos al liberalismo económico, la

---

27 Cfr. Mill, John Stuart, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

28 En este caso, la minoría del tribunal respaldó el derecho a la libertad de expresión de un grupo de críticos y opositores en contra del gobierno norteamericano; se trataba de un grupo de inmigrantes rusos quienes simpatizaban con ideas socialistas o anarquistas y que se encontraban distribuyendo panfletos sobre la Revolución Rusa en vía pública.

29 250 U.S. 616 (1919).

idea ganadora sería aquella que logró vencer a las demás por sus propias virtudes, precisamente a partir de un “libre mercado de las ideas”.

Estos criterios fueron cruciales para adoptar uno de los pronunciamientos más emblemáticos en la historia jurisprudencial de la libertad de expresión y el cual surge con el caso *New York Times v. Sullivan*.<sup>30</sup> Desde su línea argumentativa, se defendía una protección reforzada de discursos que tuvieran un evidente interés público. La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que era imprescindible para asegurar un debate amplio y robusto proteger a los críticos del poder cuando sus opiniones fueran en contra de algún funcionario público.<sup>31</sup> En esa ocasión, el juez Brennan señaló que el caso debía ser evaluado “a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”.<sup>32</sup>

Sobre la base de esta doctrina, la Suprema Corte de México ha zanjado algunas discusiones de gran trascendencia social. Por ejemplo, en el Amparo Directo 28/2010,<sup>33</sup> resolvió que la columna publicada por una revista en la cual se acusaba a un periódico de que su línea editorial simpatizaba con la ideología nacionalista vasca se encontraba conforme con la libertad de expresión. De acuerdo con el razonamiento sostenido por la Corte, la libertad de expresión de la revista debía prevalecer sobre el derecho al honor del periódico debido a que la información difundida constituyó un tema de gran interés público, como es la crítica a uno de los periódicos de mayor circulación del país por presuntamente reivindicar una ideología que pudiese atentar contra su imparcialidad.

En estos términos, la Suprema Corte señaló que este tipo de discursos “adquiere un valor trascendental cuando nos referimos a un debate periodístico entre dos medios de comunicación escritos, toda vez que éstos representan los principales oferentes en este ‘mercado de ideas’, ofreciendo al público opciones de ideas y posturas y fortaleciendo el debate en aras de alcanzar la verdad”.<sup>34</sup> Por tanto, dada su incidencia social, tales medios debían ser reconocidos como figuras pú-

---

30 376 U.S. 254 (1964).

31 Citando a Mill, la Corte sostuvo que “aún una afirmación falsa podía realizar una contribución valiosa al debate público”. De tal manera, se protegió el derecho de libertad de expresión mediante la adopción de un escrutinio más estricto para que el funcionario acreditara una afectación a sus derechos personales.

32 376 U.S. 254 (1964).

33 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 28/2010, mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre de 2011.

34 *Ibidem*, p. 81.

blicas, las cuales desde esta doctrina tendrían una mayor tolerancia al escrutinio público y, consecuentemente, una reducción en sus derechos de personalidad.

Si bien el contenido de la información constituyó un elemento relevante para la determinación protectora de la libertad de expresión, por otro lado, al tratarse de dos de los medios de comunicación con mayor proyección pública del país involucrados en este intercambio de ideas, valía la pena sostener un debate desinhibido y abierto. Es decir, ambos tienen acceso a herramientas más que suficientes para responder a las críticas realizadas en su contra, lo que les da mayor ventaja para proteger sus derechos al honor y de reputación. De tal manera que se encontraban en condiciones de igualdad para plantear un debate abierto y, hasta cierto sentido, “justo”. Ante ello, la abstención estatal o el “dejar hacer” resultó la medida más adecuada para proteger la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad sobre el obrar de los medios de comunicación.<sup>35</sup>

Este enfoque se considera al día de hoy una de las doctrinas con mayor peso y relevancia para la libertad de expresión. Se podría decir que constituye la columna vertebral del derecho. Con ella, se consolida un enfoque especialmente protector de la manifestación de ideas u opiniones, incluso con mayor fuerza respecto del pensamiento crítico contra los entes públicos. De este modo, la mejor manera de debatir aspectos cruciales de la vida democrática es permitiendo la posibilidad de que la comunicación sea apropiada por los individuos, según sus posibilidades y proyectos individuales.

Por otra parte, para quienes defienden la idea de las “asambleas de ciudadanos”,<sup>36</sup> las aspiraciones del libre mercado de las ideas empiezan a ser insostenibles

---

35 Sobre este punto, resulta relevante el razonamiento que desarrolló el ministro José Ramón Cossío en su voto concurrente del caso, en relación con la *simetría* de los sujetos involucrados. Según él, “La simetría entre dos medios de comunicación no se da en todos los casos en los que nos encontremos frente a dos personas morales que se dediquen al ‘mercado de las ideas’, ya que en el mismo existen jugadores de muy diverso grado y peso específico. No es lo mismo que se enfrenten un pequeño periódico local o una radio comunitaria contra una de las televisoras nacionales, que dos medios equilibrados en su penetración, número de lectores, periodicidad de sus ediciones, etcétera”.

36 En esta metáfora, a diferencia de la sostenida en “el libre mercado de las ideas”, Meiklejohn propuso la idea de una asamblea en las que se reunían los colonos británicos de Nueva Inglaterra en los siglos XVII y XVIII y en las que se discutían las distintas vías de acción que definirían el rumbo de su comunidad. Estas reuniones formaban una especie de régimen de autogobierno directo con un fuerte componente deliberativo. Desde esta perspectiva, la conformación de una votación mayoritaria tenía que ser producto de una robusta discusión entre todos los participantes quienes lograron expresar y escuchar todos los puntos de vista. En dicha deliberación, un moderador que no forma parte de la misma asume un papel de árbitro y deberá asegurar que nadie hable por mucho más tiempo del previsto, de tal manera que impida que otros puedan hacerlo. La idea del moderador es pues el papel de un Estado interventor que regula dicha

en algunos supuestos. Al no existir mayor regulación que el propio intercambio de información con sus propios pesos y contrapesos, existe el riesgo de que otras personas o sectores sociales queden excluidas del sistema. Bajo la lógica del libre mercado, la difusión de las opiniones puede volverse materialmente inaccesible al no contarse con condiciones para allegarse de una vía de difusión adecuada y efectiva.<sup>37</sup> En este sentido, resulta entendible esperar que haya ideas subrepresentadas o sobrerrepresentadas dado que sólo unos cuantos —los dueños de los principales medios y vías de comunicación— podrán maximizar su libertad de expresión mientras que otros no habrán logrado impactar de alguna manera en el debate social<sup>38</sup>.

En términos de Owen Fiss, —quizá el principal defensor de esta doctrina y crítico del libre mercado de las ideas—, la situación que se presenta es similar al de una “ágora” que ha sido privatizada; se nos cobrará la entrada para poder acceder a ella y sólo así contar con un lugar en la arena del debate público. De tal manera que nuestro derecho a manifestarnos estará limitado a nuestra capacidad de recursos o de proyección social. En sus palabras, “en [el caso del ‘orador de la esquina’], el elemento de la escasez tiende a ser enmascarado; cuando pensamos en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Es por ello que, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción”.<sup>39</sup>

Desde esta perspectiva, “más discurso” puede significar en realidad menos deliberación y, por ende, menos consideración por la libertad de todas las personas. Por tanto, de acuerdo con Fiss “aquel escenario ideal se logrará, en todo caso, en la medida en que todos estén efectivamente situados en un pie de igualdad, y en donde la comunicación se dé fundamentalmente a partir de oradores o críticos individuales, capaces de ocupar sucesivamente o al mismo tiempo un espacio más bien infinito”. En últimas, el respeto a la igual consideración de cada uno de los discursos no implica que se tomen como afirmaciones verdaderas o dadas, sino que al menos éstas sean puestas a discusión.<sup>40</sup>

---

difusión de las ideas en aras de permitir que en la medida de lo posible todos los ciudadanos participen. Cfr. Saba, Roberto *et al.*, “Las Metáforas de La Libertad de Expresión Estudio Preliminar”, en *Libertad de Expresión: Un Ideal En Disputa*, 1 ed., Siglo del Hombre Editores, 2020, pp. 11-80.

37 Gargarela, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”..., *op. cit.*, p. 39.

38 *Ibidem*, p. 40.

39 Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997, p. 26.

40 Gargarela, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”..., *op. cit.*, p. 43.

Un caso que ilustró dichas ideas fue “Red Lion Broadcasting Co. v. FCC”.<sup>41</sup> En éste se discutió la constitucionalidad de la llamada “doctrina de la equidad”, según la cual se imponía a las emisoras de radio y a los canales de televisión la obligación de discutir cuestiones de interés público y de hacerlo desde puntos de vista opuestos entre sí. La Corte, a pesar de las críticas sostenidas por sectores liberales, sostuvo que exigirle a los medios de comunicación que compartieran sus tiempos de manera gratuita con otros se encontraba conforme con la libertad de expresión. Esto, con el objeto de presentar los distintos puntos de vista de aquellas voces que resultaban representativas para la comunidad pero que no contaban con espacios de discusión.

De manera similar al caso Red Lion, la Suprema Corte de México analizó la concordancia de la ley reglamentaria del derecho de réplica con el derecho de libertad de expresión. En la Acción de Inconstitucionalidad 122/2015,<sup>42</sup> sostuvo que la réplica debía ser concebida no como un límite a la libertad de expresión sino como un derecho que lo complementa.<sup>43</sup> De acuerdo con lo dicho por la Corte, se trata de una herramienta que garantiza que todos los sujetos involucrados tengan el mismo acceso a difundir la información que les parece relevante en determinado asunto, y que consecuentemente la sociedad goce de mayor cantidad de información disponible cuando los hechos son controvertidos o, inclusive, cuando están siendo falseados o manipulados.

Resulta ilustrativo el razonamiento que sostuvo la Suprema Corte para entender el alcance de dicha doctrina:

[e]s necesario reconocer que, por un lado, existen barreras que naturalmente imposibilitan el acceso igualitario a los medios de comunicación —principalmente a los ‘masivos’, que suelen estar concentrados en pocas personas e intereses— y, consecuentemente, resultan igualmente limitadas las posibilidades de que una idea en particular sea difundida. Por otro lado, también debe reconocerse que dentro del propio mercado de ideas, los distintos medios de comunicación no necesariamente tienen el mismo peso, puesto que entre otros factores, tiene que tomarse en cuenta el tipo de medio de que se trate

---

41 395 U.S. 367 (1969).

42 SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 122/2015 y sus acumuladas 124/2015 y 125/2015, 1 de febrero de 2018. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

43 Desde una tradición jurídica de corte liberal, se entendía que el derecho de réplica implicaba una restricción a la libertad de expresión de los medios de comunicación, en tanto se le imponía la obligación de compartir su tiempo, de manera gratuita, con aquellos particulares que tuvieran el deseo de clarificar o responder alguna afirmación sostenida en dicho medio. De acuerdo con dicha perspectiva, se alegaba que esta medida intervenía en la línea editorial de los medios al ser obligados a compartir temas o discusiones que ellos no habían decidido plantear o difundir, de conformidad con su libertad de expresión.

(escrito, radio o televisión), su cobertura (nacional, internacional, local o regional) o la periodicidad de su difusión.<sup>44</sup>

Este razonamiento le permitió al Tribunal Constitucional de México considerar que la reglamentación al derecho de réplica era una vía justificada para “restringir” el discurso de los medios y, por tanto, intervenir en el “mercado de las ideas”; esto, con el fin de garantizar que los distintos actores sociales accedan en condiciones de igualdad al debate público frente a otros que posiblemente se encuentren en mayor ventaja o que gozan de mayor proyección pública, como son los medios de comunicación en cuestión.

Con todo ello, se reconoce que la censura o las restricciones a la libertad de expresión no sólo las puede realizar el Estado; con la “doctrina de la equidad” y las justificaciones vertidas sobre la ley reglamentaria del derecho de réplica se pretende evitar precisamente que las restricciones deriven, incluso, desde un ámbito privado, en el que los medios o demás particulares puedan ejercerla si excluyen a determinadas personas del debate público que se ha planteado. Al mismo tiempo, se garantiza el derecho del público a recibir información plural, producto de un debate que consideró las distintas posturas y, con ellas, las diversas realidades, experiencias y necesidades de lo que sucede en una sociedad que se considera democrática.

Otra lectura más familiar que podemos realizar sobre este debate doctrinal es sobre aquella pugna que se sostiene entre la libertad negativa y la igualdad material. Desde luego, el principio de interdependencia e indivisibilidad ha zanjado esta discusión al evidenciar áreas de similar justiciabilidad en todos los derechos fundamentales; es decir, las obligaciones positivas y negativas resultan igualmente importantes para ejercer la libertad de expresión en igualdad de consideraciones. En conclusión, estos dos principios —libertad e igualdad— no se definen de manera aislada, sino, por el contrario, se encuentran vinculados dentro de la libertad de expresión.

La mejor conclusión a la que podemos llegar sobre estas reflexiones es que no podemos plantearnos la posibilidad de reconocer una doctrina general y uniforme de la libertad de expresión, al menos no en términos taxativos, sino de valorar caso por caso el contexto y el contenido de la información, —como lo hicieron los tribunales constitucionales de Estados Unidos y de México— y, con ello, dilucidar la premisa más garantista respecto de un supuesto específico. Dependerá, desde

---

44 Para un mejor entendimiento de dicho análisis, revisar el problema jurídico número 1, de la Acción de Inconstitucionalidad 128/2015, en *Cuaderno de Jurisprudencia de “Libertad de expresión y medios de comunicación”*. Véase en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/libertad-de-expresion-y-medios-de-comunicacion>

luego, de la relación que exista entre los sujetos involucrados en un conflicto, así como de las condiciones en la que estos se encuentren para ejercer su derecho.

Por otro lado, esto nos permite entender que la doctrina jurisprudencial de la libertad de expresión no pone a todos los discursos en un mismo nivel.<sup>45</sup> De ahí que sean los jueces quienes se encuentren en una mejor posición para valorar respecto de supuestos específicos si existe o no un perjuicio a la libertad de expresión o, de lo contrario, si existen condiciones para considerar que dicha libertad se extralimitó.

En síntesis, la noción de libertad de expresión que se desarrolla en este capítulo parte de la base de la existencia de un debate público social (Owen Fiss, 1999) y libre (Mill, 1986), en el cual existen dos dimensiones que se complementan en el ejercicio de esta libertad para la búsqueda y difusión de opiniones veraces o que reivindican aspectos cruciales de una democracia sustantiva o de derechos. Son, de hecho, los fundamentos revisados en el primer apartado que deberán conjugarse de tal manera que permitan la subsistencia de un Estado constitucional democrático; en algunos casos prevalecerá la autonomía, en otros la colectividad desde el principio democrático o la protección de los derechos y libertades de las personas.

Teniendo en cuenta esta base conceptual, en los siguientes apartados se muestran los principales estándares en materia de libertad de expresión, que recogen los razonamientos aquí vertidos, así como los distintos escenarios específicos en los que la doctrina jurisprudencial mexicana ha sido desarrollada, en aras de definir el alcance y contenido de este derecho fundamental.

#### IV. DISCURSOS PROTEGIDOS POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO E INTERAMERICANO

En México, la reforma de 2011 en materia de derechos humanos y con ella la apertura al sistema universal y regional ha nutrido de manera importante la doctrina en materia de libertad de expresión. Particularmente, los estándares del sistema interamericano han sido fuente clave para la consolidación de las principales líneas jurisprudenciales que han sido incorporadas por el Máximo Tribunal, tales como: la presunción general de constitucionalidad, el sistema dual de protección o los límites excepcionales a la libertad de expresión a través del test tripartito. Tales doctrinas se distinguen como aspectos pilares del alcance y contenido de este derecho fundamental y en los que se encapsulan las ideas y teorías antes revisadas a través de criterios puntuales y desde enfoques razonables.

---

45 Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo y libertad de expresión"..., *op. cit.*, p. 48.



En este marco, hablar de discursos protegidos por la libertad de expresión implica hablar de la regla general. Esta determinación es producto del carácter preferencial que hasta aquí se ha justificado y que ha encontrado espacio en la importancia que tiene para el Estado constitucional y democrático el libre intercambio de ideas entre todos sus miembros. Por otro lado, como cualquier otro derecho fundamental, la libertad de expresión no es absoluta pues presenta ciertos límites en razones legítimas o en principios que protegen intereses constitucionales igual de importantes, tales como: el derecho al honor y la vida privada o principios como el orden público o la seguridad nacional.

Así, dada la relevancia y profundidad que tales estándares tienen por sí mismos, antes de revisar las resoluciones sobre situaciones concretas revisaremos, en primer lugar, cada una de estas doctrinas desde una aproximación general.

### ***1. Presunción general de constitucionalidad sobre todo tipo de expresiones***

De conformidad con lo que se ha venido sosteniendo en los apartados anteriores, una regla clave, y que a su vez constituye el eje transversal de la doctrina constitucional de libertad de expresión, es la existencia de una *presunción general de cobertura constitucional* sobre todo discurso. Es decir, el reconocimiento de que en principio no existe algún criterio que justifique la censura previa de determinado tipo de expresión, ya sea con base en el contenido, la calidad del sujeto que difunde o el tipo de medio que se esté utilizando para difundirlo.

Por ejemplo, para la Suprema Corte esta presunción abarca desde expresiones que “tienen por objeto exteriorizar un sentir positivo o favorable hacia una persona”, así como aquellas que, “juzguen a las personas mediante la utilización de términos cordiales, decorosos o simplemente bien recibidos por el destinatario”.<sup>46</sup> En estos casos, se trata de supuestos que no dan lugar a ningún tipo de intromisión o tensión frente a los derechos de terceros y, por tanto, ninguna necesidad de valoración judicial, o de otro tipo, sobre el alcance de la libertad de expresión en un supuesto particular.

Por otro lado, la protección constitucional de las libertades de expresión también permite a quienes las ejerzan “el apoyo, apología o defensa de cualquier ideología, punto de vista, criterio moral, aun y cuando se trate de posturas que no vayan de acuerdo con la ideología de la mayoría”.<sup>47</sup> Ha sido un criterio reiterado que la

---

46 Tesis: 1a./J. 32/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, página 540, registro digital: 2003304.

47 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que no sólo son válidas “las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indi-

Constitución mexicana no exige pensar a partir de determinada manera, sino que “protege cualquier pensamiento, incluso aquel que podamos llegar a odiar, siempre y cuando se exprese respetando los límites previstos en la propia Carta Magna, tal y como ocurre con los derechos de terceros”. Además, la Corte mexicana ha señalado que está permitido recurrir a “cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa”.

Esta primera regla explica la obligación primaria de neutralidad del Estado frente a los contenidos de las opiniones. De acuerdo con la doctrina del “libre mercado de las ideas”, la Suprema Corte entiende que en las sociedades democráticas es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la libertad de expresión que el riesgo de una restricción general del ejercicio de dicha libertad.<sup>48</sup> De tal manera, se debe de garantizar que no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión que queden excluidos del debate público. Se debe garantizar la autonomía personal del individuo frente a cualquier riesgo de intervención o censura estatal.<sup>49</sup>

Éstas son las exigencias propias de una sociedad que pretende ser plural, tolerante y abierta, rasgos sin los cuales no existe una verdadera democracia.

## ***2. El discurso de interés público como una expresión especialmente protegida. El sistema dual de protección***

El ejercicio de la libertad de expresión dirigido a terceros se puede complicar cuando este derecho se ejerce para criticar o juzgar a una persona, de manera tal que ésta se sienta afectada en sus derechos de la personalidad, como lo pueden ser: el honor, la vida privada, la intimidad, la propia imagen, entre otros.<sup>50</sup>

---

ferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática.’” *Handyside v. Reino Unido* (mil novecientos setenta y seis), párrafo 49.

48 Tesis: 1a. CDXXII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, página 235, registro digital: 2008103.

49 Por su parte, en contraposición el artículo 13 de la Convención Americana establece que escapan de dicha protección: toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Asimismo, por mandato constitucional deben entenderse protegidas todas las formas de expresión. Dicha presunción sólo puede ser derrotada bajo razones imperiosas tal y como ocurre con los derechos de terceros.

50 Tesis: 1a./J. 32/2013 (10a.), *ob cit.*

Como lo ha señalado el Máximo Tribunal de México, esta complejidad radica en que no se puede privilegiar un determinado criterio de “decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas”.<sup>51</sup> Por ello, no resulta viable establecer o identificar aquellas expresiones que pudieran ocasionar un daño a terceros. En otras palabras, no existe ningún catálogo taxativo de expresiones o palabras que indique cuáles están amparadas por la libertad de expresión y cuáles no, y que a su vez ello vuelva automática la resolución sobre cualquier tipo de casos. De hecho, la mayoría de las veces en este tipo de tensiones se encuentran expresiones demasiado vagas o indeterminadas como para considerarlas constitucionalmente inadmisibles de manera directa. Al mismo tiempo, dicha indeterminación es una de las principales virtudes de la libertad de expresión frente al riesgo que conlleva una restricción injustificada.

Por todo esto, el control judicial se vuelve relevante en tanto el juez muchas veces se encuentra en una mejor posición para decidir su constitucionalidad de acuerdo con el contexto de la información difundida, lo que trasciende más allá de una determinación genérica o absoluta, propia de una regla jurídica. Es decir, la interpretación judicial sobre los casos difíciles, —y con ella un ejercicio robusto de ponderación— sustituye a aquellas normas que intenten definir, desde una lógica de *todo o nada*, la falta de protección por parte de la libertad de expresión sobre algún tipo de contenido vinculado a una idea u opinión.

Vale la pena destacar que la mayoría de los casos resueltos por la Suprema Corte en materia de libertad de expresión la constituyen aquellos amparos que derivan de juicios de responsabilidad civil extracontractual en los que se discute si la difusión de determinado tipo de información vulnera los derechos de terceros.<sup>52</sup> En estas primeras instancias lo que resulta crucial para los sujetos involucrados en el litigio es la determinación de responsabilidades ulteriores, de tal modo que se determine la concesión de una indemnización por concepto de daño moral. Es, pues, también ésta la lógica del razonamiento sostenido por los jueces en instancias civiles.

Sin embargo, en términos constitucionales, cuando un asunto de este tipo llega a la Suprema Corte, el enfoque cambia. El Máximo Tribunal del país ha entendido este tipo de supuestos como un conflicto entre dos derechos fundamentales; por una parte, la libertad de expresión y, por la otra, un derecho de carácter personalísimo. Ante esta tensión, el papel de la Suprema Corte será decidir cuál es el de-

---

51 *Ibid.*

52 Pou Giménez, Francisca, *La libertad de expresión y sus límites*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/36.pdf>».

recho fundamental que deberá prevalecer respecto del otro. Con ello, se entiende pues que los derechos fundamentales no son absolutos y que pueden ser definidos o limitados respecto de un caso concreto.

Precisamente, en torno a esta tensión entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad existe una amplia y diversa doctrina jurisprudencial que coloca al primero de ellos en una situación *preferencial*; esto, en virtud de consagrarse como una vía para la deliberación de asuntos que trastocan temas de gran trascendencia pública y democrática. Es decir, uno de los principales estándares mediante el cual se zanja muchas veces este conflicto constitucional es el de *relevancia pública*. A partir de lo que el sistema interamericano ha denominado el “sistema dual de protección” se protege de manera especial este tipo de expresiones, frente a personas que, por el tipo de rol que desempeñan en una sociedad democrática, ven reducidos sus derechos de personalidad. Es, pues, una de las proyecciones normativas del “libre mercado de las ideas” que demanda la no intervención del discurso para su plena circulación.

Concretamente, la Suprema Corte ha señalado que “los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna”.<sup>53</sup> No obstante, con todo y estos criterios, la Corte tiene que evaluar las circunstancias del caso para determinar, caso por caso, qué derecho deberá prevalecer respecto del otro.

## V. LÍMITES Y CONTRAPESOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR LAS RESTRICCIONES PARA SER LEGÍTIMAS

De acuerdo con la Convención Americana<sup>54</sup> y la Constitución mexicana,<sup>55</sup> los Estados no pueden establecer *censura previa directa* o de carácter preventivo a las

---

53 Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, página 538, registro digital: 2003303.

54 El artículo 13.2 de la Convención Americana prohíbe expresamente la censura, al disponer: 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

55 De acuerdo con el artículo 6 de la Constitución mexicana “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, con excepción de cuando ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público”. Por su

expresiones protegidas por la libertad de expresión. Únicamente se pueden establecer limitaciones a través de responsabilidades ulteriores para quienes hayan ejercido de manera abusiva la libertad de expresión en perjuicio del derecho de terceros u otros principios constitucionales. En estos términos, la CIDH ha señalado que “el ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban”.<sup>56</sup>

Por otra parte, las limitaciones de la libertad de expresión no pueden establecerse ni derivarse de *mecanismos indirectos*, ya sea por parte de autoridades estatales o por particulares. Por ejemplo, los particulares pueden incurrir en este tipo de restricciones a través de medios económicos, o por medio de acciones intimidantes en contra de periodistas.<sup>57</sup> También se puede ver involucrada la responsabilidad estatal cuando no se regula de manera equitativa la distribución del presupuesto en materia de publicidad oficial<sup>58</sup> o se definen normas penales sobreinclusivas que penalizan de manera desproporcionada el ejercicio periodístico sobre determinados temas.<sup>59</sup>

Con base en el artículo 13 de la CADH,<sup>60</sup> la jurisprudencia interamericana ha incorporado un test que incluye tres requisitos esenciales que debe cumplir cualquier restricción a la libertad de expresión para que sea legítima: en primer lugar, ésta debe haber sido establecida mediante una ley —en el sentido formal y material— que la defina en forma precisa y clara; el segundo expresa que la limitación

---

parte, el artículo 7 establece que “la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia es inviolable y que ninguna ley ni autoridad puede establecer la *previa censura*, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”.

56 CIDH, Informe núm. 11/96. Caso núm. 11.230, Francisco Martorell, Chile, 3 de mayo de 1996, párr. 58.

57 Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, serie C núm. 194, párrs. 107-110 y 340; Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, serie C núm. 195, párrs. 118-121 y 367.

58 Véase Amparo en Revisión 1359/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017.

59 Por ejemplo, véase: Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2013; Amparo en Revisión 492/2014, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de mayo de 2015.

60 El texto del artículo 13.2 de la Convención Americana es el siguiente:

[...]

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

se debe orientar al logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos en la norma; y por último, la limitación debe ser *necesaria* en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionada a dichos fines, e idónea para el logro de los mismos.

<p><b>1</b></p> <p><b>Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de forma clara y precisa</b></p>	<p>Toda limitación de la libertad de expresión debe haber sido prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material, es decir, en una norma vinculante general y abstracta adoptada por el órgano legislativo constitucionalmente previsto por el procedimiento correspondiente. Dicha ley debe establecer una definición precisa del alcance de la limitación por imponer en términos lo suficientemente claros y no ambiguos como para que los ciudadanos gocen de seguridad jurídica al respecto.<sup>61</sup> En el caso de las normas penales, cuando quiera que se apliquen a expresiones de interés público, la Corte IDH ha sido altamente exigente en cuanto a los requisitos de precisión de la redacción del correspondiente tipo penal. Es decir, “utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”<sup>62</sup> y de incorporar «una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.<sup>63</sup></p>
<p><b>2</b></p> <p><b>Las limitaciones deben estar orientadas al logro de objetivos legítimos</b></p>	<p>El segundo paso del test tripartito consiste en determinar si la limitación impuesta a la libertad de expresión persigue alguno de los objetivos legítimos taxativamente enunciados en el artículo 13.2. Los objetivos que autoriza la Convención Americana son: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública. La autorización para limitar la libertad de expresión (o cualquier otro derecho humano) en nombre de bienes como el “orden público”, “no es un cheque en blanco”. No es suficiente con que un Gobierno simplemente invoque la “seguridad nacional” u otro de los posibles motivos de limitación (Media Legal Defense Initiative, 2015).</p>

61 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A núm. 5, párrs. 39-40; Corte IDH, *caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C núm. 135, párr. 79; Corte IDH, *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C núm. 107, párr. 120.

62 Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C núm. 207, párr. 55.

63 *Ibid.*

<p>3</p> <p><b>Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden.</b></p>	<p>Concretamente, el tercer paso del test tripartito se subdivide, a su vez, en tres criterios: la necesidad, la proporcionalidad y la idoneidad de la limitación analizada.</p> <p><b>Necesidad.</b> La limitación debe tener el menor alcance posible, y circunscribirse a aquello que sea estricta y precisamente necesario limitar, sin ir más allá de lo indispensable; en otras palabras, el medio para imponer la restricción debe ser el menos gravoso disponible en términos del ejercicio pleno de la libertad de expresión, y debe demostrarse que el objetivo imperioso que se persigue no puede alcanzarse por un medio menos restrictivo.</p> <p><b>Idoneidad.</b> Para que una medida de limitación de la libertad de expresión sea idónea para alcanzar su objetivo imperativo, debe constituir un instrumento efectivamente conducente a dicha finalidad, esto es, estar en capacidad de contribuir a su materialización en forma efectiva.</p> <p><b>Proporcionalidad.</b> La medida restrictiva de la libertad de expresión debe limitar este derecho con un alcance que sea proporcional al objetivo que se pretende lograr, y, en esa medida, debe ajustarse estrechamente a su obtención sin ir más allá so riesgo de romper la proporcionalidad.<sup>64</sup> En palabras de la CIDH, “para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen”.<sup>65</sup> La Corte Interamericana ha provisto algunas pautas para la apreciación de esta proporcionalidad en casos concretos, específicamente cuando la limitación correspondiente se ha introducido para proteger derechos ajenos. En estos casos, según la Corte, deben evaluarse tres factores: i) el grado de afectación del derecho a la libertad de expresión grave, intermedia, moderada, ii) la importancia de satisfacer el derecho humano que se busca proteger mediante la limitación de la libertad de expresión, y iii) si la satisfacción de dicho derecho justifica en consecuencia la afectación de la libertad de expresión. Se trata de un ejercicio ponderativo y valorativo que habrá de realizar el juez en casos concretos, frente al cual, precisó la Corte, no existen soluciones <i>a priori</i>.<sup>66</sup></p>
--	---

64 Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C núm. 177, párr. 83; Corte IDH, *caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C núm. 135, párr. 85; Corte IDH, *caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C núm. 107, párr. 123; Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A núm. 5, párr. 46.

65 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 88.

66 Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C núm. 177, párr. 84.

## VI. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Actualmente, la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado en la doctrina jurisprudencial mexicana. La evolución ha sido evidente; en los últimos años, hemos transitado desde estrategias argumentativas demasiado rústicas, tildadas de procesos arbitrarios y ambiguos, a procesos de ponderación más rigurosos, diseñados de acuerdo con las especificidades de los hechos y del lenguaje propio de los derechos humanos. Bajo esta nueva dimensión operativa, los principios de razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y no discriminación, entre otros, se han acercado a las posibilidades de cada discurso y su relación con el entorno democrático al cual aspiramos como sociedad.

Así, toca revisar las sentencias y las distintas conclusiones judiciales adoptadas conforme a casos emblemáticos. Los criterios desarrollados en ellas nos permitirán orientarnos y encuadrar los estándares antes revisados a casos que demuestran de mejor manera la utilidad de los precedentes para casos futuros.

### *1. Elementos para analizar casos sobre libertad de expresión. Los sujetos como parte central del debate público y del análisis jurídico*

Es bien sabido que dentro de una misma línea o doctrina jurisprudencial — respecto de un supuesto particular—, los casos no siempre son estudiados de la misma manera, sea a partir de la aplicación de criterios o de metodologías de adjudicación. Por ello, antes de revisar el contenido y alcance de este derecho fundamental a través del estudio de sentencias, resulta útil que partamos de la identificación de un modelo teórico que nos permita analizar de manera ordenada los casos y estándares en la materia. En este sentido, más que centrarnos en conceptos o criterios teórico normativos susceptibles de ser muy ambiguos, nos colocaremos en *escenarios fácticos*,<sup>67</sup> propiamente, respecto de la *calidad de los sujetos involucrados*.

Sin embargo, para efectos de tener mayor claridad sobre todo el escenario de circunstancias repasemos, en primer lugar, cada uno de estos elementos circuns-

---

67 De acuerdo con Diego López, el análisis sistemático de las sentencias debe poner como prioridad la identificación de un “patrón fáctico frecuentemente litigado”, en correlación con las reglas específicas que se han establecido en cierto periodo de tiempo. Con ello, la tarea del investigador es realizar una lectura estructural con base en los precedentes fijados sobre dicha situación particular, con las características comunes o contrarias, según la narrativa que se vaya a utilizar. *Cfr.* López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002, p. 148.



tanciales que pueden converger en un conflicto sobre libertad de expresión y que, a su vez, pueden ser relevantes para la resolución del caso.<sup>68</sup> En últimas, se trata de un escenario que se conforma esencialmente por dos partes involucradas que alegan intereses fundamentales a su favor y cuya tensión tiene su origen en la manifestación de ideas, hechos u opiniones; al mismo tiempo, son supuestos que generalmente involucran una colisión de derechos humanos, en los que el juzgador deberá analizar el tipo de relación jurídica que la libertad de expresión sostiene con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, para decantarse al final por una postura particular:

<p><b>1</b></p> <p><b>El contenido de las expresiones que dan origen al conflicto normativo</b></p>	<p>Ésta la constituyen los hechos, opiniones o imágenes, de tal manera que su identificación nos permite determinar el derecho específico que ejerce la persona que se expresa —<i>libertad de opinión</i> o <i>libertad de información</i>—. Por ejemplo, de acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte, conocer si la información difundida constituye una opinión o una información relativa a un hecho nos ayuda a determinar la conveniencia del criterio de <i>veracidad</i>; ya que por su naturaleza, éste suele aplicarse respecto de hechos y no sobre juicios de valor, como es la crítica o la opinión.</p>
<p><b>2</b></p> <p><b>Formato o medio por el que se difunde la información</b></p>	<p>Como ya se ha reiterado, la libertad de expresión podrá ser difundida por cualquier medio posible de difusión. Entre las distintas modalidades se han identificado el derecho a hablar y a hacerlo en la lengua que uno elija; el derecho a escribir; el derecho a difundir a través de imágenes, fotografías, o cualquier tipo de expresión artística; así como el derecho de expresar las ideas a través de cualquier tipo de medio de comunicación masiva, sea la TV, la radio, el internet, etc. Muchas veces, dependiendo del alcance o de las especificidades de cada formato o medio de difusión se adopta determinada medida orientada a proteger su difusión.</p>

68 De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, en aquellas problemáticas derivadas de litigios de índole civil, en los que se está en presencia de un conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, la resolución del caso parte de “analizar el contenido de las expresiones que dan origen al litigio, la temática comprometida, la calidad de la persona demandada y la calidad del demandante.” Tesis: 1a. LIII/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 81, diciembre de 2020, Tomo I, página 355, registro digital: 2022518. Sin embargo, para el desarrollo de la presente metodología se incorporarán, además de estos elementos, otros que resultan igual de relevantes para resolver otro tipo de relaciones jurídicas mantenidas por libertad de expresión con otros principios jurídicos o actores sociales, no necesariamente limitándonos al marco de un litigio de índole civil o penal, como es el caso del propio Estado.

<p><b>3</b></p> <p><b>La calidad de la persona que realizó la expresión y quien es titular del derecho.</b></p>	<p>Dentro de esta categoría se incluyen a los particulares, los periodistas, medios de comunicación, los funcionarios públicos o, incluso, colectivos y grupos sociales. La regla general es que —de conformidad con la <i>titularidad universal del derecho</i>— toda persona se encuentra protegida por la libertad de expresión; no existe ningún criterio que limite su ejercicio a determinado grupo, profesión o cualquier otro sector social específico. Sin embargo, en muchas ocasiones es relevante identificar la calidad del sujeto puesto que de ello depende un control judicial que brinde una protección reforzada o específica atendiendo a las circunstancias, necesidades o responsabilidades sociales del mismo; por ejemplo, los periodistas o los pueblos y comunidades indígenas.<sup>69</sup></p>
<p><b>4</b></p> <p><b>La calidad del sujeto destinatario quien sostiene reivindicar a su favor la protección de otro derecho o principio constitucional, en contraposición con la libertad de expresión.</b></p>	<p>En el marco de los litigios, la mayoría de los casos se trata de <i>personas físicas</i>, como: funcionarios públicos, particulares con proyección pública o medios de comunicación, quienes demandan por vía civil que cierta expresión les ocasionó un perjuicio en sus derechos de personalidad (honor, vida privada, propia imagen, etc.). De acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte de México y de la Corte Interamericana, la identificación de la calidad del sujeto destinatario nos permite reconocer quienes tienen mayor tolerancia a la crítica y, por tanto, mayor reducción en sus derechos personales.<sup>70</sup> Por otro lado, también en este supuesto se encuentra el <i>Estado</i>, que tiene el monopolio del uso de la fuerza y del uso del derecho penal, de tal manera que, a través de la emisión de leyes y de la actuación de sus instituciones, puede restringir de manera directa o indirecta la libertad de expresión de los particulares; por ejemplo, las disposiciones que restringen de manera injustificada el ejercicio periodístico en salvaguarda del orden público o la seguridad nacional.</p>
<p><b>5</b></p> <p><b>La temática comprometida en el asunto</b></p>	<p>Puede tratarse de cuestiones de interés público o social; aspectos que atañen a la vida privada del afectado o temas que se vinculan con la seguridad nacional u orden público del país; toda vez que, <i>generalmente</i>, los discursos expresivos sobre temas de interés público tienen una mayor protección constitucional.</p>

69 Por ejemplo, véase Tesis: 1a. XXII/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, Página: 2914, Registro: 2000106.

70 Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor de forma absoluta, sino que el grado de intromisión permitido será mayor cuando dichas críticas dirigidas a su persona estén relacionadas con asuntos que sean de relevancia pública. *Cfr.* Amparo directo 28/2010, *op. cit.*

Con base en todo ello, identificar la calidad de quienes son titulares de los derechos o principios constitucionales —se trate de periodistas, funcionarios, medios de comunicación, particulares o el propio Estado a través de las leyes o instituciones— nos sirve para valorar de manera clara la intensidad de la intervención que un juez tiene en la resolución de un caso y, con ello, hacer un análisis más pormenorizado del problema.<sup>71</sup> Desde luego, como ya revisamos, el tipo de sujeto no resulta el único elemento a considerar para resolver un conflicto sobre libertad de expresión, pero al menos nos dará un parámetro estable que, entre otras cosas, funcionará como eje frente a la diversidad de aspectos fácticos que confluyen sobre el mismo supuesto.

Por otra parte, esta metodología se adapta al marco conceptual definido por las dos visiones de libertad de expresión, en tanto muchas veces es a partir de la calidad o del rol de los sujetos involucrados que se determina una intervención judicial particular. Con ello, una de las cuestiones que se encuentra de fondo es la de dilucidar si existen razones suficientes para justificar una protección expansiva de la libertad de expresión (libre mercado de las ideas) o, de lo contrario, alguna restricción justificada a la misma que implique la identificación de impedimentos materiales de un grupo o sector social para desplegar un debate en condiciones de igualdad (asamblea de ciudadanos).

A manera de organizar este tipo de conflictos normativos, la siguiente tabla muestra los supuestos más recurrentes en los que la doctrina jurisprudencial en materia de libertad de expresión ha sido desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, justamente, a partir de la base fáctica acotada al tipo de sujetos.<sup>72</sup> Vale la pena decir que ésta no se trata de una lista taxativa. Posteriormente, retomaremos algunos de estos supuestos en la revisión de sentencias claves; ello nos permitirá dilucidar los criterios más relevantes en la materia.

---

71 Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 9.

72 Vale la pena advertir que esta clasificación no es taxativa ni las sentencias que en cada una de las categorías se incluyen, pero brinda elementos que pueden ser útiles para ilustrar las posibilidades protectoras respecto del derecho humano de libertad de expresión e información.

### Supuestos en los que se ha reconocido una protección reforzada de la libertad de expresión sobre el derecho de terceros o intromisiones estatales

Protección reforzada sobre la libertad de expresión	Emisor o titular del derecho a la libertad de expresión (Protección reforzada)	vs	Destinatario o sujeto pasivo de la libertad de expresión (Protección debilitada o nula)
	Particular		Estado
	Periodista		Funcionario público
			Estado
	Medio de comunicación		Particular con proyección pública
			Estado
	Funcionario público		Medio de comunicación
			Funcionario público

#### A. Particular contra Estado

La visión clásica de la libertad de expresión concibe una relación jurídica vertical entre los titulares de los derechos y el Estado, mismo que es el primer sujeto obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales. De esta “dicotomía” emerge una obligación básica en materia de libertad de expresión, que es la de *no intervención estatal* y, con ella, la adopción de una postura neutral frente a la libre deliberación de las ideas. De esta manera, la libertad de expresión se presenta como una barrera infranqueable frente al establecimiento de verdades o dogmas que arbitrariamente el Estado pueda imponer, lo que por el contrario prioriza el derecho de los particulares de confrontar sus propias y diversas posturas en aras de plantear un debate robusto.

*Amparo en revisión 1595/2006. Caso “Repartidor de octavillas” y la prohibición de la censura previa*<sup>73</sup>

Una de las decisiones pioneras en materia de libertad de expresión, que destacó la importancia de la no intromisión del Estado en la difusión de las ideas y

73 Amparo en revisión 1595/2006 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de noviembre de 2006.

opiniones realizadas a través de cualquier medio de comunicación fue el amparo en revisión 1595/2006. En este caso, la Suprema Corte protegió el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad religiosa de un particular frente a una norma que le censuraba de manera injustificada su ejercicio en vía pública.

Concretamente, los hechos del caso tuvieron su origen después de que un particular se encontrara repartiendo en la calle una octavilla que anunciaba un concierto y un cuaderno con extractos del evangelio. Como consecuencia de ello, fue remitido a la comisaria del Ayuntamiento de Toluca y multado por no contar con un permiso previo de las autoridades municipales para distribuir dicha información, como lo establecía el artículo 123 del bando municipal emitido por el Ayuntamiento de Toluca.<sup>74</sup>

En contra de dicha detención y multa, el particular promovió juicio de amparo indirecto alegando la violación de sus derechos a la libertad de expresión e información contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución; así como a su libertad de culto, por limitársele distribuir sus creencias religiosas, de acuerdo con el artículo 24 constitucional.<sup>75</sup> Sin tener éxito en sus planteamientos en las primeras instancias, el caso llegó a la Suprema Corte para la revisión del juicio. Por unanimidad de votos, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó concederle el amparo al quejoso tras considerar que el referido artículo 123 del bando municipal era inconstitucional.

Para llegar a dicha conclusión, la Suprema Corte tuvo que responder a la pregunta: ¿la norma municipal que exige solicitar permiso previo a las autoridades municipales para repartir documentos en la vía pública se encuentra conforme con la libertad de expresión e imprenta y la libertad religiosa? Con base en ello, la Corte determinó que en el caso debía prevalecer la libertad de expresión y la libertad religiosa del particular sobre un presunto interés estatal de preservar un adecuado cuidado e higiene del espacio público, el cual se sostenía era la finalidad de dicha disposición.

---

74 Artículo 123. Se impondrá multa de 1 a 50 días de salario mínimo a quien:  
(...)

X. Sin permiso, pegue, cuelgue, distribuya o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal”.

75 El artículo 24 de la Constitución mexicana señala: “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley”.

La Primera Sala señaló que la libertad de expresión no protege únicamente el acto “estático” de expresar o comunicar lo que uno estime conveniente, sino la actividad consistente en *divulgar* lo expresado por cualquier medio y a las personas que uno desee.<sup>76</sup> En este caso, destacó que el Estado se encuentra obligado tanto a adoptar obligaciones de carácter negativo como positivo,<sup>77</sup> de tal manera que la primera de ellas, dada la relevancia que tiene, se expresa en la Constitución bajo la fórmula de la *prohibición a la censura previa*.<sup>78</sup>

Así, dicha regla prohibitiva implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad; por otro lado, el ejercicio de la libre expresión y de la libertad de imprenta sólo puede someterse a responsabilidades posteriores pero no a controles *a priori*.<sup>79</sup>

Sin perjuicio de esta regla fundamental, y como es recurrente en casos en los que los derechos fundamentales entran en tensión unos con otros, la Corte reconoció que estos no son absolutos y que en ese sentido los poderes públicos tienen la facultad para expedir normas destinadas a armonizar su ejercicio con la atención de otros derechos y bienes.<sup>80</sup> Ante este tipo de situaciones, la ponderación resulta la vía adecuada para determinar qué derecho o principio deberá prevalecer respecto del otro en una situación concreta, sin que ello implique necesariamente la invalidez del derecho que no se encontró conforme con la Constitución.

Sin embargo, —y es aquí donde la Corte hace una distinción conceptual muy importante— a veces la Constitución o los tratados internacionales incluyen normas específicas, “normas que estructuralmente son *reglas*, no principios, y que por tanto dictan con precisión el tipo de conclusión jurídica que se sigue en una

---

76 Amparo en revisión 1595/2006, *op. cit.*, p. 22; dicho criterio fue desarrollado por la Corte IDH en el Caso “*La Última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia de 5 de febrero de 2001.

77 Amparo en revisión 1595/2006, *op. cit.*, p. 24.

78 El artículo 7 de la Constitución Política señala que: “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores”, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 prevé que el ejercicio de la libre expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores, las cuales deben fijarse expresamente en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas; con la única excepción —establecida en la propia Convención— referida a los espectáculos públicos, los cuales pueden someterse por la ley a censura previa con el objeto exclusivo de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

79 Tesis: 1a. LVIII/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, página 655, registro digital: 173251.

80 Amparo en revisión 1595/2006, *op. cit.*, p. 16.

determinada hipótesis”.<sup>81</sup> Por tanto, para la Corte esta prescripción normativa constituye una norma incondicional, cuyo fundamento deriva de una ponderación previamente definida en la propia disposición. Con ésta, se brinda un criterio de certeza jurídica para supuestos específicos; o se cumple o no se cumple, o se prohíbe o se permite determinada conducta.

Con base en esta categoría, la Corte concluyó que *la prohibición de la censura previa* se configura como una regla jurídica; una disposición que dispone todas las veces lo que debe ser. En tal sentido, la ponderación como una herramienta hermenéutica, cuya función es definir los alcances de un derecho o principio constitucional en casos de tensiones, debe ser remplazada por un ejercicio de subsunción. Es decir, basta con acreditar si un supuesto de hecho se incluye o no en la categoría de censura previa para determinar automáticamente su prohibición.

En este caso, la Corte resolvió que, aunque la disposición impugnada prescribía supuestos de hecho que sí perseguían un fin legítimo, —como las relativas a prohibir pegar, colgar o pintar propaganda de cualquier tipo en edificios públicos, postes, vías públicas o jardines—ya que estaban destinadas a salvaguardar el buen uso, limpieza y adecuada preservación de los bienes de dominio público; por otro lado, en específico, la prohibición de distribuir propaganda “comercial o de cualquier otro tipo” en la vía pública resultaba inconstitucional por restringir de manera injustificada una situación de hecho en la que no se ponía en riesgo el fin perseguido por la norma.

Por tanto, al someter la posibilidad de difundir la información en la calle a la condición de solicitar un permiso previo a las autoridades municipales, que éstas arbitrariamente podrían permitir o negar, resulta evidente que la norma se constituye como un mecanismo de censura incompatible con la libertad de expresión. Por lo cual dicha disposición resultó constitucional y se le concedió el amparo al quejoso.

En estos términos, la prohibición de la censura previa se constituye como un estándar especialmente protector, mediante el cual la determinación de garantizar la libertad de expresión por vía judicial va a depender de un paso hermenéutico y no a partir de un ejercicio más exhaustivo de interpretación. La fijación de una regla de esta magnitud se puede justificar dada la relación vertical o asimétrica —tanto en términos normativos como fácticos— entre el particular y el Estado, la cual exige de un criterio que limite eficazmente la intervención de un ente público que cuenta con diversos mecanismos de restricción a su disposición, como es el uso del derecho penal o de la fuerza pública. Así, dicha prohibición es una

---

81 *Ibidem* p. 31.

inmunidad oponible a la actuación del Estado que propicia un espacio libre de obstáculos para la liberación de las ideas.

## B. Particular contra funcionario público

Hoy en día no podemos concebir a la libertad de expresión como un límite dirigido únicamente al poder público que, bajo la doctrina ya referida, su eficacia se reduciría a un plano meramente unidireccional o vertical. Esta perspectiva clásica es insuficiente para dar respuesta a las violaciones cometidas por particulares; muchas veces estas situaciones constituyen las más complejas, desiguales y vulnerables maneras de restringir las libertades constitucionales. Como lo ha sostenido la Suprema Corte, “resulta innegable que las relaciones de desigualdad [entre los particulares] que se presentan en las sociedades contemporáneas, mismas que acarrearán posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil”.<sup>82</sup>

En este sentido, no existe razón alguna para que la eficacia de los derechos fundamentales se limite a los órganos estatales, sino que alcanza a todas las relaciones jurídicas que puedan converger en las sociedades democráticas.<sup>83</sup> Así, por ejemplo, la Suprema Corte ha considerado que en aquellos asuntos en los que el conflicto se origina porque un particular alega que se le ha vulnerado su derecho al honor, y otro señale que las manifestaciones combatidas se ejercieron de acuerdo con su libertad de expresión, se actualiza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en tensión, situación que conlleva una colisión entre los mismos.<sup>84</sup> Ante este escenario, el juzgador deberá proceder a un ejercicio de ponderación y análisis para decidir cuál derecho prevalecerá.

*Amparo directo en revisión 1105/2014. Inserciones pagadas en periódicos por particulares*

Un caso que precisamente constata la relación de desigualdad que puede existir entre los sujetos involucrados fue el amparo directo en revisión 1105/2014. En éste, un particular contrató una “inserción pagada” con la empresa editora *El Sol*,

---

82 Amparo directo en revisión 931/2012 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2012, p. 17.

83 Sobre este tema, la Primera Sala de la Suprema Corte ha venido sosteniendo firmemente la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, situación que se produjo a partir de la resolución recaída en el amparo directo en revisión 1621/2010 y que fue definida por primera vez en un caso de libertad de expresión en el amparo directo en revisión 931/2012.

84 Amparo directo en revisión 931/2012, *op. cit.*, p. 24.



del periódico *El Norte*, con el fin de publicar algunos encabezados periodísticos que ya habían sido difundidos anteriormente. Estos hacían referencias a supuestos actos de corrupción relacionados con un ex funcionario público —que había fungido como secretario del Ayuntamiento de Monterrey— en el marco de una campaña política. Ante esto, el ex funcionario ejerció acción penal en contra del particular por el delito de difamación, la cual culminó con la condena del autor de dicha inserción. Inconforme con la decisión, el demandado promovió recurso de apelación, del cual una Sala Colegiada en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León confirmó la decisión anterior.

En contra de la decisión, el particular promovió juicio de amparo directo alegando la violación de su derecho a la libertad de expresión dado que a su consideración la información que difundió era de interés público y, por tanto, su difusión debía ser protegida. En respuesta a ello, un Tribunal Colegiado en Materia Penal determinó su absolución con motivo de que la información se relacionaba a un personaje público por lo que la libertad de expresión tenía preferencia sobre los derechos personales del actor. Inconforme con la decisión, el exfuncionario promovió un recurso de revisión, alegando que no existía interés público, dado que para la inserción se utilizó información del pasado, además de que quien la publicó no era alguien dedicado al periodismo.

Ante el referido escenario fáctico, el análisis de la Suprema Corte se puede dividir esencialmente en dos puntos: en primer lugar, si dicha inserción pagada por parte de un particular, que *no era periodista*, se encontraba protegida por la libertad de expresión; y, en segundo, si dicha difusión de información en relación con la gestión de un *ex funcionario público* constituye un tema de interés público, de tal manera que merezca ser especialmente protegida por la libertad de expresión, aun cuando se refiere a hechos ocurridos en el pasado.

Respecto del primer punto, el quejoso alegó que quien pagó la inserción no era periodista y por tanto la conducta desplegada no podía traducirse en un actuar por interés público. Al respecto, la Corte consideró que no resultaba necesario que quien difunda la información se encontrara en el ejercicio de actividades periodísticas. De acuerdo con dicha idea, precisó que “los medios de comunicación constituyen el canal, la caja de resonancia, de las opiniones que los ciudadanos emiten con relación al comportamiento de los funcionarios públicos. Sería absurdo pensar que la libertad de expresión fuera un coto exclusivo de los periodistas, ya que ello supondría que ellos y sólo ellos tendrían la potestad de alzar la voz para opinar, cuestionar o disentir sobre las acciones y decisiones de la autoridad”.<sup>85</sup>

---

85 Amparo directo en revisión 1105/2014, *op. cit.*, párr. 101.

Para la Corte, el derecho a la libertad de expresión de cualquier ciudadano cuenta con el respaldo de la Constitución y los tratados internacionales para su libre ejercicio. Por todo ello, es perfectamente válido sostener que, en ejercicio de la libertad de expresión, cualquier persona puede realizar o pagar una publicación en prensa por medio de la cual se hagan imputaciones en contra de otra persona.

Respecto del segundo punto, la inserción pagada —al tratar de incidir en la formación de la opinión pública de potenciales votantes en un proceso electoral— la Corte reconoció que se configuraba como un *discurso político*. De acuerdo con lo sostenido, “la libertad de imprenta y el derecho a dar y recibir información protege de manera especialmente enérgica la expresión y difusión de este tipo de discursos y, más ampliamente, sobre asuntos de interés público”.<sup>86</sup> El discurso político está más directamente relacionado que otros —por ejemplo, el discurso de la publicidad comercial— con la dimensión social y las funciones institucionales de las libertades de expresión e información.

Por tanto, de acuerdo con el razonamiento desarrollado por la Corte, la protección de su libre difusión resulta especialmente relevante para que estas libertades desempeñen plenamente sus funciones en relación con la formación de la opinión pública en asuntos de carácter político. Es pues el fundamento *democrático* de la libertad de expresión lo que brinda una distinción especial, en tanto los consensos alcanzados desde el debate público repercuten en la protección de los demás derechos y libertades.

Sobre esta misma línea, un segundo aspecto que también definió el carácter de interés público sobre dicho discurso fue que, para la Corte, debía considerarse a dicho ex funcionario público como una “figura pública”, por tratarse de expresiones dirigidas a una persona que había fungido como secretario del Ayuntamiento de Monterrey. En tal sentido, y en virtud del sistema dual de protección incorporado por la Corte, “las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas, así como los candidatos a desempeñarlas, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos ordinarios frente a la actuación de los medios de comunicación de masas en ejercicio de los derechos a expresarse e informar”.<sup>87</sup>

Por tanto, en respuesta a la segunda pregunta planteada, “basta con que alguien sea funcionario público o haya tenido ese carácter en otro momento —recuérdese que el recurrente había fungido como secretario del Ayuntamiento de Monterrey—, para que un ciudadano cualquiera pueda legítimamente utilizar los

---

86 *Ibidem*, párr. 62.

87 Amparo directo en revisión 1105/2014, *op. cit.*, párr. 68.

medios de comunicación para ejercer un escrutinio acerca del comportamiento de aquél, mediante la emisión de opiniones o la divulgación de hechos [...]”.<sup>88</sup>

La Corte concluyó señalando que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no está sujeto a la *temporalidad* de los hechos o de las opiniones de que se trate, ya que ese factor nada tiene que ver con los propósitos últimos del ejercicio de la libertad: coadyuvar con la formación de la opinión pública.<sup>89</sup> Puede decirse que el interés público no caduca con el transcurso del tiempo; de hecho, diversas causas se han revelado muchos años después en distintos Estados latinoamericanos generando un impacto estructural en los sistemas democráticos, gracias al ejercicio de la libertad de expresión.

En conclusión, la Suprema Corte decidió proteger la libertad de expresión del particular sobre los derechos de personalidad del funcionario por una razón de interés público, cuyo carácter tuvo lugar no solamente en el contenido de la información sino también en el tipo de sujeto de quien fue dirigida dicha publicación.

### C. Periodista contra funcionario público

Como se señaló anteriormente, una de las funciones medulares de la libertad de expresión es la de hacer posible la instauración y consolidación de los sistemas democráticos en los Estados. Ello es así, ya que permite a los ciudadanos denunciar, dismantelar o visibilizar las distintas formas en las que las instituciones y sus actores políticos se alejan de los principios y valores que en estos sistemas se sostienen. En estos contextos, los periodistas y medios de comunicación tienen un papel social importante ya que son ellos quienes proyectan en mayor medida la dimensión social y política de la libertad de expresión; esencialmente, su trabajo de difusión promueve la construcción de un debate plural y robusto sobre diversos temas de interés democrático.

Por esta razón, resulta clave desplegar una protección especial sobre la labor periodística, como es, entre otros supuestos, en aquellos casos en los que se critica el actuar de quienes tienen responsabilidades públicas importantes, como son los funcionarios públicos. No es menor enfatizar que la mayoría de los litigios iniciados por servidores en contra de periodistas, más allá de un reclamo legítimo con motivo de la violación a sus derechos de personalidad —como es su derecho al honor o reputación—, tales demandas constituyen un mecanismo de intimidación

---

88 *Ibidem*, párr. 89.

89 *Ibidem*, párr. 103.

en contra de este sector.<sup>90</sup> En estos casos, la capacidad política y mediática que estos personajes públicos gozan, y con ellos la definición de una relación de poder asimétrica que les favorece, se convierte en un elemento importante a considerar para determinar una resolución judicial en favor del derecho de los periodistas.

*Amparo directo en revisión 3111/2013.*<sup>91</sup> *Expresiones ofensivas en contra de un funcionario y la doctrina de la “real malicia”*

Una sentencia en la que se estableció un estándar protector de la libertad de expresión en favor de un periodista fue el amparo directo en revisión 3111/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte. En ella se concedió la protección constitucional con motivo del interés público que generó la información difundida vía periodística en contra de un ex gobernador.

En el marco de los hechos del caso, la problemática surge después de que un periodista publicara una serie de notas en las que se refirió de manera provocadora a las presuntas irregularidades existidas en la función pública de un ex gobernador de Aguascalientes. En dichas publicaciones se utilizaron términos como “hambreador” y “ladrón”, presumiendo con ello la comisión de ciertos delitos por parte del funcionario. Sin embargo, a consideración del ex gobernador, las expresiones contenidas en las notas fueron emitidas de manera ofensiva e injuriosa hacia su persona, motivo por el cual presentó una demanda en contra del autor por considerarlas un ataque a su vida privada, honor y reputación.

Después de haber presentado un amparo y de que en las primeras instancias se le concediera la razón al periodista, el ex gobernador solicitó la revisión de dicho amparo alegando la violación de sus derechos al honor y reputación, mismo que conoció la Suprema Corte para su estudio. En el presente caso, la Corte encuadró su análisis en la pugna de dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión e información del periodista y el derecho al honor del funcionario.

De acuerdo con el estándar del “sistema dual de protección”, la Suprema Corte tuvo que valorar, en primer lugar, si la información difundida cumplía con el parámetro de *relevancia pública*, mismo que aplicó en el amparo directo en revisión 2044/2008; es decir, determinar si quien fue receptor de las columnas y notas periodísticas publicadas podría ser considerada como *figura pública*, de tal manera que, —de acuerdo con dicho estándar— tuviera más tolerancia al escri-

---

90 Cfr. Gómez Gallardo, Perla, “El ejercicio del periodismo en condiciones de violencia”, en González Pérez, Luis Raúl *et al.*, (coord.), *Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Oxford, UNAM, 2013, pp. 47 y 48.

91 Amparo directo en revisión 3111/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2013; Razones similares en el amparo directo en revisión 2598/2017 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 31 de enero de 2018.

tinio público de su persona; en segundo lugar, valorar si la temática y el contexto de dichas expresiones se relacionaban con un aspecto de gran interés público que justificara una mayor difusión social de su contenido.

La Corte reconoció que el ex gobernador debía demostrar un mayor grado de tolerancia al escrutinio público, a propósito de su condición de funcionario público o de haberlo sido; ello porque dichos personajes, en casos de que se sientan afectados en sus derechos de personalidad por causa de ciertas informaciones u opiniones, se encuentran en la posibilidad de acceder a los medios de comunicación y así reaccionar a tales expresiones que los involucren;<sup>92</sup> es decir, gozan de más herramientas para poder responder y reivindicar sus derechos de la personalidad frente a la sociedad.

Ahora, respecto de la temática y contexto de las expresiones, dado que el objeto central de las notas fue la narración y crítica de los sucesos que tuvieron lugar durante la administración del exgobernador, así como en otros cargos públicos que había desempeñado, la Corte estimó que la información difundida constituía un asunto de interés público. De acuerdo con el sistema dual de protección, destacó que “el servicio público exige un escrutinio público intenso por parte de la sociedad, ya que se encuentra relacionado con el desarrollo adecuado de las funciones estatales”. Por tanto, muy vinculado al punto de vista del sujeto, se justifica una deliberación muy amplia en contra de su persona precisamente por vincularse con tales prácticas estatales.

Tras confirmar que las expresiones cumplían con el parámetro de constitucionalidad, la Corte aplicó el estándar de la “malicia efectiva”, el cual establece una mayor exigencia probatoria para acreditar daños al honor. De acuerdo con este criterio, la “real malicia” se actualiza cuando la información difundida es falsa o se difunde con la única intención de dañar. En este caso, la Corte precisó que no es suficiente que la información sea “falsa” para actualizar la “malicia efectiva”,<sup>93</sup> sino que requiere además que se demuestre que se publicó “a sabiendas de su falsedad”, o con total despreocupación sobre si era o no falsa; ello revelaría que fue publicada con la intención de dañar.

Para aplicar dicho criterio, la Corte distinguió, primeramente, entre *hechos* y *opiniones*, y aclaró que únicamente los primeros son susceptibles de pruebas y los

---

92 Amparo directo en revisión 3111/2013, *op. cit.*, p. 75.

93 De acuerdo con la Corte, la definición de dicho estándar en tales términos conllevaría a “imponer sanciones a informadores que son diligentes en sus investigaciones, por el simple hecho de no poder probar en forma fehaciente todos y cada uno de los aspectos de la información difundida, lo cual, además de que vulneraría el estándar de veracidad aplicable a la información.” Amparo directo en revisión 3111/2013, *op. cit.*, p. 79.

segundos, al ser juicios de valor, no tienen la misma posibilidad material. Sin embargo, advirtió que cuando un texto incluya ambos, resulta suficiente la determinación subjetiva de que la nota contiene preponderantemente hechos u opiniones. De acuerdo con la Corte, este tipo de valoración podría eximir de cumplimiento del requisito de *veracidad*. Por ello, si el texto tiene una mezcla de hechos y opiniones “habrá que determinar *si el texto en su conjunto tiene un ‘sustento fáctico’ suficiente*; éste no es equivalente a la prueba en juicio de los hechos en que se basa la nota, sino a un mínimo estándar de diligencia en la investigación y comprobación de hechos objetivos”.<sup>94</sup>

En este sentido, tras el análisis de la información y opiniones contenidas en las notas y el hecho de que el quejoso no aportó prueba alguna que desacreditara cualquiera de los hechos a los que hacían referencia las notas, se concluyó que “no quedó acreditado que la información sea falsa, y además, porque la misma atiende a cuestiones de interés público, que fomentan el debate público, y que por tanto, su difusión sólo puede ser limitada si se acredita que fueron publicadas con ‘malicia efectiva’, cuestión que tampoco fue probada.”<sup>95</sup> Por ende, la publicación de las notas no implicó una extralimitación al ejercicio de la libertad de expresión.

A partir de los razonamientos sostenidos por la Corte, se puede reiterar la idea de que no existe un catálogo de expresiones que de manera *pre establecida* distinga aquellas que gozan de protección constitucional de las que no. En estos casos, los sujetos y el contexto de la información se vuelven piezas clave para determinar el grado de afectación o la tolerancia a la crítica pública que una persona deba tener y, consecuentemente, determinar vía judicial la aplicación de un escrutinio que favorezca a quien está haciendo uso de su libertad de expresión.

De esta manera, se presenta una eficacia horizontal de los derechos fundamentales, cuya balanza se equilibra en favor de la libertad de expresión. De acuerdo con Perla Gómez, se puede concluir que se debe revisar y atender no sólo aquellos ataques directos a periodistas y demás medios de comunicación, sino también las intervenciones más sutiles o indirectas, pero que afectan en la misma proporción el ejercicio de la libertad de expresión, como es a través de los *ataques institucionales*: estos se puede proyectar, por ejemplo, a partir de la penalización de los delitos contra el honor; por la ambigüedad con la que se regula el daño moral imputables a quienes hacen uso de la libertad de expresión en contra de terceros; o, como sucede en el presente caso, a través de procedimientos judiciales que se traducen en ataques importantes a periodistas por parte de funcionarios, por el

---

94 *Ibidem*, p. 97.

95 *Ibidem*, p. 122.

hecho de someterlos permanentemente a juicios interminables que los desgastan económica y anímicamente.<sup>96</sup>

Esta clase de prácticas puede llegar a generar autocensura o disuación de los periodistas para criticar y difundir sobre cierto tipo de temas que en últimas resulten de interés público. De ahí la importancia sobre este tipo de resoluciones, cuyo enfoque se configura como una contensión a tales ataques.

#### D. Periodista contra Estado<sup>97</sup>

Ya se ha hablado sobre la relevancia del papel de las y los periodistas para seguir construyendo una sociedad crítica atenta a las funciones públicas de sus servidores. Por otro lado, como fue referido en páginas anteriores, la labor periodística puede ir más allá del escrutinio dirigido a personas físicas, poniendo sobre la arena del debate público temas o cuestiones que trastocan bienes jurídicos o intereses fundamentales vinculados con la salvaguarda del propio Estado; tales como el orden público, la seguridad nacional o la paz.

En estos casos, el escrutinio periodístico resulta muchas veces necesario para dar cobertura a informaciones de relevancia pública que, si bien en principio se encuentran protegidas o en posesión del Estado, es crucial que la sociedad las conozca pues de ello depende que se generen discusiones que lleven al pleno funcionamiento de los sistemas democráticos y de sus instituciones: por ejemplo, las relativas a la operatividad de las fuerzas de seguridad, las condiciones y las verdades históricas sobre graves violaciones a derechos humanos o noticias dirigidas a advertir sobre presuntos actos de terrorismo.

Este tipo de manifestaciones coloca a la libertad de expresión nuevamente en una relación tensa con aquellos principios de índole constitucional cuya disyuntiva debe ser resuelta en vía judicial. En estos casos, si bien el Estado tiene la facultad para expedir normas dirigidas a proteger esos intereses por medio de ciertas restricciones excepcionales a los derechos, es necesario que éstas cumplan con

---

96 Cfr. Gómez Gallardo, Perla, “El ejercicio del periodismo en condiciones de violencia”, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

97 Para efectos de entender la manera en que se configura la calidad de periodista, la Suprema Corte sostuvo en el amparo en revisión 1422/2015 que “cualquier definición que se dé del término de periodista debe partir del contexto de inseguridad que enfrentan los comunicadores en el ejercicio de su actividad, y tener como propósito el permitir el acceso a los mecanismos de protección que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos a aquellos que ejercen su derecho a la libertad de expresión a través del periodismo. Por tanto, la calidad de ‘periodista’ debe definirse en relación con una “perspectiva funcional” que incorpore a todos aquellos que, de alguna forma, cumplan con la función de informar a la sociedad sobre temas de interés público”.

ciertas condiciones para que sean legítimas. Entre otros criterios, se debe cuidar que el Estado no utilice mecanismos excesivos o desproporcionales para limitar el derecho; también se ha sostenido que el uso del derecho penal constituye el mecanismo más restrictivo y severo para cumplir con los objetivos que se persiguen y, por tanto, de acuerdo con estándares internacionales, debe prevalecer el principio de *mínima intervención*.

*Acción de Inconstitucionalidad 29/2011. Criminalización del ejercicio periodístico: normas con efecto “amedrentador” o “inhibidor”*<sup>98</sup>

Uno de los casos más emblemáticos emitidos por la Suprema Corte, en el que precisamente se advierte sobre los riesgos del uso del derecho penal y se establecen criterios para proteger el derecho fundamental de libertad de expresión e información en relación con este tipo de conflictos, es la *acción de inconstitucionalidad 29/2011*. En esta sentencia, la Corte incorpora los parámetros que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir para concebirse como legítimas y acordes con la Constitución.

Esta sentencia derivó después de que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentara una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 373 del Código Penal para el Estado de Veracruz, que establece: “A quien, por cualquier medio, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros; de ataques con armas de fuego; o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud; ocasionando la perturbación del orden público, se le impondrá prisión de uno a cuatro años y multa de quinientos a mil días de salario”.

De acuerdo con la CNDH, dicha disposición imponía una restricción injustificada a la libertad de expresión que no está orientada a salvaguardar un interés público imperativo y, además, no se trata de la medida menos restrictiva del derecho; de tal manera, alegó que el artículo 373 era inconstitucional. La Suprema Corte, concediéndole la razón a la CNDH, determinó que el artículo referido efectivamente era inconstitucional.

Para llegar a dicha resolución, la Corte precisó, en primer lugar, que la prohibición de censura prevista en el artículo 7 constitucional no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no se encuentre legitimado para definirlos por medios de disposiciones normativas. Lo que esto significa e implica es que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad tenga la facultad de *excluir* arbitrariamente y sin escrutinio alguno

---

98 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de junio de 2013.



un determinado mensaje del conocimiento público;<sup>99</sup> de acuerdo con la Constitución, los límites deben hacerse valer a través de la atribución de responsabilidades—civiles, penales, administrativas— posteriores.

En esta tesitura precisó que para las restricciones a la libertad de expresión sean legítimas y constitucionales, dependerá de que las mismas estén orientadas a satisfacer un *interés público imperativo* y de que, cuando existan varias opciones para alcanzar ese objetivo, se escoja la que *restrinja en menor escala* el derecho protegido. Esto a su vez implica que la restricción debe ser *proporcional* al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.<sup>100</sup> Además, retomando lo dicho por la Corte Interamericana, la Suprema Corte advirtió que cuando se trata de limitaciones a la libertad de expresión impuestas por normas penales, se deben satisfacer las exigencias propias del principio de *estricta legalidad*. Con ello, se pretende reducir la competencia de Estado en cuanto a la manera como éste puede restringir la libertad de expresión y, por otra, le indica al ciudadano exactamente qué es lo que está prohibido.<sup>101</sup>

Respecto del primer criterio, si bien la protección del orden público constituye un objetivo autorizado para limitar la libertad de expresión, la Corte precisó que cualquier afectación a dicho principio como justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a *causas reales y objetivamente verificables*, que deriven en amenazas ciertas y creíbles de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas.<sup>102</sup> De acuerdo con este criterio, la Corte constató de la propia disposición que, efectivamente, el legislador persiguió un fin legítimo y fue diligente al establecer responsabilidades ulteriores por el ejercicio indebido de la libertad de expresión, a partir del daño efectivamente producido y no por su mera posibilidad.

Sin embargo, de conformidad con los estándares antes planteados, no basta que el legislador demuestre que el fin que persigue es legítimo, sino que asegure que la medida empleada esté cuidadosamente diseñada para alcanzar dicho objetivo imperioso. Así, “necesario” significa que el objetivo en cuestión no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo a la libertad de expre-

---

99 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 32.

100 Además, retomando lo dicho por la Corte Interamericana, la Suprema Corte advirtió que cuando se trata de limitaciones a la libertad de expresión impuestas por normas penales, “se deben satisfacer las exigencias propias del principio de estricta legalidad. El propósito de este requisito cumple una doble función; por una parte, reduce la competencia de Estado en cuanto a la forma como éste puede restringir la libertad de expresión; por la otra, le indica al ciudadano qué es exactamente lo que se prohíbe.”

101 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 37.

102 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 38.

sión.<sup>103</sup> Al respecto, advirtió que, el legislador “elaboró la disposición como una mera relación causal entre la afirmación falsa y la perturbación del orden público”.<sup>104</sup> En otras palabras, para la Corte dicha disposición no distinguió entre una afirmación falsa que provoca perturbación del orden público, pero que no se hace con ese fin, y una afirmación deliberadamente falsa con el propósito de perturbar el orden público; es decir, haberlo realizado por medio de una *intención dolosa*.<sup>105</sup>

Este criterio sostenido por la Corte resulta muy relevante, ya que el dolo como un elemento incorporado a dicha disposición puede generar un efecto *inhibitorio* muy peligroso, en el que “personas bien intencionadas” puedan sentirse disuadidas o amedrentadas para expresar alertas que sean necesarias sobre la existencia real de estos elementos. Sobre este punto, quienes tienen un papel protagónico o se encuentran en una mejor posición para difundir informaciones que coloquen en una situación de riesgo a la sociedad son los periodistas. Sin embargo, cuando existe una disposición que sin ser precisa y además penaliza una conducta esencial para la libertad de expresión, podría inhibir la libre circulación de información y, al mismo tiempo, convertir al medio de comunicación o periodista en un “agente de la censura”.<sup>106</sup>

En este sentido, la Corte agregó que la disposición viola el principio de taxatividad en materia penal debido a la inclusión de las palabras “u otros” en su redacción, lo que podría “acarrear casos en los que no sería descabellado que algún operador jurídico pudiera considerar como subsumible en la norma alguna conducta relacionada con la afirmación falsa de la existencia de un aparato no explosivo que llegare a causar perturbación al orden público; por ejemplo, la existencia de un aparato volador —un avión— que va a precipitarse sobre una población).

Por todo ello, la Corte mexicana concluyó que “el artículo 373 no está cuidadosamente diseñado para interferir lo menos posible frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, y no cumple adecuadamente con el requisito de necesidad exigido para toda responsabilidad ulterior al ejercicio ilegítimo de la expresión”.<sup>107</sup>

103 *Ibidem*, p. 40.

104 *Ibidem*, p. 43.

105 Con ello, la Corte observó que el legislador omitió dos elementos importantes sobre la situación regulada: “El primer aspecto se deriva del contexto de urgencia en el que se genera la información referente a aparatos explosivos, ataques con armas de fuego o sustancias dañinas a la salud. [...] El segundo aspecto que el legislador debió considerar es que no puede exigirse la misma diligencia a un ciudadano común que a un profesional de la información. En efecto, un periodista que se dedica a comunicar hechos noticiosos necesariamente tiene un deber de cuidado y una responsabilidad mayor que una persona que no está involucrada con la actividad profesional relativa a la comunicación masiva. Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 48.

106 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 45.

107 Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, *op. cit.*, p. 49.

En síntesis, todos estos son criterios claves para determinar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión. En el caso particular, la norma constituyó una restricción cuya fórmula puede ser replicada en otro tipo de supuestos. Por tanto, los estándares que aquí se expresan tiene por objeto sacar del sistema normativo aquellas disposiciones que, por la forma en que se encuentran definidas, pudieran generar disuación y autocensura a los periodistas por criticar y difundir sobre cierto tipo de temas que son de relevancia pública. De ahí la importancia sobre este tipo de resoluciones, cuyo enfoque se configura como una contención a tales ataques que, si bien son indirectos o sutiles, pueden afectar en igual o en mayor proporción la libertad de expresión e información por privar no sólo a los periodistas sino a la comunidad de conocer sobre estos temas.

### E. Periodista contra particular con proyección pública

Existen casos sobre libertad de expresión que, hasta cierto punto, se pueden considerar fáciles puesto que la acreditación de un interés público justifica reconocerle una mayor ventaja o preferencia respecto de otros derechos; esto permite la aplicación de un escrutinio más estricto, —la doctrina de la *real malicia*— que constata las afectaciones a terceros provocada por determinada difusión. Sin embargo, hay supuestos en los que esta situación ventajosa no logra ser muy consistente, al menos en términos hermenéuticos, ya que se requiere de una argumentación más robusta orientada a justificar el ejercicio de la libertad de expresión respecto de su intervención a otros derechos fundamentales.

Estos son los casos en los que, por ejemplo, la manifestación de las ideas incide en el derecho humano a la intimidad; aspectos que se encuentran muy vinculados con la dignidad humana de las personas. El estudio de esta relación jurídica debe poner en una alta consideración no sólo la relevancia de las ideas o informaciones, sino la necesidad de proteger los derechos a la vida íntima de un particular;<sup>108</sup> se trata de cuestiones que denotan muchas veces los aspectos más intocables o vulnerables de nuestra autonomía e individualidad. Esto sucedió en el amparo directo 3/2011 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte el 30 de enero de 2013.

*Amparo directo 3/2011. Caso Los demonios del Edén*<sup>109</sup>

El caso inicia con la demanda de una mujer en contra de la periodista Lydia Cacho y la empresa editorial Random House Mondadori S.A. de C.V. tras la

---

108 Zaldívar, Arturo, *10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial*, México, Tirant Lo blanch, 2022.

109 Amparo directo 3/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 30 de enero de 2013.

publicación del libro titulado *Los Demonios del Edén, el poder que protege a la pornografía infantil*. En este libro, la periodista denuncia la realización de los delitos de pornografía infantil y trata de personas, cometidos por una red delictiva que operaba en México. La mujer alegó en la demanda la violación a su derecho a la vida privada porque el libro contenía declaraciones, aspectos de su vida íntima y fotografías de su persona y de familiares, que fueron extraídos de expedientes penales, así como de comunicaciones que dicha mujer había mantenido con la periodista, sin la intención de que fueran publicadas. El juez de primera instancia condenó únicamente al medio de comunicación por haber publicado información, sin el consentimiento de la demandante y que, a su juicio, no tenía relación con la finalidad del libro.

En la sentencia de segunda instancia, el Tribunal decidió condenar de nueva cuenta al medio de comunicación y, en este caso, también a la periodista por considerar que ésta había participado en la edición del libro sin tener en cuenta el consentimiento de la particular, lo que le ocasionó un daño a su vida privada y a su propia imagen. Inconformes con dicha resolución, las codemandadas promovieron demanda de amparo directo, del cual, mediante ejercicio de la facultad de atracción, conoció la Suprema Corte para su resolución.

La cuestión medular que tuvo que responder la Suprema Corte fue si la publicación del libro *Los Demonios del Edén, el poder que protege a la pornografía infantil* —en el cual se incluían imágenes e información de la vida íntima de una persona privada, sin su consentimiento— se encontraba protegida por la libertad de expresión o, si por el contrario, debían prevalecer los derechos de la personalidad de la particular. En esta ocasión, la Corte resolvió que la publicación del libro sí se encontraba protegida por la libertad de expresión, debido a que la intervención a la vida privada de la mujer, a través de imágenes e informaciones, mantenían una *conexión patente y proporcional* con un tema de gran relevancia pública.

Para llegar a dicha conclusión, la Suprema Corte definió, en primer lugar, que la libertad de expresión tiene dos vertientes: *la libertad de opinión* y *la libertad de información*. Así, la primera supone la comunicación de juicios de valor y la segunda la transmisión de hechos.<sup>110</sup> Por tanto, el caso se encuadró en el último de los supuestos ya que, lo que se alegó como violatorio de la vida íntima fue, esencialmente, la inclusión en el libro de fotografías de la actora y de sus familiares; la reproducción de una declaración que rindió ante la autoridad ministerial; e información personal tomada de un estudio psicológico. Por tanto, el conflicto constitucional se configuró concretamente como una tensión entre la libertad de información vs. vida íntima.

---

110 Amparo directo 3/2011, *op. cit.*, p. 77.

Generalmente, cuando se habla de transmisión de hechos, la manera de acreditar los perjuicios ocasionados por su difusión se realizan a partir del criterio de *veracidad*; es decir, la falsedad de la información acredita en estos casos si la información publicada fue realizada con la intención de dañar, de acuerdo con la doctrina de la “real malicia” o “malicia efectiva”. Sin embargo, este criterio resulta irrelevante en los casos de conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, la información difundida *necesariamente* tiene que ser verdadera para que se afecte la intimidad; es decir, la verdad de la información es un presupuesto de cualquier vulneración a la intimidad.<sup>111</sup> De lo contrario, no tendría sentido que una persona se sintiera agredida por la exposición de informaciones de su vida privada o íntima; se trata de aspectos que la propia persona concibe desde su individualidad y cuyo valor no depende de la perspectiva objetiva o la mirada externa de la sociedad, como lo puede ser en los casos de libertad de expresión en contra del honor y reputación de un particular.

En este orden de ideas, la Corte estableció que el criterio que justifica la legitimidad de una invasión a la vida privada no es la veracidad, sino el “interés público”<sup>112</sup> que pueda existir en la difusión de la información. En este sentido, determinar el interés público exigió la superación de un test en dos gradas, donde debía corroborarse lo siguiente: a) la existencia de una *conexión patente* entre la información privada con un tema o información de interés público; y b) que la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información privada sea *proporcional* a la relevancia de la información de interés público”.<sup>113</sup>

Respecto de la primera grada, la Corte confirmó que las imágenes y la información incluida en el libro se refieren a la vida privada de la demandante. Asimismo, confirmó que la información que el libro aborda como tema principal es de interés público al estar relacionada con “la comisión de delitos de un alto impacto social y estar involucrados personajes de relevancia pública.” En este sentido, la Corte precisó que “cuando ciertos datos de la intimidad guardan una clara conexión con aspectos que es deseable que conozca la ciudadanía, éstos se encuentran dotados de un interés público en su difusión y general conocimiento”.<sup>114</sup> Así, se con-

---

111 *Ibidem*, p. 81.

112 Similar al amparo directo 24/2016, la Corte señaló en el presente caso que “El criterio de interés público debe fundarse en la información que el público considera relevante para la vida comunitaria. Una información se vuelve de interés público cuando miembros de la comunidad pueden justificar razonablemente un interés legítimo en su conocimiento y difusión”. Amparo directo 3/2011, *op. cit.*, p. 87.

113 Amparo directo 3/2011, *op. cit.*, p. 128.

114 *Ibidem*, p. 134.

cluyó que sí existe una *conexión patente* entre la información privada divulgada y la información de interés público que se aborda de manera central en el libro.

Ahora, respecto de la segunda grada de *proporcionalidad* aplicado por la Corte, es importante advertir que éste no se corresponde con el test en tres gradas ya conocido en la doctrina jurisprudencial (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido); sino que este componente del test sirve para acreditar si la invasión a la intimidad ocasionada por la difusión mantiene una *razonable correspondencia* con el interés público de la información.<sup>115</sup> Así, lo primero que habría que hacer es determinar qué tan *relevante* es la información de interés público a la que se vinculó la información de la vida privada, para después compararla con la *intensidad* de la invasión a la intimidad.

Por una parte, la Corte estableció que el tema de interés público abordado en el libro es de “máxima relevancia” por tratarse de una denuncia sobre una red de pederastia y pornografía infantil. Por otra parte, destacó que la autora del libro había adoptado una serie de medidas encaminadas a proteger la identidad de la demandante, como haber censurado su imagen. Además, la demandante era una persona privada con proyección pública. Tras analizar a detalle la información divulgada —mucho ya previamente difundida— y tras confirmar que no existía una “razonable expectativa de confidencialidad”, dado que la demandante sabía que mantenía comunicación con un miembro activo de la prensa, la Corte decidió que la invasión a la intimidad guardó una “razonable correspondencia” con la importancia de la información de interés público. Esto implicó que la publicación de la información de la vida privada superara ambas gradas del test de interés público.

Con todo ello, la cuestión medular en esta disyuntiva normativa siempre será delinear con la mayor precisión los contornos de cada uno de los derechos puestos a consideración, en aras de dilucidar cuál de ellos prevalecerá; esto implica incorporar las metodologías de adjudicación adecuadas, revisar exhaustivamente los elementos que forman parte de los hechos del caso, entender cuáles son los criterios normativos aplicables al caso, entre otros. Es decir, no existen soluciones dadas o reglas absolutas, al final son las razones propias del lenguaje de los derechos humanos que se decantarán sobre un contexto particular.

En conclusión, podemos sostener que los sucesos noticiosos como los delitos o las violaciones más graves a los derechos humanos pueden impactar de manera negativa en la sociedad, de tal manera que resulta evidente que las investigaciones periodísticas orientadas a su difusión estén marcadas por un amplio interés público;<sup>116</sup> es decir, se trata de temas que le incumben de la comunidad en su conjunto

---

115 *Ibidem*, p. 138.

116 *Cfr.* STC 232/1993, fundamento jurídico 5.

y de los cuales tiene el derecho de escuchar, leer y conocer sobre los mismos. Con ello, la libertad de expresión promueve la definición de una sociedad crítica cercana a los debates veraces y plurales.

A su vez, esta difusión no sólo se traduce en una denuncia pública sobre la actuación de las autoridades y las instituciones encargadas de investigar y sancionar esos delitos, también ayuda a entender las razones y las diversas maneras por las cuales las personas los cometen.<sup>117</sup> En materia de trata de mujeres y niñas, resulta vital dicha mirada crítica a través del periodismo, pues como se mencionó, para poder dismantelar y corregir este tipo de problemas sociales no sólo es necesario reforzar la cultura de la denuncia por parte de las víctimas y del adecuado funcionamiento de las instituciones, sino generar consciencia en la sociedad para visibilizar y concientizar sobre aquellos actos que puedan constituir un riesgo en nuestra realidad política y social.

Con todo ello, la cuestión medular en estos dilemas normativos siempre será delinear con la mayor precisión los contornos de cada uno de los derechos puestos a consideración, en aras de dilucidar cuál de ellos prevalecerá. Es decir, no existen soluciones dadas o reglas absolutas, al final son las razones propias del lenguaje de los derechos humanos que se decantarán de cierta forma sobre un contexto particular

## VII. CONCLUSIONES

La estrecha relación que existe entre la libertad de expresión y el adecuado funcionamiento de los sistemas democráticos sitúa a este derecho fundamental en una *posición preferencial* frente a otros derechos del mismo sistema normativo. Bajo una lógica argumentativa, se podría sostener que la libertad de expresión tiene un mayor peso abstracto respecto de otros derechos, como el honor o la reputación.<sup>118</sup> Sin embargo, ello no significa que este derecho de índole liberal deba prevalecer en todos los casos sobre los demás derechos fundamentales, sino que deberá valorarse cada caso para resolver el conflicto normativo en cuestión.

Como se logró ver a lo largo del capítulo, unos de los aspectos por los cuales la libertad de expresión posee este carácter especial es debido a la expectativa que puede generar sobre temas que constituyen de gran interés o relevancia pública.<sup>119</sup> Así, existen temáticas, discursos, contextos, opiniones o hechos que, por

---

117 Amparo directo 3/2011, *op. cit.*, p. 136.

118 Amparo directo 3/2011, *op. cit.*, p. 74.

119 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 28/2010, mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre de 2011.

su contenido o por las personas a quienes van dirigidas, merecen una protección reforzada. De esta manera, su ejercicio constituye también un *instrumento* para la salvaguarda de otros derechos humanos que se reconocen en cualquier sistema considerado democrático. No obstante, siempre se deberá poner en la consideración más rigurosa cada uno de los aspectos materiales y normativos relativos a los derechos en juego.

Por otro lado, como todo derecho fundamental, la libertad de expresión no es absoluta. Los derechos humanos, entre los que se encuentran los derechos de la personalidad, así como aquellos principios o intereses estatales como la seguridad nacional, el orden público o la salud pública, constituyen en ocasiones fronteras legítimas que restringen, bajo ciertos criterios, el ejercicio de la libertad de expresión. Ante ello, el mecanismo que suele zanjar estas problemáticas es la hermenéutica jurídica. Es dable que los Tribunales Constitucionales valoren en estos casos el tipo de relaciones jurídicas que se encuentran en tensión para corregir y adecuar las normas a los términos de la Constitución.

Con base en la experiencia mexicana y comparada, podemos sostener la premisa de que, en materia de libertad de expresión, los Tribunales Constitucionales no se erigen como órganos políticos o morales que van decidiendo casos de libertad de expresión de acuerdo con meros intereses personales o superficiales. En últimas, son los mismos actores sociales, las y los periodistas, los medios de comunicación y la propia ciudadanía, quienes se encuentran en mejor posición para plantear las discusiones relevantes de acuerdo con su entorno político y social. Las Cortes son sólo lectores de aquello que va evolucionando en el marco de una sociedad democrática.

Con todo ello, la delimitación de este derecho fundamental implica considerar las diversas realidades, limitaciones y posibilidades en la que se ejerce. De ello dependerá, en gran medida, que se pueda garantizar una auténtica y veraz pluralidad informativa.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

De acuerdo con lo revisado a lo largo del capítulo, se puede plantear una serie de preguntas que orienten la discusión sobre temas específicos: ¿Qué derecho prevalece cuando la libertad de expresión está siendo ejercida por un funcionario público en contra de los derechos de la personalidad de un periodista? ¿Qué tipo de medidas de protección se deben considerar para garantizar la libertad de expresión en internet? ¿Consideras que el criterio de *veracidad* revisado deba ser el mismo para todos los tipos de información o contenido? ¿Qué tipo de criterios se deben implementar para determinar las afectaciones de los denominados discursos de odio? ¿Bajo qué parámetros se deben valorar las afectaciones derivadas de noticias falsas o *fake news* en las redes sociales?



## Fuentes

- Botero Marín, Catalina *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017.
- Carbonell, Miguel, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”, en Ávila Ordoñez, María Paz *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Naciones Unidas, Quito, Ecuador, 2011.
- Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- Dworkin, Ronald, “The coming battles over free speech” en *The New York Review of Books*, vol. 39, núm. 11.
- Fiss, Owen, “Mill, acerca de la libertad de expresión”, traducción de Casillas Sandoval, Miguel, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Centro de Estudios Constitucionales, año VI, núm. 11, julio-diciembre de 2020.
- Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en Ávila Ordoñez, María Paz *et al.* (ed.), *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Ecuador, Naciones Unidas, 2011.
- Gómez Gallardo, Perla, “El ejercicio del periodismo en condiciones de violencia”, en González Pérez, Luis Raúl *et al.*, (coord.), *Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Oxford, UNAM, 2013.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2002.
- Mill, John Stuart, “On Liberty”, en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975.
- Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997, p. 26.
- Pou Giménez, Francisca, *La libertad de expresión y sus límites*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/36.pdf>».
- Zaldívar, Arturo, *10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial*, México, Tirant Lo blanch, 2022.



## Capítulo 6

# Libertad de conciencia, de creencias y religiosa

Pilar Betrián Cerdán\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA. 1. Ámbito internacional. 2. Ámbito nacional. III. TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA. IV. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA. V. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA. VI. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos, desde la promulgación de las primeras declaraciones, se ha cimentado en dos elementos esenciales del principio legitimador del orden constitucional: la preexistencia a cualquier regulación de derechos naturales y el modelo de *pacto social* como instrumento para la ordenación política.<sup>1</sup> Y la libertad de conciencia, de creencias y religiosa no es una excepción; no en vano, ha sido una de las grandes protagonistas en todos los debates de formulación de declaraciones de derechos humanos,<sup>2</sup> lo que se traduce en que es una libertad presente en el articulado de todas ellas, tanto a nivel internacional como regional. Y es que “la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida”,<sup>3</sup> uno de los cimientos de la sociedad democrática”.<sup>4</sup>

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (España), por su tesis “La discriminación indirecta por razón de religión”, a la que le fue concedida la mención cum laude y el premio extraordinario de doctorado. Especialista en derecho a la igualdad y no discriminación y libertad religiosa.

1 Vid. Aparisi Miralles, M. A., “Los Derechos Humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”, en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos Humanos: Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 212.

2 Sirva como ejemplo que las primeras declaraciones de protección de derechos la protegieron en su articulado: la Declaración de Virginia (1776), en su artículo XVI o la Declaración francesa de derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su artículo 10.

3 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55].

4 Corte IDH, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 79.

Serán, precisamente, los aspectos más relevantes de esta libertad desde su naturaleza de derecho fundamental lo que abordaremos en las siguientes páginas: protegida de intrusiones por parte de terceros o de los poderes públicos, el núcleo de autonomía que preserva, alberga como esencia el adquirir y cambiar aquellas creencias y convicciones que el individuo considere oportuno en su foro interno, pero además, vivir conforme a ellas y exteriorizarlas libremente, sin más limitaciones que el choque con otros derechos o aquellas que se establezcan legalmente.<sup>5</sup>

Pese a la consolidación y, podemos decir que a la cierta uniformidad que se ha logrado en cuanto a su contenido, los Estados siguen conservando una gran soberanía en una cuestión tan arraigada a las tradiciones o idiosincrasia cultural como es la cuestión religiosa, en especial cuando se trata de poner en marcha medidas o acciones que se sitúan en esa zona gris, difícil a determinar, de cómo deben ser las relaciones con los grupos religiosos o la gestión efectiva de las manifestaciones propias de la libertad religiosa. Recordemos que este derecho también se conecta de modo directo con el modelo que cada país haya determinado elegir, conforme a su contexto social e histórico, para regular las relaciones con las confesiones religiosas —aunque en ningún caso éste deba suponer una merma del núcleo esencial ya referido—.

Sin embargo, si bien es cierto que las tradiciones jurídicas constitucionales recogen en sus Constituciones, además del principio de igualdad y no discriminación, esta libertad inherente al individuo —y por extensión a las comunidades por ellos formadas—, núcleo duro de la propia dignidad humana, así como mecanismos de protección y corrección de aquellas injerencias que ésta pueda sufrir, seguimos comprobando cómo puede llegar a seguir viéndose afectada, (en especial, cuando es ejercida por grupos más minoritarios). De ahí que se siga requiriendo de un compromiso activo por parte de los actores jurídicos para la protección del pluralismo que caracteriza nuestra sociedad actual.

No debemos olvidar tampoco que, en todos los sistemas constitucionales democráticos, encontramos una serie de principios informadores que nos sirven de guía a la hora de poder interpretar de un modo congruente y pertinente el ordenamiento jurídico en su conjunto. Éstos son principios de gran importancia para el tema que nos ocupa y que han sido ampliamente desarrollados por la doctrina.<sup>6</sup> Unos principios que “participan de la naturaleza propia de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales en unos casos, y de la de los fines o tareas del Estado en otros”.<sup>7</sup>

---

5 Vid. Rodríguez Blanco, M., *Derecho y Religión. Nociones de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2a. ed., Thomson Civitas, Navarra, 2018, pp. 73 y 74.

6 Por todos, Álvarez Cortina, A., *El derecho eclesiástico en la jurisprudencia postconstitucional (1978-1990)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

7 Roca, M., “Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el Derecho Eclesiástico”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Volumen XVII, p. 33.

Desde esta perspectiva, la libertad religiosa también se presenta como principio informador, que junto al principio de laicidad y el principio de no discriminación, en esta materia, deberán ser tenidos en cuenta a la hora de analizar e interpretar tanto el ordenamiento jurídico como las actuaciones de los poderes públicos —no sólo desde un aspecto de abstención o no injerencia en el ejercicio, sino también de acciones de protección concretas que puedan ser requeridas según el caso—. <sup>8</sup>

Con ese compromiso, como decíamos, abordaremos en las páginas sucesivas el análisis de los principales elementos de este derecho fundamental, de modo que pueda disponer de una visión completa tanto de su regulación como de sus elementos principales. Así, en un primer apartado, recogeremos las fuentes de este derecho: cómo ha sido reconocido y protegido por los principales textos internacionales y nacionales. En el siguiente apartado ahondaremos en su contenido, desgranando —tanto por lo desarrollado normativamente como por las construcciones jurisprudenciales que los Altos Tribunales nos han ofrecido—, las principales manifestaciones de este derecho, tanto de las dimanantes de su dimensión interna como externa, individual como colectiva, sin olvidar hacer referencia a los límites que en su ejercicio están previstos. Finalmente, abordaremos la cuestión de la objeción de conciencia, “una forma de concreción de la libertad de conciencia y religión, y se presenta cuando las normas o actos que generan una obligación o carga se oponen a las más íntimas convicciones —religiosas o no— de las personas”. <sup>9</sup> Analizaremos así dos ámbitos en los que más recientemente se ha manifestado la SCJN, como son el militar y el ámbito sanitario.

## II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA

### 1. *Ámbito internacional*

Como hemos tenido ocasión de comentar, el orden constitucional de las sociedades democráticas liberales y los instrumentos internacionales y regionales relativos a los derechos humanos recogen inevitablemente la garantía de la libertad de conciencia, <sup>10</sup> de creencias y religiosa. <sup>11</sup>

---

8 Vid. Rodríguez Blanco, M., *op. cit.*, pp. 63 y ss.

9 SCJN, Acción de inconstitucionalidad 54/2018 de 21 de septiembre de 2021, párr. 269.

10 Vid. Murdoch, J., *Liberté de pensée, de conscience et de religion. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2007, p. 7.

11 Para profundizar en el concepto de libertad religiosa, *vid.*, Ruffini, F., *La libertà religiosa*, Torino, Feltrinelli Editore, 1967.

Partiendo del ámbito internacional, respecto de los instrumentos que conforman el bloque constitucional,<sup>12</sup> nos debemos referir necesariamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y, en concreto, a su artículo 18: “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. En esta formulación que podemos calificar de clásica de este derecho, destacamos y adelantamos dos aspectos que tendremos ocasión de comentar más adelante: de un lado la universalidad en cuanto la titularidad de este derecho y del otro su doble dimensión: una interna y otra externa, dándonos además ejemplos de alguna de sus más importantes manifestaciones.

Complementando esta Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) lo regula —también en su artículo 18— de un modo más detallado a través de una formulación más completa esta libertad. De esta forma, además de partir de un primer párrafo en el que recoge este derecho en términos similares al ya referido artículo de la DUDH, se añaden en la redacción de este derecho interesantes precisiones en sus últimos párrafos: una mención expresa a las restricciones a su ejercicio y las características que deben presentar (regularse por vía legal y que se justifiquen por razones de moral, orden o salud pública), así como el derecho que dimana de esta libertad, del que son titulares los padres en relación a la elección de la formación religiosa de sus hijos, y a la que nos referiremos en profundidad con posterioridad.<sup>13</sup>

---

12 Recordemos que “en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano [ya que] con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a[] ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos”. Además, en esta misma sentencia, se alude a la necesidad de armonizar las interpretaciones entre los derechos humanos que integran este bloque, así como de atender al principio *pro homine* “de manera que se prefieran aquéllas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular”; algo que tendremos en cuenta en el análisis que realizaremos de la libertad religiosa en este artículo. SCJN, Contradicción de tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013.

13 Artículo 18 del PIDCP:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

Por último, en el seno de Naciones Unidas, referirnos a la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Este instrumento, además de contar con una descripción muy similar de esta libertad a la mencionada en el PIDCP y de destinar varios de sus artículos a la protección de la discriminación por motivos religiosos, recoge un catálogo bastante detallado de las manifestaciones de su ejercicio en el artículo 6, de las que nos haremos eco en páginas sucesivas. Cabe destacar además que su artículo 7 insta a los Estados a que prevean un reconocimiento legislativo de éstas, lo que supone un importante respaldo para un ejercicio pleno del derecho.

En el caso del ámbito regional, y en la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>14</sup> la prevé en su artículo 12<sup>15</sup> —en términos muy similares a las fórmulas utilizadas en Naciones Unidas—, especialmente la ya referida del artículo 18 del PIDCP, y que la define como el “derecho que implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.<sup>16</sup>

---

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

14 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

15 Artículo 12 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

16 En el ámbito regional europeo, se sigue esta misma línea, tal y como lo demuestra el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas

Al analizar este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) retoma la esencia de la Convención y describe a esta libertad como aquella que “permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida”.<sup>17</sup>

Como conclusión de estos textos, podemos adelantar que la libertad de conciencia, de creencias y religiosa es en sí un derecho del que derivan facultades e inmunidades a favor tanto de los individuos y de los grupos, y que se compone de tres características clave: el derecho a hacer; el derecho a no hacer (protegiendo la inmunidad del individuo y de las comunidades religiosas) y todo ello sin que medie injerencia por parte del Estado.<sup>18</sup>

## 2. *Ámbito nacional*

En cuanto a la regulación nacional, en México la libertad religiosa y de conciencia está reconocida en el artículo 24 constitucional. Y, en su actual redacción,<sup>19</sup> lo hace en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de *convicciones éticas, de conciencia y de religión*, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, *individual o colectivamente*, tanto en *público* como en *privado*, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

El Congreso *no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna*.

---

necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.” Sin embargo, la carta de Banjul se desmarca en su previsión del artículo 8, ya que los límites a este derecho se recogen a través de una formulación negativa: “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

17 Corte IDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, de 5 de febrero de 2001, párr. 79.

18 Vid. González del Valle, J. M., *Derecho Eclesiástico español*, Civitas, 6a. ed., Pamplona, 2011, p. 135.

19 El artículo 24 constitucional fue reformado por el “Decreto por el que se reforma el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *DOF* de 19 de julio de 2013. Énfasis añadidos.



Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

En la materia que es ahora objeto de análisis, destacamos que la principal diferencia que encontramos respecto a la redacción anterior es la extensión que se produce respecto a los conceptos protegidos: se pasa de mencionar únicamente a la libertad de profesar “una creencia religiosa”,<sup>20</sup> a indicar, como hemos visto, que “[se] tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”. Una modificación en su redacción que, al enunciar tres términos —en la línea de los textos internacionales ya citados—, nos aporta una aclaración respecto a la extensión de la protección de este derecho, de tal manera que no sólo se limitará a aquellas creencias estrictamente religiosas, “sino que ampara también aquellas ideas y actitudes ateas o agnósticas”.<sup>21</sup>

En relación con diferencias, pero, en este caso, respecto a las redacciones empleadas en los otros textos mencionados, apreciamos cómo los límites que se mencionan a la hora de poder ejercer este derecho se vinculan directamente con un ilícito penal y no tanto con la tríada clásica referida a la salud, moral y orden público. Por último, destacar que es significativa la expresa prohibición del uso de los actos públicos religiosos con fines de proselitismo. Una mención a la prohibición del proselitismo también se recoge en el artículo 130 constitucional, aunque en este caso, está dirigida directamente a los ministros de culto, ya que, al referirse a los puntos clave que deberán ser tenidos en cuenta cuando se realice el desarrollo reglamentario de las asociaciones religiosas y actos de culto, especifica en su

---

20 “Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley [...]. “Decreto por el que se reforman los artículos 3o., 5o., 24, 27, 130 y se adiciona el Artículo Decimoséptimo Transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *DOF* de 28 de enero de 1992.

21 En palabras de la SCJN, que ya se había declarado en esta línea: “no se limita únicamente a proteger el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, sino que ampara también aquellas ideas y actitudes ateas o agnósticas”. SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, de 21 de septiembre de 2012, párrafo 231. Este párrafo deja además clara la consolidación de esta interpretación que al hacer referencia expresa del precedente del AR 1595/2006, en el que se interpretó el artículo 24 constitucional por la Corte. En la misma línea, se había manifestado el Comité de Derechos humanos en su Observación General número 22, de 20 de julio de 1993: “El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos ‘creencias’ y ‘religión’ deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.” *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión* (artículo 18). *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9* (Vol. I).

letra e) que “los ministros de culto no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.”

Por su parte, el segundo párrafo se destina al modelo de relación Iglesia-Estado, previsto constitucionalmente. El modelo es el de laicidad o separación (reafirmado en el artículo 130 constitucional: “El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo”). La SCJN ha interpretado de manera concisa el alcance de este modelo, interpretación que se ha consolidado en su jurisprudencia:<sup>22</sup>

[el llamado principio de separación entre las iglesias y el Estado] *insta al Estado a no “establecer” pero tampoco “prohibir” religión alguna, esto es, a no respaldar como propia del Estado a una religión en particular, manteniéndose al tiempo imparcial y respetuoso con una de las manifestaciones más importantes del pluralismo en las sociedades actuales: el pluralismo religioso propio de la ciudadanía en una democracia contemporánea.*

El entendimiento de las relaciones entre el Estado y las iglesias en el país tiene que tener en cuenta además lo dispuesto en el artículo 130 de la Carta Magna, que establece una serie de implicaciones específicas que, estimó el constituyente, derivan del régimen de separación constitucionalmente establecido. El precepto establece esencialmente de qué manera las iglesias y asociaciones religiosas podrán operar jurídicamente, impone una serie de reglas especiales sobre el modo en que los ministros de culto pueden ejercer ciertos derechos y desarrollar ciertas actividades, prohíbe que las agrupaciones políticas tengan denominaciones religiosas y que se desarrollen reuniones políticas en los templos, y establece la competencia exclusiva de las autoridades civiles respecto de los actos que afecten al estado civil de las personas.

Como decimos, hay un mandato constitucional, previsto en el párrafo tercero, de desarrollo legislativo de este precepto y guiado según las pautas fijadas en el artículo 130, que responden a su vez a la separación Iglesia-Estado a la que hacíamos referencia, en concreto en lo concerniente al derecho de agrupación, así como de culto. Este mandato se ejecuta a través de la Ley de Asociaciones religiosas y culto público<sup>23</sup> (Ley de asociaciones religiosas en lo sucesivo), y su respectivo desarrollo reglamentario.<sup>24</sup> Una ley compuesta por 36 artículos, donde, tras destinar los primeros artículos a la descripción de la libertad religiosa y sus manifestaciones, cobra especial protagonismo la regulación del régimen jurídico aplicable de las asociaciones religiosas (las iglesias y las agrupaciones religiosas

---

22 SCJN, Amparo en Revisión 1595/2006, de 30 de enero de 2006. (Énfasis añadido).

23 “Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicada en el *DOF* de 15 de julio de 1992.

24 “Reglamento de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”, publicado en el *DOF* de 6 de noviembre de 2003.

adquirirán personalidad jurídica a través de esta figura), así como el régimen aplicable a aquellos actos de culto que, como ya se refería el texto constitucional, se realicen de manera extraordinaria fuera de los lugares de culto (se completa con un título dedicado a las infracciones y sanciones).

### III. TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA

Haciendo un breve inciso, antes de pasar a analizar su contenido, sobre la titularidad de este derecho, hemos de destacar que ésta se extiende a todos los seres humanos, de modo que debemos entender que no se realiza distinción respecto a nacionalidad ni tampoco edad, entre otros motivos —afirmación que incardina con la prohibición de discriminación prevista en el artículo 2 constitucional—. No debemos olvidar además que el derecho a su ejercicio, en la medida en que sea compatible, se mantiene en cualquier circunstancia, incluso, en casos que, por ejemplo, por una causa legítima, la persona se encuentre privada de libertad, ya que tal condición no puede afectarle.<sup>25</sup>

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.

La restricción de otros derechos, por el contrario —como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso— no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.

En lo concerniente a la edad, queremos destacar que las niñas, los niños y los adolescentes (NNA) también son titulares de este derecho fundamental. La Convención de derechos del Niño<sup>26</sup> es clara a este aspecto en su artículo 14.1: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Tal titularidad es reafirmada por la SCJN, que ade-

---

25 Corte IDH, Caso *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, párrs. 154 y 155. En la misma línea se manifestó el Comité de Derechos Humanos en su Observación General núm. 22, párr. 8.

26 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Resolución 44/25).

más la destaca como imprescindible a la hora de proteger el interés superior del menor.<sup>27</sup>

A este respecto, la SCJN insiste en aclarar que el reconocimiento de la titularidad que señalamos respecto a la libertad religiosa no debe interpretarse “en el sentido de que supriman o erradican la orientación, formación o enseñanza de los padres, tutores y cuidadores, hacia los niños y adolescentes”.<sup>28</sup> Más aún, ahonda en el hecho de que

las expresiones, creencias y pensamientos de los menores de edad deberán ser tomados en cuenta por los progenitores —y demás cuidadores de los menores— en función de la edad y madurez del niño. Es decir, la evolución progresiva de las facultades de los menores debe conllevar un creciente ejercicio de sus derechos y responsabilidades, aparejado con la guía, orientación e instrucción que los padres y otros cuidadores les brinden a ese respecto.

Y, precisamente, en ese entorno de crecimiento y transición de las etapas de la infancia y adolescencia, hacia la vida adulta, resulta esencial que los padres y otros cuidadores cumplan con su derecho y obligación de impartirle a los menores de edad “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos” reconocidos por el sistema jurídico mexicano, como lo son precisamente, los de libertad de pensamiento, conciencia y religión.<sup>29</sup>

Adelantándonos a un análisis más prolijo que desarrollaremos en el apartado siguiente al referirnos el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus convicciones religiosas, queremos traer a colación un caso paradigmático planteado en el ámbito sanitario, en concreto por la negativa de los padres a que fuera practicado un tratamiento médico. Los padres —de acuerdo con su religión— eran contrarios a las transfusiones de sangre estimadas por el personal sanitario como necesarias para la curación de una menor. En este caso se abordan varios aspectos confluyentes, como es de un lado el derecho que asiste a los padres a tomar decisiones en el ámbito sanitario —y que como es lógico, pueden verse

---

27 “El propio bloque de constitucionalidad es el que reconoce que los menores de edad deben gozar de tales libertades en el Estado mexicano [...] [D]ebe recordarse que la simple minoría de edad en forma alguna puede traducirse en que a los niños y adolescentes se les prive de la protección constitucional de los derechos humanos que gozan las personas adultas. Por el contrario, uno de los elementos indispensables para dar plena vigencia al interés superior de los menores consiste, precisamente, en “el reconocimiento de los niños como titulares de derechos”, ya que el valor supremo de la Convención sobre los Derechos del Niño consiste “en proteger la dignidad humana innata a todo niño y sus derechos iguales e inalienables [...] Tienen derecho a medidas especiales de protección y, de conformidad de sus capacidades en evolución, al ejercicio progresivo de sus derechos”. SCJN, Amparo en Revisión 800/2017, de 29 de noviembre de 2017. (Énfasis original suprimido).

28 *Idem*.

29 SCJN, Amparo en Revisión 800/2017, de 29 de noviembre de 2017. (Énfasis original suprimido).

condicionadas por sus creencias religiosas—, así como la “autonomía progresiva de los menores” en su toma de decisiones (también en sus creencias religiosas), en el que debe primar en todo caso el interés superior del menor, por lo que, en tal sentido, determinó la sentencia que “el Estado puede intervenir [...] si debido a sus creencias religiosas los padres pretenden impedir que se le aplique a un menor el tratamiento idóneo de acuerdo con la ciencia médica para preservar su vida”.<sup>30</sup>

Por último, destacar que es un derecho que presenta también una dimensión colectiva, de modo que algunos aspectos de su ejercicio entroncan con actividades grupales, entre ellas las de carácter asociativo. Esto nos lleva a preguntarnos sobre la titularidad de las personas jurídicas de este derecho. En el caso de México, no encontramos una declaración expresa en su Constitución, ya que, como hemos visto, al igual que como ocurre en los textos internacionales descritos, y a diferencia de otras regulaciones que encontramos en el derecho comparado,<sup>31</sup> habla sólo “toda persona” a la hora de referirse a este derecho. Sin embargo, a aquellas asociaciones que cumplan con su inscripción en los términos desarrollados en la Ley de asociaciones religiosas les es reconocida personalidad jurídica<sup>32</sup> (artículo 6), también le son reconocidos derechos específicamente referidos a ellas, tal y como describe su artículo 9 (entre los que destacan “el realizar actos de culto público religioso o propagar su doctrina” —artículo 9 c—, y que suponen manifestaciones del ejercicio de este derecho, que como decimos, ejercen por sí mismas y en su propio nombre).

#### IV. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA

En relación con su contenido, del artículo 24 constitucional ya citado —y de la doctrina constitucional asentada desde el AR 1595/2006— se infiere que es un derecho que presenta una doble dimensión: de un lado, interna (que reconoce que la persona puede profesar las creencias que libremente elija, incluyendo *a sensu contrario*, el no tener ninguna, esto es “[se] protege la opción de no desarrollar los

---

30 SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017, de 15 de agosto de 2018.

31 Sirva como ejemplo la Constitución española, en la que su artículo 16 se refiere diciendo expresamente “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades”.

32 Una personalidad jurídica de la que, como apunta González del Valle, se derivan varias funciones; en concreto tres: “la exclusión del régimen jurídico a aquellas otras [...] que no desarrollan actividades religiosas [...]. [La de] atribuirles capacidad de obrar en el orden civil [...] y la de darnos a conocer cómo una concreta confesión religiosa está estructurada internamente”. González del Valle, J. M., *op. cit.*, pp. 161 y 162.

contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1º;<sup>33</sup> así como el de cambiarlos<sup>34</sup>).<sup>35</sup> Podemos calificar esta dimensión de ilimitada, ya que, como apunta la Corte:<sup>36</sup>

es parte del núcleo inviolable. Esto se explica [...] porque “el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su pensamiento.” Y porque el pensamiento o ideas internas de las personas no pueden causar afectaciones a los derechos humanos de otros o al orden público, sino que son las manifestaciones externas de diversos tipos las que pueden hacerlo, sin ignorar lo estrechamente vinculadas que pueden estar unas y otras.

Del otro lado, una dimensión externa (de modo que puede manifestarlas, en público o en privado, por ejemplo, a través de ceremonias o actos de culto). Además, como bien destaca la SCJN, ésta se caracteriza por ser una dimensión “múltiple, y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales”.<sup>37</sup> Es importante adelantar, a este respecto que la manera en que pueden ser exteriorizadas estas creencias son variadas, de modo que, si bien los actos de culto son manifestaciones de la libertad religiosa, no todas las manifestaciones religiosas constituyen o se han de catalogar como un acto de culto. A este respecto, por ejemplo

[l]levar la kipá o una cadena con una medalla de la virgen en el cuello es símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente, de la persona que los lleva, y en esa medida son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no, evidentemente, un acto de “culto público”. Análogamente, el hecho de que sean varias las personas que llevan dichos símbolos conjuntamente no convierten a esa coincidencia en un acto de “culto público”, como tampoco lo serían otras expresiones o vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa u organizar una excursión privada a un lugar sagrado.<sup>38</sup> y <sup>39</sup>

33 SCJN, Amparo en Revisión 1595/2006, de 30 de enero de 2006.

34 SCJN, Amparo en Revisión 439/2015, de 28 de septiembre de 2015.

35 Una concepción, como califica la SCJN, amplia de este concepto, ya que “en la actualidad se trata de un derecho a partir del cual se garantiza que toda persona pueda profesar una fe religiosa, no hacerlo o dejar de hacerlo, pero, además, ahora este derecho permite proteger las creencias e ideologías de una persona, sean religiosas o agnósticas”. SCJN, Acción de inconstitucionalidad, 54/2018, de 21 de septiembre de 2021 párr. 265.

36 SCJN, Amparo en Revisión 1041/2019, de 8 de julio de 2020, párr. 169.

37 SCJN, Amparo en Revisión 1595/2006, de 30 de enero de 2006.

38 *Idem*.

39 En relación con este tema, no queríamos dejar pasar la oportunidad de traer a colación una cuestión que ha sido muy controvertida en el ámbito de derecho comparado como es el uso de símbolos religiosos en espacios públicos. En concreto, hacer referencia a las legislaciones que han incluido normas que prohíben la ocultación del rostro en áreas públicas. Tal es el caso de la controvertida ley francesa n° 2010-1192 (Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant

Retomando lo ya expresado anteriormente, y en esta ocasión a través de una más recientemente manifestación de la SCJN, concretamos por tanto el contenido del derecho: “a) implica el derecho a la *libre formación de la conciencia*, es decir, a tener unas u otras convicciones y, en consecuencia, una u otra cosmovisión (estos fenómenos son jurídicamente irrelevantes y no controlables por el derecho); b) incluye la libertad para *expresar y manifestar o no esas convicciones* y de hacer partícipes o *transmitirlas* a otras personas; y c) entraña una *libertad para comportarse de acuerdo con esas convicciones* (creencias e ideas), así como a *no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas*”.<sup>40</sup>

Al desarrollar más ampliamente el catálogo de manifestaciones dimanantes de la libertad religiosa, podemos a su vez clasificarlas en aquellas que se desarrollan dentro de la dimensión individual del derecho y las que son reflejo de su ejercicio colectivo. Del primer grupo destacamos, entre otras:

- el ya referido derecho a tener o adoptar y practicar la creencia religiosa que más le agrade, o a no profesar ninguna. Esta manifestación, que podemos calificar de esencial por lo ya descrito anteriormente, quedaba clara en el artículo 18 del PIDCP, en especial cuando añadía en su párrafo segundo “que será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

---

la dissimulation du visage dans l'espace public JORF n°0237 du 12 octobre 2010 page 18344 texte n° 1), y que fue objeto de análisis por parte del TEDH en el *caso S.A.S. v. Francia* (TEDH, caso *S.A.S. v. Francia*, Sentencia de 1 de julio de 2014). El mismo día de la entrada en vigor de la norma, una francesa de origen paquistaní presentó una demanda contra el Estado francés al negársele el derecho a vestir con el *niqab*. Entendía así que tal impedimento vulneraba su derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, al principio de no discriminación y suponía una violación del artículo 3 CEDH relativo a tratos humanos y degradantes. Por su parte, el gobierno francés defendió su medida en aras de la protección de la seguridad y orden público (así como el respeto a la igualdad de género y la dignidad humana). La Corte resolvió a favor de la ley francesa. En anteriores ocasiones, también habría hecho primar el margen de apreciación de los Estados en el ámbito de la regulación del uso de símbolos religiosos en espacios públicos, como en el caso *Leyla Şahin vs. Turquía*, en el que la alumna de una universidad planteó la vulneración de su libertad religiosa al no permitirle el uso del velo dentro de este establecimiento (*vid.* STEDH, caso *Leyla Şahin vs. Turquía*, Sentencia de 10 de noviembre de 2005). En cuanto al uso de símbolos religiosos en el ámbito del trabajo, el análisis se realizó desde la ponderación de los intereses en juego, de modo que para el caso de una azafata que usaba un crucifijo sí se le consideró lesionada su libertad religiosa al entender que no afectaba a los intereses de su compañía, pero no así cuando éste era portado por una enfermera, atendiendo a las labores que realizaba y el riesgo que su uso podía suponer. *Vid.* STEDH, caso *Eweida y otros vs. Reino Unido*, Sentencia de 15 de enero de 2013).

40 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, de 21 de septiembre de 2021, cita a Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo I, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 3a. ed., 2007, pp. 22-24. Énfasis añadido.

Por su parte, la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público lo prevé en su artículo 2 a) y b) y la doctrina jurisprudencial lo ha asentado a través de sus decisiones.<sup>41</sup> Y como expresaba la SCJN, este derecho tiene su manifestación externa en poder vivir conforme a tales creencias, algo que puede chocar con determinadas obligaciones o responsabilidades exigidas por el ordenamiento y que nos llevará a analizar en el apartado relativo a la objeción de conciencia.

- Además de poder elegir libremente el tener o no una creencia religiosa, también se incluye el derecho a poder cambiarlas en cualquier momento. Si bien hay textos que no lo mencionan expresamente (como el artículo 24 constitucional, la Ley de asociaciones o el propio PIDCP), hay otros que sí hacen tal mención, como la DUDH o la propia CADH.<sup>42</sup> En todo caso, también es una manifestación plenamente aceptada por doctrina y jurisprudencia.<sup>43</sup>
- Derecho a no ser obligado a declarar sobre sus creencias religiosas, reconocida en el artículo 2 c. de la Ley de asociaciones religiosas y de culto. Una manifestación íntimamente ligada al derecho de intimidad de la persona sirve a su vez para reforzar su protección frente a “*discriminaciones, así como coacciones y hostilidades con base en tales creencias*” (no en vano, son todas mencionadas conjuntamente en el referido artículo 2.c). A *sensu contrario*, tampoco podrá “ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de ideas religiosas” (artículo 2 e) de la misma Ley). A este respecto, se planteó ante la SCJN la posible inconstitucionalidad de una norma municipal que imponía una multa pecuniaria al que “[s]in permiso, pegue, cuelgue, *distribuya* o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal”. Un ciudadano planteó que la exigencia de una autorización previa para repartir panfletos (ya que en caso contrario sería sancionado) de sus ideas religiosas vulneraba su derecho fundamental. El Alto Tribunal concluye que en efec-

---

41 Por todas, SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017, de 15 de agosto de 2018 citado en SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, de 21 de septiembre de 2021.

42 Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 79.

43 Sirva como ejemplo SCJN, Amparo Directo en Revisión 502/2007, de 28 de noviembre de 2007 y la Observación General n° 22.



to se ha producido tal lesión ya que, a diferencia de lo que podría ocurrir con la pegada de carteles en superficies públicas —que podría ocasionar un deterioro del mismo que podría justificar el requisito de una autorización previa, que parecía ser la finalidad perseguida por la normativa municipal— el solicitar lo mismo para el mero reparto de circulares o panfletos en la vía pública suponía una suerte de censura previa así como una restricción de los derechos dimanantes de la libertad religiosa.<sup>44</sup>

- Derecho a educar a sus hijos<sup>45</sup> y a que éstos reciban la educación religiosa y moral que sea conforme con sus propias convicciones. Este derecho se ha recogido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, como el artículo 18.4 del PIDCP,<sup>46</sup> el artículo 13.3 del PIDESC.<sup>47</sup> También la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones alude específicamente en su artículo 5.2 que todo “niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño”.

A este respecto, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a este derecho en los siguientes términos:

el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. *La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con*

---

44 SCJN, Amparo en Revisión 1595/2006, de 30 de enero de 2006.

45 La Suprema Corte destaca el hecho de que “Una decisión importante para el núcleo familiar, en particular, para los progenitores, consiste en determinar qué educación religiosa deben tener los hijos. En los valores o creencias que los padres transmiten a sus hijos se manifiesta, por un lado, su derecho a la libertad religiosa y, por otro, su derecho a educar a sus hijos de la forma que prefieran”. SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017, de 15 de agosto de 2018.

46 Artículo 18.4 del PIDCP: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

47 Artículo 13.3 del PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

*la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.*<sup>48</sup>

También en el ámbito regional encontramos previsto este derecho, en concreto en el artículo 12.4 de la CADH;<sup>49</sup> artículo que ha sido reciente objeto de estudio por parte de la Corte IDH que identifica como contenido del derecho de libertad religiosa precisamente el derecho a la educación religiosa,<sup>50</sup> y en el que se reconoce que existen diversas modalidades de ser éste ejecutado dependiendo del *diseño normativo* de cada país.<sup>51</sup>

En el caso de México, la Constitución no hace una mención expresa en su articulado a este respecto, pero sí se hace eco de la relación de ambos derechos, del impacto que el contenido de la libertad religiosa tiene en el derecho a la educación, y en consonancia con el segundo párrafo del artículo 24, que se traduce expresamente en que la educación será “ajena a cualquier doctrina religiosa”<sup>52</sup> como modelo elegido por la Constitución en su artículo 3 para garantizar el que no haya un choque ni entre ambos derechos ni con el modelo de neutralidad estatal.

48 Observación General n° 22, *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión* (artículo 18), párr. 6. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). Énfasis añadido.

49 Artículo 12.4. “4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

50 CorteIDH, Caso Pavez Pavez vs. Chile, Sentencia de 4 de febrero de 2022, párr. 75.

51 A este respecto, la CorteIDH “entiende que una de las garantías de la libertad religiosa, a saber, el derecho para los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, *puede implicar, según el diseño normativo de cada Estado*, que las autoridades religiosas tengan la posibilidad de seleccionar a las profesoras y a los profesores de religión que dicten clase sobre su doctrina” (párrafo 97. Énfasis añadido). Esto, siempre que se establezcan ciertos límites, ya que la propia Corte concluye que, si bien las comunidades religiosas pueden gozar de cierto margen de autonomía en tal elección, éste no es absoluto. “Lo anterior se debe a que las clases de religión católica como parte de un plan de educación pública, en establecimientos educativos públicos, financiados por fondos públicos, no se encuentran dentro de los ámbitos de libertad religiosa que deben estar libres de toda injerencia del Estado puesto que no están claramente relacionadas con las creencias religiosas o la vida organizativa de las comunidades”. Párrafo 129. Es importante destacar que, en el modelo chileno examinado en este caso, a diferencia del de México, sí se prevé la importación de formación religiosa en el marco de las escuelas públicas. En estos casos, las confesiones religiosas tienen cierto margen de libertad al ser ellas las que determinan la idoneidad de los profesores que pueden impartir tal formación.

52 Artículo constitucional 3. I. “Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”.

La Suprema Corte ha afirmado que este diseño no contraviene la Convención, pues entiende que ésta no exige al Estado que sea él el encargado de impartir formación religiosa en las escuelas, sino que sea el garante de este derecho, de modo que pueda ser ejercido sin injerencias.<sup>53</sup> Aunque este derecho de los padres “a infundir en sus hijos convicciones religiosas no es absoluto y tiene un límite: el interés superior del menor, el cual se cristaliza, en el caso, en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa”.<sup>54</sup>

Enlazando la idea apuntada con respecto a la educación, la lectura, por tanto, que se desprende de esto no es que se esté impidiendo que los padres puedan elegir aquella formación religiosa que estimen oportuna para sus hijos (ya que, como hemos visto se concibe como parte de este derecho) sino que, por la configuración laica del Estado, no está constitucionalmente aceptado que esta formación religiosa sea llevada a cabo desde las escuelas públicas.

Como hemos visto, y a modo de resumen, la SCJN insiste en que esta concepción laica de la educación, lejos de suponer un menoscabo del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa conforme a sus creencias, se configura como una protección del mismo, ya que se garantiza que toda educación impartida en escuelas públicas tendrá carácter neutral.<sup>55</sup> Más aún, insiste en que “el derecho a la libertad religiosa no conlleva a una obligación positiva a cargo del Estado de impartir este tipo de educación, es decir, como se refirió anteriormente, el mandato convencional no prevé un derecho de carácter prestacional, sino que salvaguarda una libertad en favor de los padres y tutores de educar a sus hijos o pupilos conforme a sus propias creencias, de suerte que el Estado funge un papel de garante frente a esta libertad”.<sup>56</sup>

- Derecho a conmemorar sus festividades. Una de las clásicas manifestaciones de éste es la protección de observar el día de descanso para profesar convicciones y creencias religiosas, cuando éste constituya un elemento fundamental de la religión. Respecto a esta manifestación, la SCJN tuvo ocasión de pronunciarse en el Amparo en Revisión 854/2018, de 7 de agosto de 2019. Los hechos en los que se basa esta decisión los podemos resumir en que un grupo de personas que debía presentarse a un examen de carácter oficial, que había sido programado para ser realizado un sába-

---

53 Vid. SCJN, Amparo en Revisión 439/2015, de 28 de septiembre de 2015. El origen de este caso concreto se encuentra en la denegación de la solicitud presentada por un padre de que fuera impartida, de forma extraescolar, una clase de religión católica en la escuela pública de primaria a la que asistían sus hijos.

54 SCJN, Amparo Directo en Revisión 502/2007, de 28 de noviembre de 2007.

55 SCJN, Amparo en Revisión 439/2015, de 28 de septiembre de 2015.

56 *Idem*.

do, solicitó que se le ofreciera una fecha alternativa ya que éste es el día de la semana que sus creencias religiosas señalan como festivo, por lo que deben abstenerse de llevar a cabo actividades de carácter secular. Tal petición fue denegada con base en que no se podrían alegar motivos religiosos en el cumplimiento de obligaciones o responsabilidades previstas en la ley. La Corte en este caso resolvió reconociendo que se había producido una discriminación fundada en motivos religiosos al no haber sido prevista una solución que permitiera ejercer a los reclamantes su derecho fundamental, como es el guardar el día festivo conforme a sus convicciones religiosas (es importante destacar, como bien señala la Corte, que no estamos ante casos en los que se esté planteando una objeción de conciencia ya que el presentarse o no a un examen no supone un deber legal que trate de ser incumplido, algo que se define, como veremos más adelante, como un elemento esencial de esta figura).<sup>57</sup>

---

57 En el ámbito de derecho comparado, el tema de la observancia de los días festivos ha sido motivo de sentencias clave en materia de libertad religiosa. En el caso *Sherbert v. Verner* (1963), la Corte Suprema de los EEUU reconoció por primera vez —en el contexto de la revolución de los derechos civiles y la defensa de las minorías que se estaba produciendo en EE.UU.— que un individuo podía, en determinadas circunstancias, beneficiarse de la exención de la aplicación de una norma de carácter general, en virtud de su libertad religiosa. Dicho de un modo más resumido, “determinó el contenido de la cláusula constitucional del *free exercise* y la relación de este derecho con la prohibición del establecimiento de cualquier religión”, eso sí, vista desde la defensa de una libertad de especial naturaleza. Los intereses que se enfrentaron en el caso *Sherbert v. Verner* eran de un lado los del trabajador que deseaba vérselo reconocido el derecho a practicar su religión y el del Estado de aplicar la normativa relativa a prestaciones de desempleo: Sherbert —adventista del séptimo día— fue despedida al negarse a trabajar el sábado, de acuerdo con la observancia de su credo que considera el Sabbath como día consagrado al Señor (aunque en ningún momento se dudase acerca de la veracidad de sus creencias ni de sus prácticas religiosas). Al no encontrar trabajo tras este despido, precisamente por su exigencia de descanso en sábado, procedió a la solicitud de la prestación de desempleo, que le fue negada por no cumplir los requisitos previstos por su regulación (en concreto, para ser beneficiario de la misma debía tener capacidad para trabajar, disponibilidad para hacerlo y no haber rechazado trabajos con posterioridad al despido, sin una justificación adecuada). Y tres son los aspectos claves en los que la Sentencia articula su argumentación: en primer lugar, analizar los límites del ejercicio de la libertad religiosa; posteriormente la afectación del interés general, para finalmente engarzarlo con el *establishment clause*. La primera de las argumentaciones llega a la clara conclusión de la primacía del derecho constitucionalmente reconocido: aunque se trate de una carga indirecta, toda normativa estatal que prohíbe la observancia de una religión es inconstitucional, ya que “supone la misma clase de carga sobre el libre ejercicio de la religión de lo que sería una multa impuesta [...] por la práctica de su religión”. Analizado este punto se estudió el interés del Estado, que debería ser lo suficientemente relevante como para justificar una vulneración tal de un derecho fundamental, algo que no tenía lugar en este caso. Y así, por obvias razones la jurisdicción americana reconocía excepciones individuales a la aplicación de reglas generales por razón de la religión, con lo que se advertía

Junto a esta dimensión individual, encontramos la dimensión colectiva del derecho. Al referirnos a ella —y más teniendo en cuenta la redacción del tercero de los párrafos del artículo 24 constitucional— su principal exponente como manifestación de ejercicio del mismo son los actos de culto público. Y se entiende como tales “aquellos actos específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y conductas que las diferentes religiones reconocen como manifestaciones institucionalizadas o formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas pre-establecidas por ellas”,<sup>58</sup> actos que, por otro lado, solo podrán celebrarse —en términos generales— en el interior de los templos, tal y como requiere el artículo 21 de la Ley de Asociaciones.

Además de esta manifestación, dentro de esta dimensión colectiva encontramos el derecho de asociación, en este caso tanto para realizar actividades de carácter religioso como la constitución de confesiones religiosas (imprescindible en este caso si se les quiere además dotar de personalidad jurídica a estas últimas). Como ya habíamos comentado con anterioridad, ambos aspectos mencionados han sido desarrollados a través de la Ley de asociaciones religiosas y su reglamento. Norma en la que, además de reconocer personalidad jurídica a “las iglesias y las agrupaciones religiosas [...] como asociaciones religiosas” una vez que cumplan con el trámite de inscripción en el registro (artículo 6), se detallan, precisamente, manifestaciones más concretas de esta dimensión colectiva, entre las que destacamos: propagar su doctrina (artículo 9. III); la elección de sus ministros de culto entendiendo por tales, a falta de una notificación por parte de las confesiones religiosas, “a quienes ejerzan en ellas como principal ocupación, funciones de dirección, representación u organización” (artículo 12); o el establecimiento de sus lugares de culto —siempre previo aviso a las autoridades— (artículo 24).

En relación con las asociaciones religiosas, se planteó un interesante caso resuelto en el Amparo en Revisión 267/2016.<sup>59</sup> Tal y como se describe en los hechos de este caso, se denegó el registro a una asociación religiosa, por encontrarla improcedente (entre los motivos aludidos por las autoridades, citaron no haber acreditado suficientemente algunos aspectos requeridos por el reglamento (como la observancia, práctica, propagación o instrucción de una doctrina o cuerpo de creencias religiosas; el notorio arraigo; la relación de los bienes inmuebles que poseyeran o el que presentaran firmas autógrafas de sus representantes (también destaca el hecho de que pidieran informes acerca de la práctica del uso del peyote

---

que no sólo se debía evaluar la carga del libre ejercicio en los casos de carga directa, sino también cuando se sufren límites de carácter indirecto.

58 SCJN, Amparo en Revisión 1545/2006, de 30 de enero de 2006.

59 SCJN, Amparo en Revisión 267/2017, de 30 de noviembre de 2016. (Énfasis añadido en los extractos transcritos).

que realizaban). La Corte determinó que tal denegación debía calificarse puesto que no se había actuado de buena fe en el desahogo del procedimiento, lo que tuvo un efecto lesivo en el respeto de la libertad religiosa. Es interesante destacar las reflexiones que realiza en cuanto a cómo interpretar las normas que regulan procedimientos que inciden directamente en las manifestaciones de un derecho fundamental, como es el de libertad religiosa. De este modo, destaca que, a fin de estar “en congruencia y sintonía con el respeto e imparcialidad del Estado mexicano hacia el fenómeno religioso”:

el segundo párrafo del artículo 24 constitucional [...] *insta al Estado a no «prohibir» religión alguna, manteniéndose al tiempo imparcial y respetuoso con el pluralismo religioso propio de la ciudadanía en una democracia contemporánea [...] con la finalidad de evitar que se materialice cierta exclusión por parte del Estado mexicano para que la parte quejosa profese la creencia religiosa de su agrado y practique las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo.*

En este sentido, *los requisitos formales exigidos* por el artículo 7 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, así como el artículo 8 del Reglamento de dicha ley, *para el registro constitutivo como asociación religiosa* ante la Secretaría de Gobernación, *no pueden entenderse como barreras insuperables, a través de las cuales se cuestione la validez o el contenido ideológico de una creencia religiosa determinada*, pues ese estudio implicaría invadir un ámbito ajeno a sus competencias como autoridad registradora. En otras palabras, la autoridad no está facultada para entrar a cuestionar el contenido o prácticas que dan vida a una determinada ideología religiosa, pues esto sería intervenir en la esfera privada de los integrantes de las iglesias o agrupaciones religiosas; motivo por el cual, la verificación de los requisitos y el consecuente requerimiento no puede tener por objeto verificar el contenido ideológico de la religión que se practica, sino que debe limitarse a verificar los requisitos formales que impone la ley para el registro.

## V. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA, DE CREENCIAS Y RELIGIOSA

En términos generales, además de la posible colisión entre ellos con motivo de su ejercicio<sup>60</sup> y por ende el necesario ejercicio de ponderación para resolver tal conflicto, los derechos fundamentales pueden llegar a presentar límites a la hora

---

<sup>60</sup> En el ámbito de la Corte IDH, destacamos como caso de colisión de derechos el que se presentó con ocasión de la censura sufrida por la película *La última tentación de Cristo* en Chile, en el que se declaró que el Estado sí había vulnerado la libertad de expresión con su restricción y, sin embargo, no quedaba probado que hubiera habido una vulneración de la libertad religiosa

de ser ejercidos.<sup>61</sup> Y la libertad de conciencia, creencias y religiosa no es una excepción y también puede verse restringida.

Y más aún, dentro de que no es una excepción, es un derecho que encuentra estas limitaciones expresamente referidas en la regulación que sobre él se ha llevado a cabo. Un buen ejemplo de ello es la mención que encontramos en el ámbito internacional que tuvimos ocasión de mencionar al comienzo de estas páginas, ya que, si bien el artículo 18 de la DUDH se refiere a ellos, el PIDCP en su artículo 18.3 sí que prevé que “[l]a libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las *limitaciones prescritas por la ley* que sean *necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*”. (Énfasis añadido). Una redacción prácticamente idéntica se presenta en el artículo de la CADH.

Unas restricciones que deben ser estrictamente necesarias, proporcionadas con la finalidad que persigan y no discriminatorias. Además, siempre interpretadas de modo restrictivo.<sup>62</sup> En palabras de otro Alto Tribunal que bien pueden ser aplicables a este contexto, unas restricciones solo justificables “si persiguen un fin legítimo y son necesarias para una sociedad democrática”.<sup>63</sup> Más aún, el Consejo de Derechos Humanos, cuando interpreta este artículo destaca un núcleo esencial del derecho que en ningún caso podría verse afectado, en concreto lo concerniente a la adopción de unas creencias determinadas (tampoco todo lo relativo al derecho que asiste a los padres de educar a los hijos conforme a sus convicciones, que ya tuvimos ocasión de tratar).<sup>64</sup> Por último, dejar apuntado que, pese a que puede ser objeto de restricciones, sigue siendo un derecho protegido en toda circunstancia,

---

(párrafo 79). Vid. Corte IDH, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001.

61 Cfr. Díez Picazo, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4a. ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pp. 111 y ss.

62 Observación General n° 22, párr. 8.

63 Vid., por todas, TEDH, caso *Kokkonakis vs. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, párr. 35. Y es que, en esta misma línea —y de un modo muy contundente— se expresó el TEDH respecto a las características que debían presentar las injerencias al ejercicio de esta libertad para que puedan ser consideradas como legítimas, posición que se ha consolidado en su jurisprudencia. En su interpretación del artículo 9.2 del CEDH, destaca que deberán ser previstas por ley (especificando que, si bien a veces las fórmulas empleadas pueden ser vagas que evitan una rigidez en la redacción, la interpretación y aplicación se realizará conforme a la práctica), deberán perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática (a este respecto, cabe destacar que los Estados cuentan con cierto margen de apreciación, aunque éste no es ilimitado, por lo que es objeto de escrutinio por parte del Tribunal la justificación y proporción de las medidas restrictivas que sean adoptadas). Vid. TEDH, caso *Kokkonakis vs. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, párrs. 36-50.

64 Observación General n° 22, párr. 8.

de tal manera que ni siquiera en los peores escenarios —como podría ser el de un contexto bélico— puede ser suspendido.<sup>65</sup>

En la regulación constitucional mexicana, sin embargo, no observamos que el artículo 24 constitucional utilice una fórmula en esta línea para referirse a las causas que pueden justificar una restricción del ejercicio de la libertad religiosa.<sup>66</sup> Eso no significa que no existan o puedan existir. De hecho, sí podemos rescatar alguno de ellos en este mismo artículo: cuando se refiere a las restricciones penales como límite del ejercicio de las manifestaciones religiosas, la prohibición del uso de actos religiosos con fines de proselitismo (como ya señalamos en páginas anteriores) así como menciones puntuales en la normativa de desarrollo, que se podrían traducir en límites expuestos a ésta, como por ejemplo, el artículo 1 de la Ley de asociaciones religiosas relativo a la imposibilidad de “alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes” y que incardina con la objeción de conciencia que trataremos a continuación, las sanciones previstas en el artículo 29 de la misma ley, o toda la regulación que a partir de su artículo 21 encontramos sobre los actos de culto. También la Corte es sensible ante la previsión de límites a este derecho. De este modo, se refiere a ello, por ejemplo, en el ADR 502/2017<sup>67</sup> y de un modo más expreso en el AR 1049/2017: “la libertad religiosa no es absoluta, ya que está sometida a ciertos límites que la Constitución le impone: el imperio del orden jurídico, los derechos de los demás, la prevalencia del interés público y los propios derechos fundamentales de la persona frente a un ejercicio abusivo de los mismos”.

Retomando el análisis de la fórmula más completa de los límites de este derecho, destacando la existencia de una reserva de ley en materia de restricciones a este derecho, sobre la que la SCJN se ha expresado en los mismos términos a la hora de referirse a la necesidad de que se lleve a cabo una regulación legal de las restricciones por las que puede verse afectada esta libertad: “las limitaciones

---

65 Artículo 27 de la CADH “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre [...] no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de [...] religión. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 12 (Libertad de Conciencia y de Religión)”.

66 De hecho, sólo encontramos una formulación similar en la Ley de asociaciones religiosas al prever la prohibición de actos de culto (artículo 22).

67 Recordemos que se referiría al interés del menor como un límite de este derecho en el ADR 502/2007: “A modo de conclusión, el derecho de los padres a infundir en sus hijos convicciones religiosas, no es absoluto y que tiene un límite: el interés superior del menor, el cual se cristaliza, en el caso, en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa”. SCJN, Amparo Directo en Revisión 507/2007, de 28 de noviembre de 2007.



[...] deben encontrar sustento legal. Eso no significa, evidentemente que las normas infra-legales no puedan modular aspectos del ejercicio de los mismos; lo que significa es que debe ser posible a partir de las mismas reconstruir algún tipo de cadena de remisión normativa que muestre que las decisiones centrales respecto de la limitación han sido determinadas por los representantes de los ciudadanos —esto es: por el legislador—. <sup>68</sup>

## VI. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Por último, y como cierre del presente estudio de la libertad religiosa, nos centraremos en un aspecto relevante vinculado directamente al ejercicio de sus facultades, como es la objeción de conciencia.

Hablar de objeción de conciencia nos lleva a situarnos ante una figura que encierra en sí misma un área vaga en torno a su contenido.<sup>69</sup> La cantidad de aproximaciones que podemos encontrar en la doctrina y el desarrollo jurisprudencial que se ha llevado a cabo (el hecho de que se trata de una figura en la que la casuística va a desempeñar un papel determinante a la hora de ser analizada) nos podría llegar a condicionar en el momento que queremos aportar una aproximación al respecto. Y es que lo primero que llama la atención al profundizar en su análisis es la palmaria reticencia que el legislador —tanto internacional como nacional— presenta a la hora de su reconocimiento expreso. Por ejemplo, como hemos tenido ocasión de ver anteriormente, en el plano internacional, el artículo 18 de la DUDH recoge el derecho de libertad religiosa y de pensamiento y el mismo del PIDCP lo desarrolla con más esmero, pero ninguno de los dos se refiere a ella. Tampoco la CADH o el 24 Constitucional,<sup>70</sup> Todo ello parece verse reafirmado con la línea argumental mantenida por órganos supranacionales —como el Consejo de Derechos Humanos o el TEDH,<sup>71</sup> a la que se adhiere la Comisión

---

68 SCJN, Amparo en Revisión 1595/2006, de 30 de enero de 2006.

69 Nos puede ayudar a ilustrar este aspecto lo que apunta Prietro Sanchís: partiendo de la propia imposibilidad —e incluso falta de necesidad— de poder acotar todas las manifestaciones posibles del ejercicio de la libertad religiosa, el autor se refiere a la objeción de conciencia proponiéndola como definición para referirse “a [la] situación de conflicto entre el derecho y su límite”. Prietro Sanchís, L., “Libertad y objeción de conciencia”, en *Persona y Derecho*, núm. 54, 2006, p. 264.

70 Como única excepción de reconocimiento expreso en textos internacionales, encontramos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que sí se contempla, aunque en los términos en los que sea regulada por el legislador nacional (artículo 10.2: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”).

71 Encontramos un prolijo análisis de cómo ha sido abordado al objeto de conciencia —en concreto, el militar que luego veremos— en esta jurisprudencia en el propio Informe n° 43/05,

IDH, que concluye que no hay una contravención o vulneración del derecho a la libertad religiosa en caso de que no haya un reconocimiento expreso por el legislador nacional de la objeción de conciencia, ya que es potestad de él prever tal mención explícita.<sup>72</sup>

La objeción de conciencia encierra en su esencia el poder “oponer la propia conciencia al cumplimiento de una norma”;<sup>73</sup> dicho de otro modo, implica “la negativa individual a cumplir un deber jurídico por entender que vulnera las exigencias de la propia conciencia”.<sup>74</sup> Así entendida, la objeción de conciencia se conecta con una de las facultades esenciales de la libertad religiosa, como es la de vivir de acuerdo con sus convicciones. Y lo que subyace es que no se estaría incumpliendo el Derecho puesto que se estaría exonerando de una obligación con base, precisamente, en el ejercicio de tal derecho constitucional.

Así, junto al deber objetado, el otro elemento primordial presente será la conciencia: se requiere que tal conciencia se encuentre vinculada estrechamente a la identidad del individuo y su autonomía (teniendo siempre en cuenta que estos aspectos pueden ser susceptibles de evolución al no tratarse de referentes estáticos),<sup>75</sup> de modo que sitúa al objetor ante un dilema entre el cumplimiento de la norma que mencionamos y su moralidad, le lleva a decantarse por esta última. No nos estamos refiriendo, por tanto, a una mera disconformidad ante el cumplimiento de un deber jurídico, sino de una confrontación que produce una fuerte afectación a la conciencia del individuo —por motivos bien sea de carácter religioso, moral o ideológico—. <sup>76</sup> ¿Y para dirimir tal controversia? La doctrina señala a la ponderación como el mecanismo de resolución más adecuado.<sup>77</sup>

Refiriéndonos a la regulación mexicana, y como dejábamos apuntado al comienzo de este apartado, el texto constitucional no recoge mención alguna a la objeción de conciencia. Sin embargo, sí observamos que el artículo 1 de la ya referida Ley de asociaciones religiosas manifiesta que “las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar

caso 12.219, Fondo, Cristián Daniel Shali Vera y otros v. Chile, de 10 de marzo de 2005, párrs. 39-83.

72 *Ibidem*, párr. 96. Si bien se centra en el estudio de la objeción de conciencia militar, podríamos extrapolarlo a otras manifestaciones de este derecho.

73 González del Valle, J. M., *op. cit.*, p. 291.

74 Rodríguez Blanco, M., *op. cit.*, p. 119.

75 Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 52.

76 SCJN, Acción de inconstitucionalidad 24/2018, párrs. 272 y 273.

77 *Vid.*, por todos, Prieto Sanchís, L., “El derecho fundamental de objeción de conciencia”, en Ibán, I.C., Prieto Sanchís, L. y Mottilla, A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 79, o Rodríguez Blanco, M., *op. cit.*, p. 121.

motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”. Parece referirse así a una taxativa prohibición, aunque, como veremos, esto observará matizaciones.

Para ello, exploraremos cómo ha sido tratada esta figura en la jurisprudencia, en concreto en los dos ámbitos en los que la SCJN se ha manifestado más recientemente sobre este tema, ya que, como hemos dicho, la objeción más que tener un reflejo normativo, lo que ha sido es objeto de un análisis y estudio esencialmente casuístico, y veremos cómo ésta sí tiene un reconocimiento en la realidad jurídica. Así, nos referiremos a la objeción de conciencia al servicio militar y en el sanitario que, además, son también los más presentes y representativos en derecho comparado.

El servicio militar obligatorio ha sido sin duda uno de los casos paradigmáticos de la objeción de conciencia. En el contexto americano, como hemos adelantado, la Comisión IDH traslada a los Estados la decisión de un reconocimiento en la legislación interna de cada país. Si bien, ofrece como argumentación a su posible reconocimiento la interpretación del artículo 12 en relación con el artículo 6 de la CADH. Así, la previsión de límites a la libertad religiosa contenida en el párrafo 3 del artículo 12 (“La libertad de manifestar [...] las propias creencias están sujetas únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden [...]”) conecta con la excepción que de la definición de trabajo forzado contiene en el artículo 6.3.c, al excluir el servicio militar de la misma. En ella, se menciona la objeción de conciencia en los términos que sigue “[e]l servicio militar y, en los países donde se admite exención *por razones de conciencia*, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”, llegando así a la conclusión de que “[se] reconoce expresamente el derecho a la condición de objetor de conciencia en los países en que esta condición está reconocida”.<sup>78</sup>

El primero de los casos al que nos vamos a referir, y relacionado con la objeción militar, dio lugar a la resolución del Amparo en Revisión 796/2011, de 30 de junio de 2011. De acuerdo al tema que estamos abordando, nos centraremos en uno de los aspectos que se analizó, en concreto si la regulación de las eximentes para la prestación del servicio militar era discriminatoria. Atendiendo a la literalidad de cómo aparecen descritos los hechos en la sentencia mencionada, el quejoso había solicitado que se le eximiera de prestar el servicio militar obligatorio bajo el argumento de que la normativa que regulaba el servicio militar vulneraba las garantías previstas en la Constitución (en concreto a la de igualdad). Su solicitud

---

78 Comisión IDH, Informe n° 43/05, caso 12.219, Fondo *Cristián Daniel Shali Vera y otros vs. Chile*, de 10 de marzo de 2005, párr. 86. Argumento reiterado en Comisión IDH, Informe n° 22/06, petición 278-02, *Xavier Alejandro León Vega vs. Ecuador*, de 2 de marzo de 2006, párr. 31. Énfasis añadido.

le fue denegada ya que los motivos que él había esgrimido no encajaban en ninguna de las previstas por la norma. El artículo 10 de la Ley del servicio militar destacaba que “[e]l reglamento de esta Ley fijará las causas de excepción total o parcial para el servicio de las armas, señalando los impedimentos de orden físico, moral y social y la manera de comprobarlos”. En desarrollo de esto, el artículo 38 del reglamento<sup>79</sup> exime, entre otros, a quienes ejerzan el culto religioso como ministros de culto cuando estén legalmente autorizados para tal profesión”. La Corte igualmente negó el amparo, ya que entendió que las excepciones previstas para el servicio militar eran razonables y proporcionadas.

Lo que queremos destacar de esta sentencia es cómo la Corte anuda la justificación de tal eximente referida a los ministros de culto con la objeción de conciencia, que además entiende que dimana de la propia libertad religiosa prevista en el artículo 24 constitucional y de la interpretación conjunta del artículo 12 y del artículo 6.3.d de la CADH.<sup>80</sup> De este modo, y tras un análisis prolijo de la evolución de la objeción de conciencia militar en el ámbito internacional, concluye que “la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a negarse a cumplir el servicio militar armado y, en consecuencia, la previsión legal que excluya esta obligación a partir de un reconocimiento implícito del citado derecho humano, debe considerarse constitucional y convencionalmente válida”;<sup>81</sup> y añade que al no referirse a ningún ministro de culto en concreto, tal excepción es constitucionalmente válida precisamente por dimanar del citado derecho de libertad religiosa; más aún, entiende coherente esta excepción con la limitación del artículo 130 constitucional que prohíbe a los ministros de culto desempeñar cargos públicos, ya que el artículo 1 de la Ley de servicio militar califica a éste como un servicio de orden público.

La conclusión a la que llegamos con esta argumentación es que, si bien es cierto que emplea la objeción de conciencia más como una justificación de la racionalidad o proporcionalidad de la excepción legal prevista que como una aplicación directa de la misma, reconoce en todo caso la existencia de ésta, por lo que podría llegar a ser estudiada en otros supuestos que se pudieran llegar a plantear ante el Alto Tribunal.

El otro ámbito estudiado por la Corte se centra en el sector sanitario, de modo que es posible encontrar casos tanto desde la posición del paciente como del personal sanitario. Ya que el caso relativo a los tratamientos médicos que ha llegado

---

79 Reglamento de la Ley del Servicio Militar, publicado en el *DOF* de 10 de noviembre de 1942.

80 El artículo 6.3.b) de la Convención Americana exceptúa el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél de la definición de trabajo forzado o compulsivo.

81 SCJN, Amparo en Revisión 796/2011, de 30 de junio de 2011, párr. 199.

a la SCJN<sup>82</sup> —y debido a las características del mismo, como hemos visto en páginas precedentes—, no fue abordado desde la objeción de conciencia, centraremos nuestra atención en la objeción de conciencia del personal sanitario.

Respecto a éste, no hemos encontrado un caso en el que la Corte IDH se haya manifestado expresamente. Si recurrimos al derecho comparado, sí vemos algunas expresiones al respecto. Estamos pensando más concretamente en el ámbito regional europeo, en el que, en 2010, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adopta un breve texto (de sólo 4 artículos) en el que se manifiesta sobre esta objeción de conciencia<sup>83</sup>. Destaca el énfasis que hace sobre la importancia del reconocimiento de este derecho, en especial por el efecto que su falta puede causar en los grupos vulnerables (artículo 2), así como la invitación a una completa regulación del mismo (artículo 4). El TEDH, por su parte, ha rechazado recientemente dos demandas realizadas por dos sanitarias en las habían planteado una vulneración de su derecho de libertad religiosa, ya que —una vez se hubieron formado como parteras— el centro médico en el que trabajaban no les permitió desempeñar esta función puesto que habían expresado su objeción a practicar abortos. El motivo de tal negativa venía amparado por la ley sueca, según la cual el trabajador ha de desempeñar todas las labores que han sido asignadas a su puesto (en este caso, dentro del de partera, se incluían el practicar abortos para garantizar el derecho a la salud tal y como está previsto el acceso al aborto en Suecia). El fundamento del rechazo que lleva a cabo el Tribunal lo encontramos en el margen de apreciación de los Estados para establecer el límite de este derecho, cuya conclusión es que la interferencia al derecho tiene una base legítima —como era la normativa a la que hemos hecho referencia— que a su vez perseguía un fin legítimo.<sup>84</sup>

---

82 Dejando a un lado los casos como el analizado previamente, en los que el paciente es un menor de edad, estamos pensando en aquellos casos en los que un mayor de edad decide libremente rechazar un tratamiento, incluso si esto supone un peligro para su vida. Desde el derecho comparado observamos se explora un posible choque entre la objeción de conciencia a dicho tratamiento con base en el respeto de su propia dignidad humana y el respeto a la autonomía del paciente, y el deber del personal sanitario de velar por la vida de sus pacientes. Regulaciones como la española, a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dirimieron tal confrontación al priorizar el derecho del paciente a decidir siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos, especialmente haya mediado una información adecuada por parte de los facultativos y medie un consentimiento válido. Respecto a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, *vid.* la interesante reflexión que se aporta en González del Valle, J. M., *op. cit.*, pp. 310 y 311.

83 Asamblea Parlamentaria, CoE, Resolución 1763 (2010), *The right to conscientious objection in lawful medical care*, de 7 de octubre de 2010.

84 TEDH, Caso *Linda Steen vs. Suecia*, de 12 de marzo de 2020, párrs. 18-21, y TEDH, caso *Grimmark vs. Suecia*, de 12 de marzo de 2020, párrs. 24-26.

Volviendo al contexto nacional, el pasado 21 de septiembre, la SCJN se pronunció acerca de la objeción de conciencia de médicos y enfermeras del Servicio Nacional de Salud con la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 54/2018 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.<sup>85</sup> A través de ella se solicitaba la invalidez del Decreto de 2018,<sup>86</sup> que modificaba la Ley General de Salud al incluir en ella un artículo 10 Bis. Este artículo hacía referencia expresa a la objeción de conciencia del personal sanitario en los siguientes términos:<sup>87</sup>

ARTÍCULO 10 Bis.- *El Personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud podrá ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación de servicios que establece esta Ley.*

*Cuando se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una urgencia médica, no podrá invocarse la **objeción de conciencia**, en caso contrario se incurrirá en la causal de responsabilidad profesional.*

*El ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral.*

Como principal razón que fue esgrimida por la parte actora para solicitar tal anulación fue que esta regulación suponía una limitación del derecho a la salud y su protección, para la que, entienden, ni el Congreso de la Unión ni la Secretaría de Salud son competentes, lo que por tanto conllevaría una “vulneración de la legalidad y seguridad jurídica, así como de la supremacía del texto constitucional”. Además, esta limitación se traduce en que el ejercicio de la objeción de conciencia tal por parte del personal sanitario, tal y como aparecía legislado, imposibilitaría al usuario del Servicio de Salud una atención plena. El Pleno del Tribunal resolvió esta acción no sólo declarando inválidos los artículos, sino exhortando a la modificación de la regulación de la objeción de conciencia de un modo más completo y pormenorizado (se llegan a incluir una serie de lineamientos y estándares a fin de que puedan ser tenidos en consideración en tal regulación y que comentaremos más adelante).

En este caso, tomando el precedente de la objeción militar ya mencionado,<sup>88</sup> la SCJN es clara en identificar a la objeción de conciencia como una concreción del derecho a vivir conforme a sus convicciones religiosas, dimanante del artículo 24 constitucional,<sup>89</sup> la define como “una postura individual contraria a un deber

85 SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, de 21 de septiembre de 2021.

86 Decreto por el que se adiciona un artículo 10 Bis a la Ley General de Salud, publicado en el DOF: de 11 de mayo de 2018. Junto a este artículo 10 Bis, se solicitaba la derogación de sus artículos Segundo y Tercero Transitorios.

87 Énfasis añadido.

88 Vid. SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, de 21 de septiembre de 2021, párr. 280.

89 *Ibidem*, párr. 269.

jurídico, actos de autoridad e incluso autoridades laborales. Esta postura de discrepancia normalmente es generada por creencias religiosas, ideológicas, principios éticos o morales y tiene como finalidad la no aplicación de la ley o acto en cuestión o su sanción”.<sup>90</sup>

Además de señalar ese nexo entre libertad de pensamiento, conciencia y religión y objeción de conciencia, reafirma que no es un derecho ilimitado: sin ir más lejos, la propia Constitución y los principios fundamentales del Estado mexicano sirven para encuadrar en qué marco puede ser válido su ejercicio.<sup>91</sup>

Para el caso concreto de la objeción de conciencia del personal sanitario, se centra en estudiar el impacto que ésta puede tener en el servicio de salud que debe recibir el paciente y el pertinente riesgo para su salud, que se traduce en una regulación precisa y adecuada que garantice los mecanismos necesarios para una correcta atención sanitaria. Por este motivo estima que tal y como se ha regulado el derecho a la objeción de conciencia en el citado artículo 10 bis, y al estar tan desdibujados los límites de éste con la fórmula genérica empleada, ésta es insuficiente.<sup>92</sup> Para que la regulación respete los imperativos constitucionales orientados a la protección de los derechos confrontados, ha de establecer unos límites y salvaguardas de modo claro y preciso,<sup>93</sup> para lo que aporta una serie de recomendaciones,<sup>94</sup> entre las que destacamos la conveniencia de que “la ley claramente estableciera que la objeción de conciencia es un derecho individual del personal médico y de enfermería que, desde su fuero individual, puede ejercer para negarse a realizar alguno de los procedimientos sanitarios que forman parte de los servicios del Sistema Nacional de Salud cuando consideren que se oponen a sus convicciones religiosas, ideológicas, éticas o de conciencia”,<sup>95</sup> lo que supondría una clara definición e integración de esta figura en el ordenamiento interno.

Por lo visto hasta ahora, podemos concluir que en la objeción de conciencia se ha identificado la intención del individuo a que sus comportamientos antijurídicos no sean objeto de sanción amparándose en la necesidad de obediencia a su conciencia en caso de conflicto con la norma. De hecho, en ocasiones, la reiteración de determinadas conductas en principio individuales pero secundadas por un grupo más o menos ostensible ha llevado a que, en la propia evolución social, tales conductas hayan sido no sólo toleradas, sino que han conllevado un cambio en la propia regulación de la cuestión. En cierto modo, lo que subyace de la ob-

---

90 *Ibidem*, párr. 274.

91 *Ibidem*, párrs. 289 y 292.

92 *Ibidem*, párrs. 430 y 441.

93 *Ibidem*, párr. 458.

94 *Ibidem*, párrs 505 y ss.

95 *Ibidem*, párr. 505.

jección de conciencia no es sino la oposición a una norma forjada en torno a una moral común, con base en la conciencia o moral singular.<sup>96</sup>

Es indiscutible que se trata por tanto de una figura con un importante peso en nuestras tradiciones jurídicas (no en vano, es habitualmente reconocida en la mayoría de ellas). Sin embargo, no deja de ser un instrumento con una base relativamente arbitraria, en especial si atendemos a su identificación y aplicación por los ejecutores del Derecho y, que muchas veces no es demasiado pertinente para ofrecer una respuesta satisfactoria a la problemática que hoy en día se suscita en nuestro modelo social.

Así, y pese a que históricamente se contempla como un gran reconocimiento en la tradicional lucha por el pleno reconocimiento del ejercicio de la libertad religiosa, en especial en su dimensión individual, en la medida en que ha hecho aplicable la esencia del derecho fundamental a vivir y actuar conforme a los dictados religiosos inherentemente elegidos por el individuo, siempre se ha tratado con recelo y hasta incluso con discrecionalidad.

## VII. CONCLUSIONES

Tradicionalmente solemos aspirar a un modelo estructurado, sobre el que se construyen las instituciones tanto jurídicas como sociales, en torno a determinadas pautas morales, filosóficas o religiosas que a la postre tratan de salvaguardarlo. Herramientas que, dentro de ese modelo, buscan incluso la intuitiva consideración de generalización de la tolerancia como una solución social que permita a sí mismo la protección de la igualdad ya mencionada.

Una suerte de obligación autoimpuesta que se reafirma con la protección de la libertad de conciencia que a su vez abre la puerta a la protección de otras libertades en mayor o menor medida, dado que la moral mayoritaria no puede asfixiar o reprimir a las manifestaciones minoritarias también presentes en la sociedad (una *concesión* que puede ser tildada incluso de utilitarista si se interpreta a su vez como el reconocimiento de libertad de conciencia que permita en el futuro garantizar a su vez las posiciones originales que puedan ser rechazadas por la propia evolución social).<sup>97</sup>

---

96 Vid. Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

97 A modo de ejemplo, tomaremos como referencia el descrito por Rawls, al referirse a aquella situación en la que se tolerare la religión de una persona o su punto de vista moral, siempre que ésta no exija o proteste. Sin embargo, desde la perspectiva de la posición tradicional, no podemos concebirlo como una forma real de determinar la fuerza relativa o la presencia real



Sin embargo, invitamos a reflexionar sobre el punto de que, pese a la protección de la libertad religiosa asentada y referida en aras de encajar la diversidad latente en nuestra sociedad, el que sea un derecho tan apegado a la casuística cuando se ve lesionado hace que debamos hacer hincapié en la necesidad de desarrollo de unas respuestas en ocasiones menos difusas en el análisis de estos casos. Esto se traduce en obstaculizar no sólo el potencial estudio de estos casos por los Altos Tribunales intérpretes de los principales mecanismos de protección de derechos humanos, sino también la propia identificación de los mismos. Esto trae aparejado un problema mayor: una posible subjetividad en la resolución de la problemática suscitada. Una doctrina jurisprudencial asentada del contenido del derecho así como anudar los casos de libertad de creencias, conciencia y religión a una línea clara de proporcionalidad entre los derechos enfrentados haría que la búsqueda de equidad no se analizara desde un campo indeterminado que pudiera traducirse en arbitrariedad (entendiendo por arbitrariedad las soluciones en que aun estando motivada la decisión contenida en la resolución judicial, sin embargo, la misma no es más que una apariencia de justicia), y con ello se reduciría la inseguridad.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Es por este motivo, y como cierre, que no queremos dejar pasar la oportunidad de preguntarnos si ¿es pertinente plantear una metodología de base común a seguir en aquellos casos en los que se produzca una injerencia de la libertad de conciencia, de creencias y religiosa? Llevado al plano práctico, esta metodología debería dar respuesta al principal desafío: la pertinencia de una posible vulneración o limitación de este derecho, lo que nos llevaría a tener que resolver las principales cuestiones que hemos observado en las páginas precedentes, ¿es legal la base sobre la que se sustenta?, ¿persigue un fin legítimo?, ¿es necesaria y proporcionada para alcanzar dicho fin?

### Fuentes

Álvarez Cortina, A., *El derecho eclesiástico en la jurisprudencia postconstitucional (1978-1990)*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

---

de los derechos. Ello nos puede conducir a un acuerdo sobre el principio de igual libertad, por lo que la fuerza de las obligaciones morales y religiosas que los hombres han de interpretar requiere que los dos principios se alineen, al menos cuando se aplica a la libertad de conciencia. Cfr. Rawls, J., *A theory of justice. Revised edition*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 185.

- Aparisi Miralles, M.A., “Los Derechos Humanos en la Declaración de Independencia Americana de 1776”, en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos Humanos: Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- Díez Picazo, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 7ª Edición, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- González del Valle, M., *Derecho Eclesiástico español*, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011.
- Ibán, I.C., Prieto Sanchís, L. y Motilla, A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Llamazares Fernández, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, 3ª ed., Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, Tomo I, 2007.
- Murdoch, J., *Liberté de pensée, de conscience et de religion. Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2007, p. 7.
- Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Prieto Sanchís, L., “Libertad y objeción de conciencia”, en *Persona y Derecho*, nº 54, 2006.
- Rawls, J., *A theory of justice. Revised edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- Roca, M., “Propuestas y consideraciones críticas acerca de los principios en el Derecho Eclesiástico”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Volumen XVII.
- Rodríguez Blanco, M., *Derecho y religión. Nociones de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2ª ed., Navarra, Thomson Reuters, 2018.
- Ruffini, F., *La libertà religiosa*, Torino, Feltrinelli Editore, 1967.

## Capítulo 7

# Los derechos político-electorales

María Valdés Leal\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. III. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA. 1. Iniciativas ciudadanas. 2. Consultas populares. 3. Revocación de mandato. IV. DERECHOS A VOTAR Y SER ELEGIDO. 1. Paridad. 2. Candidaturas independientes. 3. Reelección. 4. Suspensión de derechos políticos. V. DERECHO A ACCEDER A FUNCIONES PÚBLICAS. 1. Violencia política en razón de género. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo presenta un panorama general de los derechos político-electorales en México, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución General. Ello, a la luz de su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Con particular énfasis en el segundo órgano, al tratarse del máximo intérprete de la Constitución, incluso en materia electoral.

Como no podría ser de otra manera, primero se desarrolla la relación entre derechos políticos y democracia, haciendo algunas precisiones generales en torno a los primeros. Posteriormente, el trabajo utiliza la estructura de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para dividir la exposición de los derechos. En este sentido, se inicia con el derecho a la participación política y las formas específicas de mecanismos de democracia directa que lo materializan en la Constitución mexicana, a saber, las iniciativas ciudadanas, las consultas populares y la revocación de mandato.

En segundo término, presentaré los derechos a votar y ser elegido, enfocándome en las particularidades que guardan en nuestro sistema constitucional mediante el reconocimiento del principio de paridad, el derecho a solicitar el registro de una candidatura independiente (sin un partido político que la respalde) y la posibilidad de ser reelecto. Ello, sin omitir pronunciarme en torno al particular

---

\* Abogada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, con Máster en Mujeres, Género y Ciudadanía por la Universidad de Barcelona. Desde 2019 se desempeña como Secretaria de Estudio y Cuenta en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia (SCJN).

sistema de suspensión de derechos políticos previsto en el artículo 38 de la Constitución General. Por último, me refiero al derecho a acceder a las funciones públicas, donde desarrollo el tema de violencia política en razón de género.

## II. DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La Corte Interamericana tiene una robusta línea jurisprudencial en la que ha sostenido de manera reiterada que los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho constituyen una *triada*, pues cada uno de ellos se define, complementa y adquiere sentido en función del otro.<sup>1</sup> La interdependencia de estos principios es la base de todo el sistema del que forma parte la Convención.<sup>2</sup>

Antônio A. Cançado Trindade considera que estas interrelaciones son uno de los temas de mayor actualidad en el umbral del siglo XXI. Si hace décadas inició el proceso de internacionalización de los derechos humanos, ahora nos encontramos en uno de *promoción internacional de la democracia*. Ello, en tanto se considera que la democracia es la mejor *garantía institucional* del respeto a los derechos humanos. Para el autor, simplemente no hay derechos humanos sin democracia, ni democracia sin derechos humanos.<sup>3</sup>

En ese orden de ideas, la Carta Democrática Interamericana reconoce un derecho de los pueblos a la democracia, obligando a los gobiernos a promoverla y

---

1 Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 26; caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 191; Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos con perspectiva de género* (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 35 de la Carta de la OEA y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 39; Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos* (interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana), solicitada por la República de Colombia, párrafo 43.

2 Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 46.

3 Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ciudad de México, Jurídica de las Américas, 2009, pp. 147, 151 y 167.

defenderla<sup>4</sup>, por lo que podría argumentarse que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos *existe un derecho humano a la democracia*.<sup>5</sup> Sin embargo, ello se encuentra en disputa en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>6</sup> y en el ámbito académico.<sup>7</sup>

---

4 Carta Democrática Interamericana

Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

5 Al respecto, el Juez García-Sayán ha afirmado que el catálogo de derechos humanos no es estático, lo que explica que actualmente asistamos al desarrollo y profundización de los derechos políticos y se identifica con lo que algunos han denominado un *derecho humano a la democracia*, el cual se encuentra reflejado en la Carta Democrática Interamericana.

Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafo 7.

6 Por otra parte, Hilary Charlesworth, actual jueza de la Corte Internacional de Justicia, considera que, desde el derecho internacional, no existe un derecho humano a la democracia. Para ella, la noción de un derecho humano a la democracia implica que existen estándares democráticos universales que resultarían aplicables en todos los contextos nacionales. Cuestión que resulta controversial por sus tintes colonialistas, pero también por el respeto que el derecho internacional concede a los arreglos constitucionales locales. Además, la democracia no encaja fácilmente en el paradigma de un derecho que puede ser oponible a un Estado, sino en un diseño institucional. En el plano teórico, las tensiones son exacerbadas por el hecho de que el discurso de los derechos humanos descansa en reclamos universales de naturaleza fundamental o natural, mientras que las teorías democráticas varían con el tiempo. Todo lo anterior, sin demérito de la relación entre derechos humanos y democracia.

Charlesworth, Hilary, “Is there a human right to democracy?”, en Holder, Cindy y Reidy, David (eds.), *Human Rights. The Hard Questions*, New York, Cambridge University Press, 2013.

7 Por ejemplo, de acuerdo con Thomas Christiano, existen por lo menos dos argumentos para sustentar un derecho humano a la democracia. El primero es de carácter *instrumental*, por lo que en éste la democracia es necesaria para proteger ciertos derechos humanos básicos. En apoyo a esta conclusión, existe información empírica suficiente para afirmar que los Estados que reúnen los criterios para ser considerados democracias mínimamente igualitarias tutelan de mejor manera estos derechos que aquellos que no lo son. A nivel internacional, el derecho humano a una democracia podría sustentarse en que, si la comunidad internacional está moralmente justificada en proteger estos derechos humanos básicos, entonces también lo está para promover aquellas instituciones que son necesarias para tal efecto.

En segundo lugar, el argumento *igualitario* justifica el derecho humano a la democracia con base en sus valores intrínsecos. El principio básico de esta tesis es que en una sociedad los intereses de todas las personas merecen igual consideración, lo que sólo se puede alcanzar mediante procesos de toma de decisiones democráticos. Por otra parte, la justificación moral para que la comunidad internacional se preocupe por la democracia a nivel doméstico deriva de la necesidad de que los acuerdos internacionales sean democráticos en la mayor medida de lo posible. Es decir, la única forma de que el derecho internacional tenga algún tipo de sustento democrático es que sea creado mediante procesos de negociación justos por Estados democráticos.

Christiano, Thomas, “Self-determination and the Human Right to Democracy”, en Cruft, Rowan, Liao, S. Matthew y Renzo, Massimo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights (Philosophical Foundations of Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Al respecto, el Tribunal Interamericano ha considerado de manera expresa que en los Estados americanos el ejercicio efectivo de la democracia es una *obligación jurídica internacional*. Asimismo, la ha categorizado como uno de sus pilares y la forma de organización política elegida por éstos para alcanzar los valores que el sistema busca tutelar, entre los cuales destaca la plena vigencia de los derechos humanos.<sup>8</sup>

En efecto, ha reconocido y desarrollado que son elementos esenciales de la democracia i) *el respeto a los derechos humanos*; ii) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; iii) la celebración de elecciones periódicas, libres y justas, basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; iv) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; así como, v) la separación e interdependencia de los poderes públicos.<sup>9</sup>

En ese contexto, una de las formas mediante las cuales el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia es la protección de los *derechos políticos*. Por otra parte, su ejercicio es un fin en sí mismo, pero también un medio para garantizar los demás derechos.<sup>10</sup> Esta es la relación entre derechos políticos y democracia, así como entre los primeros y los derechos humanos.

Ahora bien, los derechos políticos se encuentran reconocidos en el artículo 23 de la Convención Americana que establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y *oportunidades*: i) participar en la dirección

Otros teóricos como Joshua Cohen consideran que *no existe un derecho humano a la democracia*. En efecto, argumenta que las consecuencias deseables de la democracia no implican o dependen de que sea un derecho humano. Tampoco, el hecho de que pueda ser un requisito de la justicia lo convierte en tal. Además, que los derechos humanos son estándares universales que pueden ser exigibles a todas las sociedades políticas, lo que no sucede con la democracia. Cohen, Joshua, “Is there a Human Right to Democracy?”, en Sypnowich, Christine (ed.), *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G.A. Cohen*, New York, Oxford University Press, 2006.

8 Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 114; Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la OEA)*, solicitada por la República de Colombia, párrafo 72; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 55 a 56.

9 Caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), párrafo 239; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 70 a 82; Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 140; Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*, párrafo 115.

10 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 140 a 143; Caso *Petro Urrego vs. Colombia*, sentencia de 8 de julio de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 93; Caso *Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*, sentencia de 26 de septiembre de 2018, párrafo 74; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 57.

de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; ii) votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores y iii) tener acceso a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad.

A diferencia de otros artículos de la Convención, el artículo 23 establece que sus titulares son los *ciudadanos*, lo que contrasta con casi todos los demás derechos previstos en ésta que se reconocen a toda *persona*. Además, dispone que los ciudadanos no sólo deben gozar de estos derechos, sino que agrega el concepto de “oportunidades”. Término que, conforme a los precedentes del Tribunal Interamericano, implica la obligación de garantizar con medidas positivas que sus titulares tengan la oportunidad real de ejercerlos. Por tanto, el Estado debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos puedan ser ejercidos de manera efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.<sup>11</sup>

En la Constitución General, los derechos políticos están reconocidos en el artículo 35 que dispone que son derechos de la *ciudadanía*: i) votar en las elecciones populares y ser elegido en condiciones de *paridad*; ii) poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; iii) iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señala la misma Constitución y la Ley del Congreso; iv) votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional; y v) participar en los procesos de revocación de mandato.<sup>12</sup>

En suma, en la doctrina interamericana, los derechos políticos —cuyos destinatarios son los *ciudadanos*— resultan esenciales para la salvaguarda de la democracia. Éste es el sistema político que considera tutela de mejor manera el ejercicio de otros derechos. De ahí que actualmente nos encontremos en un proceso de promoción internacional de la democracia. Ello, sin que necesariamente sea considerada como un derecho humano, aunque esta postura podría defenderse —en este sistema regional— con apoyo en el texto expreso de la Carta Democrática Interamericana.

A continuación, desarrollo el derecho a la participación política, reconocido en el artículo 23.1, inciso a), de la Convención Americana, abundando en las formas

---

11 Caso *Petro Urrego vs. Colombia*, *supra*, párrafo 93; Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafos 192 a 195; Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 145; Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*, párrafo 111.

12 Este artículo también consagra el derecho de asociación (fracción III); a tomar las armas en la fuerza armada permanente o en los cuerpos de reserva para la defensa de la República y de sus instituciones (fracción IV) y el derecho de petición, los cuales no serán materia del presente capítulo.

específicas que toma en nuestra Constitución, mediante las iniciativas ciudadanas, consultas populares y revocaciones de mandato.

### III. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Conforme a la doctrina del Tribunal Interamericano, el derecho a la participación política incluye las actividades que realizan las personas, de manera individual o colectiva, no sólo con el propósito de *intervenir en la designación* de quienes gobiernan un Estado, sino de *influir en la toma de decisiones* a través de *mecanismos de participación directa*. Estos instrumentos a que tienen derecho los ciudadanos para colaborar activamente en la dirección de los asuntos públicos son los referendos, los plebiscitos, las consultas, o bien, las elecciones de representantes.<sup>13</sup>

Nuestra Constitución General consagra de manera expresa varios mecanismos de participación política directa en el artículo 35. A saber, los derechos a i) iniciar leyes en los términos, condiciones y con los requisitos que señala la misma y la Ley del Congreso; ii) votar en consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional y iii) participar en los procesos de revocación de mandato. En las siguientes páginas desarrollo cada uno de ellos.

No obstante, antes, es importante resaltar que el siglo XXI se ha caracterizado por un distanciamiento entre gobernantes y gobernados, así como un aumento en la desconfianza hacia los primeros. En respuesta a lo anterior, los mecanismos de participación directa buscan incrementar la comunicación con las instituciones representativas, la satisfacción y confianza en la gestión gubernamental. De igual manera, persiguen proteger más adecuadamente los derechos y a las minorías.<sup>14</sup> Por ello, quienes apoyan los mecanismos de participación directa consideran que éstos *complementan y fortalecen* la democracia liberal o representativa<sup>15</sup>.

---

13 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 146 a 147; Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafo 196; Caso *Petro Urrego vs. Colombia*, *supra*, párrafo 93; Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*, párrafo 114.

14 También, debo mencionar que estos mecanismos *no están exentos de críticas*. Por ejemplo, se ha dicho que pueden afectar el sistema representativo y llevar a una opresión de las mayorías. Asimismo, que son susceptibles de manipulación por parte de las élites para aumentar el poder del gobierno, menoscabar los procedimientos y las instituciones públicas. De igual manera, se ha dicho que los ciudadanos pueden no ser los mejores tomadores de decisiones. Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, “Referendums and Direct Democracy”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020, páginas 610-612.

15 Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, *supra*, pp. 609-611.

Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques, “Introduction Political Representation un Liberal Democracies”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Han-*



## 1. *Iniciativas ciudadanas*

El artículo 35, fracción VII, de la Constitución General reconoce el derecho de la ciudadanía a presentar iniciativas de leyes, en los términos y con los requisitos que señala la misma y la Ley del Congreso.<sup>16</sup> En este sentido, el diverso artículo 71 constitucional —relativo al Congreso de la Unión— dispone que este derecho compete a los ciudadanos en un número equivalente al 0.013% de la lista nominal de electores.

La Ley Orgánica del Congreso General desarrolla el ejercicio de este derecho en los artículos 130 a 133. En ellos dispone los *requisitos* que deberán de cumplir los proyectos de iniciativas, como, por ejemplo, que deben presentarse por escrito ante el Presidente de la Cámara de Diputados o Senadores (y en sus recesos ante el Presidente de la Comisión Permanente), así como que deben versar sobre las materias de competencia del Congreso de la Unión.

De igual manera, establece el *procedimiento* que deberá seguirse para su análisis y, en su caso, aprobación. Al respecto, vale la pena destacar que, una vez recibida la iniciativa, corresponde al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de origen solicitar al Instituto Nacional Electoral que *verifique* que haya sido suscrita por el mínimo requerido de la lista nominal de electores. En caso de que la respuesta sea negativa, se archivará el asunto como total y definitivamente concluido. Si la respuesta es positiva, se turnará la iniciativa a la Comisión que corresponda para su análisis y dictamen, con seguimiento al proceso legislativo ordinario, conforme a la Ley y los reglamentos de cada Cámara.

Por otra parte, señala que, en el proceso legislativo de dictamen, el Presidente de la Comisión de que se trate deberá convocar al representante designado por los ciudadanos para que asista a *exponer el contenido de su propuesta*, quien también podrá asistir a las demás reuniones públicas de la Comisión para conocer del desarrollo del proceso y hacer uso de la voz, hasta antes del inicio del proceso de deliberación y votación.

Al respecto, la Sala Superior del TEPJF ha considerado que la iniciativa ciudadana es un instrumento de democracia directa, que permite a la ciudadanía participar de manera inmediata en la toma de decisiones públicas gubernamentales.

---

*dbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 33-36; Mansbridge, Jane, “The Evolution of Political Representation in Liberal Democracies, Concepts and Practices”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 64-66.

16 Por lo que se refiere al ámbito local, el artículo 116, fracción II, dispone que “Las legislaturas de los Estados regularán los términos para que los ciudadanos puedan presentar iniciativas de ley ante el respectivo Congreso”.

Como cualquier otro derecho, no sólo debe ser respetado por el Estado, sino que también debe ser *garantizado*, por lo que se deben cumplir con las etapas del proceso legislativo en los plazos y términos que determina la normativa aplicable.<sup>17</sup>

En ese sentido, los ciudadanos que hubiesen presentado una iniciativa ciudadana tienen legitimación e interés jurídico para controvertir, ante los tribunales electorales, la omisión de los órganos legislativos de dar cauce al proceso legislativo, pues el ejercicio del derecho no se agota con la presentación de la iniciativa; en cambio, para su plena vigencia y ejercicio eficaz, es necesario que la autoridad legislativa se pronuncie sobre la misma.<sup>18</sup>

Como otro tipo de mecanismos de participación ciudadana, pueden ser un vehículo para que *grupos minoritarios* de la sociedad civil, como movimientos sociales o personas ajenas a la política, puedan introducir sus preocupaciones en la agenda pública. Además, son un posible remedio contra la falta de interés respecto a ciertos temas.<sup>19</sup>

## 2. Consultas populares

De acuerdo con la Sala Superior del TEPJF, la inclusión de la consulta popular en el artículo 35, fracción VIII, implicó el reconocimiento de un *mecanismo de democracia directa*.<sup>20</sup> Por su parte, la Suprema Corte ha considerado que se trata de un derecho humano de carácter político que permite la participación ciudadana, es decir, *opinar activamente en los asuntos de trascendencia nacional o regional*, empoderando a los ciudadanos para influir en toma de decisiones.<sup>21</sup>

- 
- 17 Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-8/2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión celebrada el 6 de febrero de 2020, página 6.
  - 18 Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-8/2020, *supra*, páginas 6 a 7; tesis XXIII/2015 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, TEPJF, año 8, número 16, 2015, páginas 50 y 51 de rubro: “INTERÉS JURÍDICO. LO TIENEN LOS CIUDADANOS PARA CONTROVERTIR LA OMISIÓN DE LOS ÓRGANOS DE DICTAMINAR PROYECTOS DE INICIATIVA CIUDADANA (LEGISLACIÓN DE SINALOA)”.
  - 19 Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, *supra*, página 611.
  - 20 Tesis XLIX/2016 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 9, número 18, 2016, páginas 96 y 96 de rubro: “MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA. EN SU DISEÑO DEBEN OBSERVARSE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO DE VOTAR”; este criterio fue reiterado de manera más reciente (con posterioridad a la reforma constitucional de 2019) en el recurso de apelación SUP-RAP-159/2021, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 21 de julio de 2021, página 8.
  - 21 Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 1 de octubre de 2020, párrafos 25 y 27; revisión de la

En este sentido, el artículo constitucional citado dispone que las consultas populares pueden ser *convocadas por el Congreso de la Unión*, ya sea a *iniciativa* de i) el Presidente de la República; ii) una minoría de la Cámara de Diputados o Senadores; o bien iii) los ciudadanos.

Tratándose de consultas populares *iniciadas por la ciudadanía* en temas de *trascendencia nacional*, la petición deberá reunir las firmas de al menos el 2% de las personas inscritas en la lista nominal de electores federal; y, para el caso de aquellas relativas a temas de *trascendencia regional competencia de la federación*, al menos el 2% de la lista nominal de electores de la entidad o entidades que correspondan. Salvo en el último supuesto, es decir, aquellas que tengan origen en una petición de la ciudadanía, el Congreso de la Unión deberá aprobar la petición por mayoría de cada Cámara.

Su objetivo es consultar temas de trascendencia nacional o regional. Cabe destacar que la consulta no puede tener como objeto diversas materias, como la *restricción de derechos humanos* o los principios consagrados en el artículo 40 constitucional, que señala que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república *representativa, democrática, laica y federal*. En todo caso, corresponde a la SCJN resolver sobre la *constitucionalidad de la materia* de la consulta. Lo que resulta relevante, en tanto una de las críticas a este tipo de mecanismos es que pueden lesionar derechos de las *minorías*, haciendo necesario restringir los temas que pueden ser sometidos a consulta pública.<sup>22</sup>

Aunado a las reglas referidas, la Suprema Corte también ha señalado que las consultas no pueden configurarse como *requisito o condición* de las competencias de las autoridades. En este sentido, su ámbito de aplicación se extiende sobre la totalidad de *facultades discrecionales* y no regladas de los órganos representativos, con exclusión de aquellas *obligaciones y derechos* cuyo cumplimiento no sea potestativo para las autoridades. Entonces, su finalidad es permitir a la ciudadanía incidir en las decisiones discrecionales de los órganos representativos, dentro del espacio que la Constitución reserva a la figura, mediante la creación de una opinión *vinculante* sobre un tema de trascendencia.<sup>23</sup>

En efecto, la Constitución dispone que cuando alcance una participación del 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, la decisión será

---

constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 10 de diciembre de 2020, párrafos 16 y 17.

22 Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, *supra*, página 620.

23 Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020, *supra*, párrafos 28 a 41.

*obligatoria* para los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales, así como para las autoridades competentes en cada caso.

Por otra parte, la Constitución General señala que la *organización, difusión, desarrollo y declaración de resultados* de la consulta popular queda a cargo del Instituto Nacional Electoral. Al respecto, la Sala Superior ha considerado que, para el ejercicio de los mecanismos de democracia directa, se deben observar tanto los principios del voto universal, libre, secreto y directo, como la organización del proceso por un órgano que desarrolle sus funciones bajo los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad. A su vez, se debe contar con un sistema de medios de impugnación para garantizar la constitucionalidad y legalidad de las consultas.<sup>24</sup>

Finalmente, el propio artículo 35 constitucional establece que, desde la convocatoria y hasta la conclusión de la jornada, deberá suspenderse la difusión en medios de comunicación de toda *propaganda gubernamental* de cualquier orden de gobierno. Con excepción de campañas de información de autoridades electorales, las relativas a los servicios educativos, de salud o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia. De acuerdo con la Sala Superior, estos supuestos de excepción deben cumplir con los requisitos de *equidad e imparcialidad*, con el fin de evitar que los entes públicos puedan influir en las preferencias de la ciudadanía.<sup>25</sup>

Estos candados a la difusión sirven para evitar que las consultas sean objeto de manipulación, pues ello también es una crítica común a este tipo de mecanismo de participación ciudadana.<sup>26</sup>

### 3. *Revocación de mandato*

Por lo que se refiere a la revocación de mandato, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte ha considerado que se trata de una de las figuras más emblemáticas de los procedimientos de *democracia directa*. Lo anterior, porque permite a los ciudadanos decidir sobre la *conclusión anticipada en el cargo* de un servidor público electo popularmente, a partir de la pérdida de confianza y sin que sea necesario que se acredite una causa de responsabilidad en su contra.<sup>27</sup> En efecto, la *pérdida de confianza* es el eje bajo el cual puede proceder la revocación de mandato, pues

---

24 Tesis XLIX/2016, *supra*. Este criterio fue reiterado de manera más reciente (con posterioridad a la reforma constitucional de 2019) en la sentencia dictada en el recurso de apelación SUP-RAP-159/2021, *supra*, páginas 8 y 9.

25 Recurso de apelación SUP-RAP-159/2021, *supra*, página 7.

26 Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, *supra*, página 612.

27 Acción de inconstitucionalidad 151/2021, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 2 de febrero de 2022, párrafos 98 a 99 y 102.

involucra una remoción. Entonces, no se trata de una consulta sobre la *permanencia* o una *ratificación* del funcionario, aunque conlleve una reflexión ciudadana sobre su gestión.<sup>28</sup>

Así, el artículo 35, fracción IX, de la Constitución General señala que es un *derecho de la ciudadanía* participar en los procesos de revocación de mandato, regulando la figura por lo que se refiere al Presidente de la República<sup>29</sup> en los términos siguientes:

- Procederá a *petición de los ciudadanos y las ciudadanas*, por *una sola ocasión* y durante los tres meses posteriores a la conclusión del tercer año del mandato. Para ello, se deberán reunir las firmas del 3% de las personas inscritas en la lista nominal de electores, siempre y cuando correspondan a por lo menos 17 entidades federativas y que representen el 3% de la lista nominal de electores de cada una de ellas.
- El *Instituto Nacional Electoral* emitirá la convocatoria, una vez verificados los requisitos precisados en el párrafo anterior, y tendrá a su cargo la organización, difusión, desarrollo y cómputo de la votación. El ejercicio del derecho se realiza mediante *votación libre, directa y secreta* de los ciudadanos y las ciudadanas.
- La Sala Superior del TEPJF realizará el cómputo final del proceso y emitirá la declaratoria de revocación, en su caso.
- El INE y los organismos públicos locales serán la *única instancia a cargo de la promoción* del mecanismo, la cual deberá ser objetiva, imparcial y con fines informativos. De ahí que, durante su desarrollo, queda prohibido el uso de recursos públicos para la recolección de firmas o publicidad. Incluso, durante su transcurso se deberá suspender la difusión de toda propaganda gubernamental, con excepción de campañas de información relativas a los servicios educativos y de salud o las necesarias para la protección civil.
- Para su *validez*, deberá alcanzar una participación de por lo menos el 40% de las personas inscritas en aquella lista y *procederá por mayoría absoluta*.

---

28 Acción de inconstitucionalidad 151/2021, *supra*, párrafos 50 a 52, 82 y 103.

29 La Constitución General, también establece en el artículo 116, fracción I que las Constituciones de los Estados establecerán normas relativas a los procesos de revocación del mandato del gobernador de la entidad. En términos similares se pronuncia el artículo 122, apartado A, fracción III último párrafo, en cuanto a que la Constitución Política de la Ciudad de México establecerá las normas relativas al proceso para la revocación de mandato del Jefe de Gobierno.

A partir de lo anterior, la Suprema Corte también ha destacado que se trata de un mecanismo de participación democrática *exclusivamente ciudadano*. Ello, en tanto son éstos quienes pueden formular la petición y emitir su voto. Además, su promoción queda a cargo del Instituto y de los organismos públicos locales.<sup>30</sup>

No omito mencionar que no toda la doctrina incluye a las revocaciones de mandato como una materialización de la democracia participativa, en tanto tienen por objeto personas (remover a un funcionario electo democráticamente), no políticas o decisiones gubernamentales.<sup>31</sup>

Resumiendo, la Convención Americana reconoce el derecho a la participación política, que permite a los ciudadanos intervenir en la designación de los gobernantes, pero también influir en la toma de decisiones a través de mecanismos de participación directa. Estos mecanismos buscan complementar o fortalecer la democracia, estrechando lazos entre gobernantes y gobernados, lo que resulta relevante de cara a que el siglo XXI se ha caracterizado por un distanciamiento entre éstos.

Nuestra Constitución reconoce diversas fórmulas de participación directa. En efecto, permite a los ciudadanos presentar iniciativas de leyes, las cuales pueden ser un vehículo para introducir temas en la agenda pública. Asimismo, implementa consultas populares, las cuales permiten a la ciudadanía opinar activamente en temas de trascendencia nacional o regional. Los temas objeto de consulta están limitados para proteger los derechos humanos. Asimismo, existen candados para evitar su manipulación. Finalmente, instaura la revocación de mandato, que faculta a los ciudadanos decidir sobre la conclusión anticipada en el cargo de un servidor público electo públicamente, a partir de la pérdida de confianza. Entonces, no se trata de una ratificación. Se aplican candados similares para la difusión que en las consultas populares. Todos estos mecanismos deben observar los principios constitucionales para el ejercicio del derecho humano a votar.

#### IV. DERECHOS A VOTAR Y SER ELEGIDO

El derecho a votar es importante en términos simbólicos, como un indicador de que uno es un *miembro de igual valor* en un Estado. La historia de este derecho es una de *expansión* para comprender cada vez a más miembros de la comunidad política. Ello, pues los regímenes democráticos tempranos aceptaban diversas

---

30 Acción de inconstitucionalidad 151/2021, *supra*, párrafos 106 a 111.

31 Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, *supra*, página 612.

restricciones a los derechos a votar, negándolo sobre la base del sexo, propiedad, raza, nacionalidad o capacidad mental.<sup>32</sup>

El derecho a votar se encuentra reconocido en el artículo 23, numeral 1, inciso b), de la Convención Americana que también reconoce el derecho a ser votado. Por disposición expresa de la Convención, estos derechos, que se encuentran íntimamente ligados, deben ser ejercidos en *elecciones periódicas y auténticas*, realizadas por *sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*.

De acuerdo con el Tribunal Interamericano, son un elemento fundamental para la existencia de la democracia y una parte esencial del derecho a participar en los asuntos públicos.<sup>33</sup> De manera más específica, el *derecho a votar* implica que los ciudadanos pueden elegir de manera libre, directa y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.<sup>34</sup> Por su parte, el *derecho a ser elegido* supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad, así como ocupar los cargos públicos sujetos a elección, si obtienen la cantidad de votos necesarios para ello.<sup>35</sup>

Para garantizar estos derechos, los Estados están obligados a establecer sistemas electorales, pues sin ellos no podrían ser ejercidos. Sin embargo, la Convención Americana *no establece un sistema electoral específico*, más allá de los estándares que deben tener las elecciones (periódicas y auténticas) y el sufragio (universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores).<sup>36</sup>

Ahora bien, el artículo 23.2 de la Convención Americana dispone que la Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos *exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente en proceso penal*.

Al interpretar la porción *exclusivamente*, la Corte Interamericana ha señalado que no es posible aplicar a un sistema electoral *únicamente* tales restricciones, pero que para ser conformes con la Convención las limitaciones deben cumplir con ciertos requisitos, a saber: i) estar establecidas en una ley formal y material;

32 O'Connell, Rory, *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 166.

33 Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafos 196 a 198.

34 Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafo 198; Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 147; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 61.

35 Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafo 199; Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 148; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 62.

36 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 149, 156, 157, 158, 162 y 166; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 63.

ii) perseguir una finalidad legítima y iii) ser necesarias para una sociedad democrática.<sup>37</sup>

Por su parte, la Constitución General reconoce los derechos a votar y ser votado en el artículo 35, fracciones I y II.<sup>38</sup> Además, dispone que el derecho a ser votado debe ser ejercido en condiciones de *paridad* y que el registro de candidatos corresponde a los partidos políticos y a los ciudadanos que soliciten su registro de manera *independiente* (artículo 35, fracción II). Por otra parte, establece la *posibilidad de reelección* para integrantes de *órganos legislativos y de los ayuntamientos, no así para* titulares de poderes ejecutivos (artículos 59, 83, 115, fracción I, y 116, fracción I). Finalmente, consagra causas de suspensión para los derechos políticos (artículo 38).

A continuación, me refiero a cada uno de estos supuestos.

---

37 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 161, 174 y 176 a 204.

38 El Tribunal Pleno de la Suprema Corte ha considerado que los derechos a votar y ser votado son derechos fundamentales de participación política, que permiten a los ciudadanos *elegir a sus representantes o formar parte de los órganos de dirección pública*, lo que hace posible la vigencia del régimen democrático. Asimismo, ha destacado que se encuentran íntimamente vinculados con la exigencia de elecciones libres, auténticas y periódicas, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo.

Acción de inconstitucionalidad 47/2006, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 7 de diciembre de 2006, páginas 114 y 121, de la que derivó la jurisprudencia P./J. 83/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 984, de rubro: “DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A VOTAR Y SER VOTADO. SON DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DE ACUERDO AL SISTEMA COMPETENCIAL QUE LA MISMA PREVÉ”.

Por su parte, el Tribunal Electoral ha señalado que el derecho a ser votado se integra por cuatro elementos i) la posibilidad de contender en una campaña electoral; ii) el derecho a ser proclamado en caso de alcanzar la mayoría de los votos efectivamente emitidos; iii) el derecho a ocupar el cargo correspondiente, y iv) el derecho a ejercer la función pública correspondiente. Asimismo, considera que es inescindible del derecho de la ciudadanía a votar, pues ambos forman parte del derecho al sufragio, el cual está encaminado a la integración legítima de los poderes públicos. Por este motivo, las afectaciones al mismo también se resienten en el derecho a votar de la ciudadanía en general.

Jurisprudencia 27/2002, publicada en la Revista del TEPJF: Justicia Electoral, suplemento 6, año 2003, páginas 26 y 27 de rubro: “DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”; jurisprudencia 20/2010, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 3, número 7, 2010, páginas 17 a 19, de rubro: “DERECHO POLÍTICO ELECTORAL A SER VOTADO. INCLUYE EL DERECHO A OCUPAR Y DESEMPEÑAR EL CARGO”; recurso de reconsideración SUP-REC-193/2015, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral el 29 de mayo de 2015.



## 1. Paridad<sup>39</sup>

El principio de paridad se encuentra reconocido en la fracción II del artículo 35 constitucional. Se trata de un concepto que ha desatado profundos debates en el seno del feminismo, por lo que en primer lugar será necesario referirme a éstos. También, ha sido desarrollado jurisprudencialmente de manera robusta por la SCJN y el TEPJF de manera que abordaré estos pronunciamientos en segundo término. En esencia, se refiere a la *integración proporcional de hombres y mujeres en los órganos de toma de decisiones*.

En efecto, el *movimiento* por la paridad empezó en Francia en los primeros años de la década de los noventa y cuestionó que el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres y su derecho al voto no se había traducido en el *acceso a cargos públicos*.

Buscaba un número equitativo de mujeres en órganos de representación popular, reflejado en un 50/50.<sup>40</sup> En esos años, empezaron a ofrecerse diversas justificaciones teóricas, las cuales frecuentemente se encuentran en tensión.

Las feministas francesas plantearon que la humanidad se divide en hombres y mujeres y, por tanto, las asambleas deben reflejar la *diversidad sexual de la población*. Sin embargo, el universalismo (concepto definitorio del sistema democrático francés que descansa en la noción de que en la política los individuos representan a la nación en su conjunto por abstraerse de sus atributos sociales) había privilegiado al género masculino, equiparando al representante republicano con los hombres. En este sentido, se proponía reconfigurar este universalismo, cuyo discurso se había exacerbado para negar reconocimiento a las minorías, a fin de que reconociera la diferencia del sexo. En esos términos, la paridad era una nueva concepción de la *democracia republicana*.<sup>41</sup>

De acuerdo con Rosa Cobo, el feminismo cuestiona la *legitimidad de la democracia* sobre la base de que sus instituciones representativas excluyen a las mujeres. En este sentido, plantea la paridad como una forma de dismantelar el monopolio masculino del poder y alterar las jerarquías de género. La paridad

39 Algunos párrafos de este título retoman la investigación que realicé en el trabajo final del Máster en estudios de mujeres, género y ciudadanía de la Universidad de Barcelona con el título *Paridad de género en cargos de elección popular en México: gubernaturas locales* defendida el 18 de febrero de 2021.

40 Scott, Joan Wallach, *Parité! Sexual Equality and the Crisis of French Universalism*, Chicago, University of Chicago Press, 2005, pp. 11, 12 y 54.

41 Scott, Joan Wallach, *supra*, pp. 1, 12-22 y 51-62.

propone una nueva distribución de poder entre hombres y mujeres, como una continuación del de la lucha por el derecho al voto.<sup>42</sup>

Ahora bien, puede ser justificada desde un paradigma político de la *igualdad* o de la *diferencia*. Desde el primer paradigma, la paridad es una estrategia orientada a conseguir la igualdad y libertad prometida por los teóricos de la democracia moderna, lo que la vincula con las políticas de acción afirmativa y discriminación positiva. Desde el segundo, la paridad puede ser fundamentada en visiones esencialistas, según las cuales, como la diferencia sexual es universal, debe verse reflejada en los órganos políticos.<sup>43</sup>

No omito mencionar que no toda justificación teórica de la paridad implica una equitativa distribución de hombres y mujeres en órganos de toma de decisiones, pues hay quien encuentra algo más profundo en este concepto. De esta forma, para Nancy Fraser la paridad en la participación requiere de arreglos sociales que permitan a todos los miembros de la sociedad *interactuar como pares*. Lo que exige; i) una distribución de recursos materiales que garantice a los participantes independencia y voz; así como, ii) patrones culturales que expresen igual respeto para todos los participantes y permitan igual oportunidad de alcanzar estima social. Es decir, la participación paritaria necesita de *redistribución y reconocimiento*. Lo anterior, de cara a que el género es una forma de organización de la sociedad que deriva en injusticia distributiva y en la asignación de estatus.<sup>44</sup>

Ahora bien, en la contradicción de tesis 44/2016 el Tribunal Pleno de la Suprema Corte dio cuenta con la reforma constitucional publicada el 6 de junio de 2019, exponiendo que ésta reconoció el derecho de la ciudadanía a ser votada en condiciones de paridad para *todos los cargos de elección popular* y la obligación de los partidos políticos de garantizar este principio en sus candidaturas. Asimismo, extendió el principio a *todos los ámbitos en que se desarrolla el servicio público*.<sup>45</sup>

En cuanto a su contenido, reiteró la doctrina desarrollada desde la acción de inconstitucionalidad 45/2014. Es decir, que es un principio de igualdad sustantiva en materia electoral y, por tanto, un mandato de optimización a los poderes públicos; cuya incorporación al texto constitucional obedeció a que el aumento en la postulación de mujeres no se había traducido en un acceso efectivo a los órganos

---

42 Cobo, Rosa, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, 2002, p. 30.

43 Rosa, Cobo, *supra*, pp. 35-39.

44 Fraser, Nancy, “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation”, en *WZB Discussion Paper*, n° FS I, 1998, pp. 1-10.

45 Contradicción de tesis 44/2016, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 15 de octubre de 2019, páginas 71 a 73.

de representación política y que exigía la implementación de mecanismos que favorecieran la *integración proporcional de hombres y mujeres en dichos órganos*. En este sentido, el principio de paridad exige la *participación plena de las mujeres en la vida política del país*, lo que incluye el acceso a los cargos públicos de toma de decisiones.<sup>46</sup>

En efecto, desde la acción de inconstitucionalidad 45/2014 en que se pronunció por primera ocasión en torno a este principio, señaló que se trata de un principio de igualdad sustantiva en derecho electoral y un derecho humano que el legislador debía tomar en cuenta al diseñar reglas para la presentación de candidaturas. Asimismo, que la igualdad sustantiva persigue una igualdad de oportunidades en el goce real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas. En este sentido, la igualdad es un concepto previo a la paridad, que es un mandato de optimización y la medida para garantizar la igualdad sustancial entre los géneros, tanto en las candidaturas, como en la integración de los órganos de representación. *Por ello, la paridad no se agota en la postulación de candidatos, sino debe verse reflejada en la conformación de los espacios de toma de decisiones.*<sup>47</sup>

También, es relevante exponer que desde este asunto consideró que existen condiciones de *discriminación estructural* que han afectado a la mujer en el ámbito político y público. Incluso, que las medidas implementadas en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no se habían traducido en un acceso efectivo a los puestos de representación popular, porque fueron interpretadas de tal forma por los partidos políticos que, aunque se postularan más mujeres, no fueran elegidas.<sup>48</sup> Es decir, la postulación de candidaturas bajo el sistema de

---

46 Contradicción de tesis 44/2016, *supra*, páginas 74 a 75.

47 Acción de inconstitucionalidad 45/2014, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 29 de septiembre de 2014, páginas 147 a 152.

48 En un inicio, nuestra legislación se decantó por un sistema de *cuotas*. Sin embargo, tuvo pocos avances por lo que se refiere a la participación política de las mujeres, producto de prácticas encaminadas a cumplir con ellas, sin alcanzar sus objetivos. En efecto, las mujeres fueron colocadas en los últimos lugares de las listas de representación proporcional donde no tenían posibilidad alguna de ser electas; postuladas en distritos que los partidos políticos sabían que no eran competitivos o peor aún designadas en puestos de suplentes.

Véase González Oropeza, Manuel, Gilas, Karolina M. y Báez Silva, Carlos, *Hacia una democracia paritaria. La evolución de la participación política de las mujeres en México y sus entidades federativas*, Ciudad de México, TEPJF, 2016, p. 109.

Un ejemplo de los obstáculos que enfrentaron las cuotas fue el caso de las *juanitas*. En efecto, en la elección federal de 2009 se presentó un hecho inusitado: nueve diputadas recién electas por el principio de representación proporcional presentaron de manera simultánea su renuncia ante la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, cuando apenas habían tomado posesión del cargo. De manera no sorprendente, todos los suplentes eran hombres. Este suceso fue muy criticado por los medios y la opinión pública.

cuotas no había sido efectiva y a esta demanda respondió la incorporación del principio de paridad a nivel constitucional.<sup>49</sup>

Ahora bien, debido a esta discriminación estructural, la paridad requiere de medidas, tales como *acciones afirmativas*, que favorezcan la integración paritaria de los órganos de representación. En el entendimiento del Tribunal Pleno, éstas son medidas de carácter administrativo y/o legislativo que implican un tratamiento preferente a un cierto grupo o sector que se encuentra en desventaja o es discriminado y que por su naturaleza deben ser de carácter temporal, hasta en tanto se repare la situación que se pretende corregir, pues una vez que se haya agotado el objetivo de la igualdad, el trato diferenciado debe desaparecer.<sup>50</sup>

En este sentido, es claro que para el Tribunal Pleno la paridad es un principio que requiere la integración proporcional de hombres y mujeres en los órganos de toma de decisiones, como una manifestación de la igualdad sustantiva, que responde a la poca representación de mujeres en ellos y que requiere de acciones afirmativas para ser implementada, atento a las condiciones de discriminación estructural que les han afectado en los ámbitos político y público.

Al respecto, Micaela Alterio ha propuesto una reconstrucción teórica de las sentencias emitidas por la Suprema Corte en materia de paridad. Ello, a fin de proporcionar alternativas justificativas que apoyen las interpretaciones constitucionales de este concepto y colaborar con su exitosa implementación. Así, ha desarrollado que reflejan dos puntos de vista distintos sobre el sentido de la representación, sin llegar a conciliarlos. El primero, que entiende la paridad como una acción afirmativa, como una cuota del 50%. El segundo, como un elemento esencial de la democracia.<sup>51</sup> Postura que niega la posibilidad de ampliarlo a otras minorías y refuerza el sistema binario de género. Entonces, concluye que por ahora es mejor entender la paridad como una cuota, en atención a que es preferible hacer una lectura de la misma que niegue el esencialismo y plantee el principio como una medida provisional, correctiva y estratégica de un sujeto político: la mujer. Desde esta perspectiva, la interpretación debe ser transitoria, en tanto se

---

Véase Barquet Montané, Mercedes, *De la inutilidad de la cuota de género. La diputada que no quería ser...*, Ciudad de México, TEPJE, 2012, p. 9.

49 Acción de inconstitucionalidad 45/2014, *supra*, páginas 148 a 153.

50 Acción de inconstitucionalidad 45/2014, *supra*, página 150.

51 Aquí la autora se refiere específicamente a la contradicción de tesis 275/2015 en la que se adujo que la paridad es una medida *permanente y un requisito indispensable para la gobernabilidad democrática*, lo que no fue reiterado o abandonado en la diversa contradicción de tesis 44/2016 a que me he referido en este apartado.

restablece la igualdad, lo que da pie a interpretaciones más flexibles, por ejemplo, la de Fraser de estar a la par.<sup>52</sup>

Por su parte, el Tribunal Electoral ha dictado numerosas sentencias en las que ha colaborado en la exitosa implementación del principio. Por ejemplo, se ha pronunciado sobre la forma de materializarlo tratándose de cargos unipersonales<sup>53</sup>, vinculando a partidos políticos a registrar candidatas mujeres en 7 de las 15 entidades en las que se celebrarían elecciones para gobernador en el año 2021; sobre la paridad en los ayuntamientos o comunidades indígenas<sup>54</sup>, declarando la nulidad de una asamblea en la que se eligieron autoridades auxiliares en un municipio para el efecto de que se convocara a una nueva, permitiendo la participación de mujeres; en cuanto a sus alcances en los cargos directivos de los partidos políticos<sup>55</sup>, determinando que resulta aplicable en su vertiente vertical y horizontal en todos los procedimientos internos de elección de dirigentes; entre muchos otros temas.

## 2. *Candidaturas independientes*

Los partidos políticos han sido llamados una de las invenciones transformadoras del siglo XIX. Durante la primera ola de democratización en Europa y América del Norte, emergieron como un *mecanismo para facilitar el proceso de representación*. Un tiempo después, la academia empezó a ocuparse de ellos y de sus roles y funciones en las democracias representativas modernas.<sup>56</sup>

Aunque tengan un papel central en el funcionamiento de las democracias,<sup>57</sup> parece obvio que se encuentran en alguna especie de crisis. Ello se ve reflejado en el

---

52 Alterio, Micaela, “Paridad de género y representación. El caso Mexicano”, en *International Journal of Constitutional Law*, volume 19, issue 4, 2021.

53 Recurso de apelación SUP-RAP-116/2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 14 de diciembre de 2020.

54 Recurso de reconsideración SUP-REC-330/2019, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 5 de julio de 2019.

55 Recurso de reconsideración SUP-REC-578/2019 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 20 de diciembre de 2019.

56 Dalton, Russel J., Farrel, David M. y McAllister, Ian, *Political Parties and Democratic Linkage, How Parties Organize Democracy*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 5.

57 Entre estas funciones, en la doctrina se han destacado las siguientes: i) simplificar las decisiones del electorado; ii) transmitir a la población las ventajas o desventajas de determinada política; iii) movilizar a la ciudadanía para participar activamente en los procesos políticos; iv) reclutar y entrenar a líderes políticos y candidatos; v) articular los intereses políticos de la ciudadanía de forma coherente, dotándolos de expresión en la esfera pública; vi) facilitar el trabajo gubernamental, buscando las mayorías para alcanzar ciertos objetivos; así como, vii) someter a escrutinio y evaluar las decisiones de los partidos de oposición, entre otras.

creciente desapego a los partidos políticos, como una respuesta a su fracaso para relacionarse con el ciudadano ordinario, lo que propicia el surgimiento de nuevos actores políticos, tales como los candidatos independientes.<sup>58</sup>

Ahora bien, los tratados internacionales de derechos humanos reconocen un derecho a ser votado, pero no especifican si éste puede ser restringido a postulaciones apoyadas por partidos políticos. En el sistema interamericano no existe una obligación de prever candidaturas independientes. Sin embargo, nuestra Constitución sí reconoce las candidaturas ciudadanas en el artículo 35, fracción II, como una modalidad del derecho a ser electo. A continuación, desarrollo estos temas.

En el caso *Castañeda Gutman*, la Corte Interamericana se pronunció sobre el sistema de postulación de candidatos mediante partidos políticos en México, *previo a la reforma constitucional que reconoció el derecho a ser electo de manera independiente*. Al respecto, determinó que no fue probado en el caso que el sistema de registro de candidaturas mediante partidos políticos constituyera una restricción ilegítima en la regulación del derecho a ser elegido.<sup>59</sup>

Para llegar a dicha conclusión, analizó si la restricción cumplía con los requisitos para limitar derechos políticos, a saber, si se encontraba establecida en una ley formal y material, si perseguía una finalidad legítima y si era necesaria en una sociedad democrática.<sup>60</sup>

- Al respecto, estimó colmado el *primer requisito* porque la postulación de candidatos a cargos electivos a nivel federal se encontraba acotada a partidos políticos por el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es decir, una ley en sentido formal y material.
- De igual forma, consideró que esta norma perseguía un *fin legítimo*, pues tenía por objetivo organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz, finalidad que resulta esencial para el ejercicio de los derechos políticos.<sup>61</sup>
- En cuanto a la *necesidad*, consideró que el Estado fundamentó que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos respondía a exigencias sociales imperiosas, basadas en diversas razones históri-

---

Dalton, Russel J., Farrel, David M. y McAllister, Ian, *supra*, página 6.

58 Dalton, Russel J., Farrel, David M. y McAllister, Ian, *supra*, páginas 9 a 10.

59 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 205.

60 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 175 y siguientes.

61 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 176 a 184.

cas, políticas y sociales.<sup>62</sup> De igual manera, concluyó que no podía valorar en abstracto si los sistemas que permiten candidaturas independientes son o no una medida alternativa menos restrictiva, pues depende de cómo se regulen. Finalmente, estimó que la nominación por partidos políticos se ajusta al objetivo perseguido.<sup>63</sup>

Así, la Corte consideró que *los sistemas de partidos políticos y aquellos que admiten candidaturas independientes pueden ser compatibles con la Convención* y, por tanto, la decisión última de qué sistema escoger corresponde al Estado.<sup>64</sup>

Por otra parte, como ya he anunciado, la fracción II del artículo 35 de nuestra Constitución General, que reconoce como derecho de la ciudadanía poder ser votada, señala que el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a quienes *soliciten su registro de manera independiente* y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación.

Esta legislación es la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (específicamente, los artículos 357 a 431 que se refieren a las candidaturas independientes para los cargos de Presidente de la República, Diputados y Senadores para el Congreso de la Unión) y las normas emitidas por los Congresos locales, en términos del inciso p) de la fracción IV del artículo 116 de la Constitución. En la primera, se regulan el proceso de selección de candidatos (convocatoria, actos previos al registro, *obtención de apoyo ciudadano*<sup>65</sup> y registro de candidatos), el régimen de financiamiento, el acceso a radio y televisión y la fiscalización, entre otros temas.

La Suprema Corte se pronunció por primera ocasión en torno a la reforma constitucional de que se ha dado noticia en la acción de inconstitucionalidad 50/2012, en la que apuntó que su objetivo fundamental fue reconocer *un derecho*

---

62 A saber, la necesidad de *crear y fortalecer* un sistema de partidos en un país donde sólo había un régimen de partido hegemónico u oficial del Estado; la obligación de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, donde todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la exigencia de garantizar un sistema de financiamiento predominantemente público para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres en igualdad de condiciones; así como la posibilidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados.

63 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafos 185 a 204.

64 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 204.

65 El apoyo ciudadano es la cantidad de firmas que debe contar la cédula de respaldo, a fin de garantizar la autenticidad y representatividad de la candidatura. En la doctrina se ha apuntado que pueden constituir la principal barrera a las candidaturas independientes. Véase Brancati, Dawn, "Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide", en *The Journal of Politics*, vol. 70, núm. 3, 2008, p. 651.

a la *postulación* como candidatos a cargos de elección popular de manera *independiente*, como una *vía de acceso a los ciudadanos sin partido*.<sup>66</sup>

A partir de lo dispuesto en los procesos legislativos, desprendió que los *partidos políticos deben seguir siendo la columna vertebral de la participación ciudadana*,<sup>67</sup> pero que deben abrirse las puertas a los ciudadanos independientes en las contiendas electorales, lo que conlleva la necesidad de llevar a cabo adecuaciones de gran calado y complejidad en las leyes electorales, a fin de garantizar la representatividad y autenticidad de las candidaturas, su acceso a los tiempos del Estado, así como la transparencia y la rendición de cuentas. Cuestión para la cual gozan de amplitud de configuración los poderes legislativos.<sup>68</sup> Gran parte de los asuntos que han resuelto la Suprema Corte y el Tribunal Electoral se enfocan en estas cuestiones.

Por su parte, la Sala Superior del Tribunal Electoral concluyó que la intención del poder revisor de la Constitución<sup>69</sup> fue *ampliar el núcleo constitucional del derecho a ser votado*, al reconocer la posibilidad de contender en elecciones populares, tanto por conducto de un partido político, como de manera directa. Ampliación que se traduce en una restricción a la libertad de configuración de los órganos legislativos secundarios, que deberán partir de la necesidad de convertir a las candidaturas independientes en una realidad.<sup>70</sup>

En efecto, dialogando con las sentencias que reconocen amplia libertad de configuración legislativa para regular la materia, precisó que ello no equivale a una carta en blanco para los congresos, pues estas candidaturas deben tener *posibilidades reales de éxito*. A la luz de lo anterior, determinó que, a partir de su registro, las candidatas y los candidatos independientes deben tener las mismas posibilidades de contender y tener éxito en las campañas electorales que los can-

---

66 Acción de inconstitucionalidad 50/2012, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN el día 27 de noviembre de 2012, páginas 70, 77 y 114 a 115.

67 En efecto, el artículo 41, fracción I, de la Constitución General dispone que los partidos políticos son entidades de interés público, que tienen como fin **promover la participación del pueblo** en la vida democrática, fomentar el principio de paridad de género, contribuir a la integración de los órganos de representación política y, como organizaciones ciudadanas, hacer posible su acceso al ejercicio del poder público.

68 Acción de inconstitucionalidad 50/2012, *supra*, páginas 71 a 74, 82 a 83 y 115 a 117.

69 En la reforma publicada el 9 de agosto de 2012 mediante la cual se reconoció el derecho en el texto de la fracción II del artículo 35 constitucional; la reforma publicada el 27 de diciembre de 2013 mediante la cual se armonizó el artículo 116 constitucional, y la reforma político electoral de 10 de febrero de 2014 mediante la cual se establecieron las reglas para la participación de las candidatas y los candidatos independientes.

70 Recurso de reconsideración SUP-REC-193/2015, *supra*, página 18.



didatos de partidos políticos, pues esto es un corolario del principio de equidad que rige en las contiendas y el derecho a la igualdad en su vertiente sustantiva.<sup>71</sup>

### 3. *Reelección*

Otro tema relacionado con el derecho a ser votado es la posibilidad de reelección. Mientras los tratados internacionales reconocen un derecho a ser electo, no especifican nada en torno a esta figura. La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en la opinión consultiva OC-28/2012. En concreto, sobre la *compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con la Convención Americana*.

Para ello, dividió el estudio de la cuestión en tres temas: primero, si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano autónomo; segundo, si su prohibición constituye una restricción injustificada a los derechos políticos; y, finalmente, si es contraria a la Convención Americana.

- Sobre el primer punto, determinó que *no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia*.<sup>72</sup>
- En cuanto a la segunda cuestión, estimó que la prohibición de la reelección presidencial indefinida constituye una *restricción* al derecho a ser electo, por lo que para ser acorde con la Convención Americana es necesario que esté prevista en una ley formal y material; que persiga un fin legítimo y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>73</sup>
- Al respecto, adelantó que la restricción tiene una *finalidad legítima*: garantizar la democracia representativa, es decir, evitar que una persona se perpetúe en el poder, lo que asegura el pluralismo, la alternancia y la separación de poderes.
- Por otra parte, consideró que *es idónea* para tal fin, esto es, para evitar que resulten afectados los principios de democracia representativa.
- Ello, sin que existan medidas igualmente eficaces (*necesidad*) y considerando que la limitación al derecho es menor a los beneficios que trae a la sociedad (*proporcional*).<sup>74</sup>

---

71 Recurso de reconsideración SUP-REC-193/2015, *supra*, páginas 18 a 19, 21 y 24.

72 Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 92 a 96.

73 Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 104 a 114.

74 Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 115 a 124.

- Por lo que se refiere al tercer tema, concluyó que *la habilitación de reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa* y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención. Ello, porque la permanencia en funciones de una persona de manera ilimitada propicia tendencias hegemónicas, que resultan en menoscabo de los derechos políticos de grupos minoritarios y deteriora el régimen plural de partidos y organizaciones. Asimismo, afecta la separación de poderes, por ampliar la posibilidad de nombrar y remover a los funcionarios de otros poderes u órganos encargados de controlarlos. Finalmente, en tanto quienes ostentan la Presidencia tienen una posición privilegiada en la contienda electoral, que incrementa a lo largo del tiempo.<sup>75</sup>

Conforme a lo anterior, para la Corte Interamericana i) no existe un derecho autónomo a la reelección; ii) pero su prohibición sí constituye una restricción *prima facie* al derecho a ser votado. Por otra parte, iii) tratándose de la figura del Presidente, la prohibición de la reelección *indefinida* es compatible con la Convención Americana y su habilitación es contraria a los principios de democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en este instrumento.

La Comisión de Venecia también se ha pronunciado sobre la reelección presidencial, de gobernadores y alcaldes elegidos directamente en términos similares. En cambio, *no recomienda la introducción de límites a la reelección para órganos legislativos*, aunque reconoce que corresponde a cada sistema decidir sobre su conveniencia a la luz de sus circunstancias particulares. En todo caso, considera que deberán ser menos estrictos que los que se aplican a un órgano ejecutivo y sugiere que se permitan al menos *dos mandatos consecutivos, con renovación gradual*. Conclusión que hace extensiva a los representantes elegidos a nivel subnacional y local.<sup>76</sup> Lo anterior, por las razones siguientes.

En primer lugar, los poderes legislativos son muy distintos a los ejecutivos, por lo que *no es necesario limitar la duración* de su mandato para evitar el equivalente ejercicio ilimitado de poder. Por otra parte, los límites a la reelección *reducen la rendición de cuentas* de los representantes a través de las elecciones; impiden la profesionalización; *debilitan al legislativo frente al ejecutivo*; aumentan la influen-

75 Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafos 126 a 146.

76 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, *Informe sobre los límites a la reelección, parte I — Presidentes*, aprobado por la Comisión de Venecia en su 114 Sesión Plenaria; Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, *Informe sobre los límites a la reelección, Parte II— Miembros del Parlamento y Parte III— Representantes electos a nivel subnacional y local y cargos ejecutivos electos a nivel subnacional y local*, aprobado por la Comisión de Venecia en su 118ª Sesión Plenaria, párrafos 46 a 61 y 66 a 75.

cia de los dirigentes de los partidos (pues quienes deseen permanecer en la política deberán buscar su favor) y fortalecen a los grupos de poder.<sup>77</sup>

A nivel *subnacional* y *local*, los efectos de los límites a la reelección son muy similares a los de los legisladores nacionales. Por lo que se refiere a los ayuntamientos, se ha destacado que los límites a la reelección pueden dar lugar a toma de decisiones con *poca visión de futuro*, al limitar la responsabilidad de los funcionarios ante los votantes, quienes no podrán cosechar los beneficios de sus buenas decisiones.<sup>78</sup>

Por otra parte, nuestra Constitución General *prohíbe* la reelección si se trata de titulares de poderes ejecutivos, federal y locales; de igual manera, la *permite* en el caso de integrantes de los poderes legislativos y ayuntamientos.

En específico, la Constitución General dispone lo siguiente: i) el artículo 83 establece que el Presidente de la República no podrá volver a desempeñar ese puesto *en ningún caso y por ningún motivo*; ii) el artículo 116, fracción II, dispone que los Gobernadores de los estados no podrán volver a ocupar ese cargo, *en ningún caso y por ningún motivo*; iii) el artículo 59, relativo al Congreso de la Unión, permite la reelección de Senadores hasta por *dos periodos consecutivos* y de Diputados hasta por *cuatro periodos consecutivos*; y, iv) los artículos 116, fracción II, y 115, fracción I, vinculan a las Constituciones estatales a contemplar la elección consecutiva de Diputados de las legislaturas hasta por *cuatro periodos consecutivos*, así como de Presidentes Municipales, Regidores y Síndicos por *un periodo adicional*, respectivamente.

La Sala Superior del TEPJF y el Tribunal Pleno de la SCJN han tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la reelección en diversas ocasiones. En cuanto a su conceptualización, el Tribunal Electoral ha desarrollado que supone la *posibilidad jurídica de que quien haya desempeñado algún cargo de elección popular pueda contender nuevamente por el mismo al finalizar el periodo de su mandato*, en la medida en la que cumpla con las condiciones y requisitos previstos para su ejercicio. En este sentido, *no se trata de un derecho a ser postulado* necesariamente o de ser registrado a una candidatura al mismo puesto; no entraña una garantía de permanencia y, por tanto, *no tiene primacía sobre la paridad o la auto organización de los partidos*.<sup>79</sup>

---

77 Informe sobre los límites a la reelección, Parte II— Miembros del Parlamento y Parte III— Representantes electos a nivel subnacional y local y cargos ejecutivos electos a nivel subnacional y local, *supra*, párrafos 27 a 33, 34 a 38 y 50 a 57.

78 Informe sobre los límites a la reelección, Parte II— Miembros del Parlamento y Parte III— Representantes electos a nivel subnacional y local y cargos ejecutivos electos a nivel subnacional y local, *supra*, párrafos 39 a 41.

79 Juicio para la protección de los derechos civiles y políticos SUP-JDC-1172/2017 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 24 de enero de 2018, página 45.

En cambio, es una *posibilidad* para el ejercicio del derecho a ser votado.<sup>80</sup> Sin embargo, esta posibilidad es suficiente para considerar que su regulación *entra en el ámbito de tutela del derecho a ser votado*, con independencia de que la postulación dependa del cumplimiento de determinados requisitos. Por ello, las exigencias para estar en aptitud de reelegirse *no pueden ser arbitrarias* y deben estar previstas en ley, perseguir una finalidad legítima, así como atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por otra parte, ha considerado que tiene un vínculo importante con el *derecho de la ciudadanía a elegir* a sus representantes; además, persigue materializar una relación más estrecha entre gobernantes y el electorado, al permitir ratificar o sancionar a los servidores públicos en su encargo y abonar a la rendición de cuentas.<sup>81</sup>

Por lo que se refiere a su regulación, la Suprema Corte ha sostenido que, en términos del artículo 116, fracción II, de la Constitución General, las entidades federativas *están obligadas* a introducir en sus ordenamientos *constitucionales* la elección consecutiva de diputados locales. Sin embargo, deben respetar el límite de hasta cuatro periodos y la postulación por el mismo medio de participación política (partido político o integrante de la coalición, salvo que hubieran renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato). Asimismo, ha interpretado que la Constitución reconoce de manera *implícita* la *reelección por medio de candidaturas independientes*, siempre y cuando los funcionarios a reelegir se hubieren postulado con tal carácter para su primer mandato. Por lo demás, ha estimado que los congresos locales cuentan con *libertad configurativa* para establecer la regulación pormenorizada de la figura.<sup>82</sup>

De igual manera, ha establecido que, conforme al artículo 115, fracción I, de la Constitución General, las entidades federativas también tienen la *obligación*

---

80 La Suprema Corte se ha pronunciado en términos similares al sostener que la reelección es una *posibilidad para el ejercicio del derecho a ser votado*, pues permite a un ciudadano, que ha sido electo para una función pública con renovación periódica, postularse de nuevo para el mismo cargo (acción de inconstitucionalidad 126/2015, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de 11 de febrero de 2016, página 90 y acción de inconstitucionalidad 269/2020 y sus acumuladas, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 7 de diciembre de 2020, páginas 62 a 65).

81 Juicio para la protección de los derechos político-electorales SUP-JDC-1172/2017 y acumulados, *supra*, páginas 46 a 48.

En términos similares se pronunció la Suprema Corte al sostener que el Poder reformador buscó que los legisladores tengan un *vínculo más estrecho con los electores*, ya que serán éstos los que ratifiquen mediante su voto a los servidores públicos en su cargo, lo que abona a la rendición de cuentas (acción de inconstitucionalidad 88/2015, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 24 de noviembre de 2015, páginas 124 a 125).

82 Acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 27 de octubre de 2016, páginas 108 a 109.

Acción de inconstitucionalidad 126/2015, *supra*, página 91.

de integrar a sus *constituciones locales* el principio de reelección de presidentes municipales, regidores y síndicos para el mismo cargo. Esto, siempre y cuando el tiempo del encargo no exceda de tres años y la postulación se realice por el mismo partido o cualquiera de los integrantes de la coalición, salvo que hubieran renunciado o perdido la militancia antes de la mitad de su mandato. Al igual que si se tratara de miembros de las legislaturas, ha considerado que la Constitución permite *implícitamente* que la postulación de los integrantes del ayuntamiento que se pretendan reelegir sea vía *candidatura independiente*, siempre y cuando hubieran sido electos con tal carácter.<sup>83</sup>

#### 4. *Suspensión de derechos políticos*

Ahora bien, el artículo 38 de la Constitución General establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se *suspenden* en diversos supuestos. A saber: en caso de falta de cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos (fracción I); cuando la persona esté sujeta a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (fracción II); en el supuesto de extinción de una pena corporal (fracción III); por vagancia o ebriedad consuetudinaria declarada (fracción IV); si se está prófugo de la justicia (fracción V) o por sentencia ejecutoriada que imponga como pena esa suspensión (fracción VI).

El Tribunal Pleno de la SCJN se ha pronunciado sobre *algunas* de estas fracciones, específicamente en torno a las fracciones II, IV y VI. En términos generales, ha considerado que las hipótesis normativas contenidas en este numeral obedecieron a un contexto histórico y social determinado, sin que sea posible interpretar o aplicarlas de la misma manera que en el momento en que se promulgó la Constitución, lo que hace necesario una interpretación evolutiva que responda a las condiciones que rigen actualmente en nuestro país.<sup>84</sup>

Por lo que se refiere a la fracción II, relativa a estar sujeto a proceso criminal, desde la fecha del auto de formal prisión, determinó que una lectura actualizada de la misma debía hacerla coexistir con los derechos al sufragio y a la *presunción de inocencia*. En ese sentido, sólo habrá lugar a la suspensión del derecho político al voto con el auto de formal a prisión o de vinculación a proceso, cuando el ciudadano esté *efectivamente privado de su libertad*, supuesto que implica una

---

83 Acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, *supra*, páginas 11 a 112.  
Acción de inconstitucionalidad 126/2015, *supra*, página 99.

84 Acción de inconstitucionalidad 38/2014, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 2 de octubre de 2014, página 38.

imposibilidad física para su ejercicio. Lo que no sucede cuando la persona está materialmente en libertad, pues en ese caso no existe un impedimento para votar, hasta en tanto no se dicte una sentencia condenatoria.<sup>85</sup>

En esa misma línea, la Sala Superior del Tribunal Electoral ha señalado que este supuesto de suspensión no es absoluto ni categórico, sino que debe interpretarse de manera congruente con la presunción de inocencia. Por ello, cuando un ciudadano sea sujeto a proceso penal, si se le concede la libertad caucional y materialmente no se le recluye en prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales, *incluyendo el derecho a ser votado y ejercer el cargo*. Es decir, al no haber sido privado de su libertad, debe continuar en el uso y goce de sus derechos.<sup>86</sup>

En cuanto a la porción normativa “ebrios consuetudinarios” de la diversa fracción IV, el Tribunal Pleno consideró que sólo podría tener una aplicación efectiva en el contexto histórico que pretendió regular en su momento y no extrapolarse a una época diferenciada, violentando el derecho a la dignidad de las personas, en razón de la condición social o de salud, reconocido en el artículo 1o. constitucional. Así, *declaró la invalidez de una norma que reiteraba su contenido*.<sup>87</sup>

Finalmente, ha reconocido la validez de normas que reiteran el contenido de la fracción VI y ha señalado que ésta no tiene por objeto sancionar a una persona por la simple emisión de una orden de aprehensión, sino por la condición de *prófugo de la justicia*, de manera que no transgrede la presunción de inocencia. Ello, en el entendido de que deben cesar los efectos de la suspensión una vez cumplimentada la orden de aprehensión y proceder a la aplicación del resto de las fracciones, conforme a las cuales es posible que la persona que recobre su libertad durante el proceso penal no esté sujeta a la suspensión de derechos.<sup>88</sup>

---

85 Contradicción de tesis 6/2008-PL, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 26 de mayo de 2011, páginas 146 a 149, de la que derivó la jurisprudencia P./J. 33/2011, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 6, de rubro: “DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD”; acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, *supra*, páginas 86 a 88; acción de inconstitucionalidad 88/2015, *supra*, páginas 105 a 111.

86 Jurisprudencia 39/2013 de la Sala Superior del TEPJE, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 6, número 13, 2013, páginas 76 a 78 de rubro: “SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD”.

87 Acción de inconstitucionalidad 38/2014, *supra*, páginas 85 a 109.

88 Acción de inconstitucionalidad 88/2015, *supra*, páginas 111 a 113.

Al respecto, la Sala Superior del TEPJF ha determinado que la interpretación de esta fracción permite advertir que la suspensión de derechos político-electorales por estar prófugo de la justicia procede desde que se dicta la orden de aprehensión y hasta que prescribe la acción penal.<sup>89</sup> Sin que sea necesaria declaración judicial alguna o autoridad que así lo determine, pues surte efectos de pleno derecho al actualizarse el supuesto normativo consistente en que se dicte la orden de aprehensión y la exigencia material atinente a que el sujeto evada la acción de la justicia.<sup>90</sup>

Recapitulando todo lo anterior, en el Sistema Interamericano los derechos a votar<sup>91</sup> y ser elegido<sup>92</sup> se ejercen en elecciones periódicas y auténticas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Son un elemento fundamental de la democracia y del derecho a participar en los asuntos públicos. Para garantizarlos, los Estados están obligados a establecer sistemas electorales, pero la Convención Americana no establece un sistema electoral específico. Al hacerlo, pueden establecer restricciones, pero éstas deberán i) estar contenidas en una ley formal y material; ii) perseguir una finalidad legítima y iii) ser necesarias para una sociedad democrática.

Nuestra Constitución reconoce y regula el ejercicio de estos derechos. En este sentido, consagra el derecho a ser votado en condiciones de *paridad*, principio que reclama la integración proporcional de hombres y mujeres en los órganos de toma de decisiones, como una manifestación de la igualdad sustantiva y que requiere de acciones afirmativas para ser implementado. Además, cuenta con diversas interpretaciones teóricas, que pueden caer en el esencialismo y reforzar el carácter

---

89 Tesis X/2011 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 4, número 8, 2011, página 37 de rubro: “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. SE ACTUALIZA POR ESTAR PRÓFUGO DE LA JUSTICIA”. Criterio que fue reiterado de manera más reciente en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-498/2018, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 24 de octubre de 2018, páginas 12 y 18 a 19.

90 Tesis IX/2010 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 3, número 6, 2010, páginas 46 y 47 de rubro: “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL”. Criterio que fue reiterado de manera más reciente en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-498/2018, *supra*, páginas 12 a 13.

91 Éste implica que los ciudadanos pueden elegir de manera libre, directa y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

92 Éste supone que los ciudadanos pueden postularse como candidatos en condiciones de igualdad, así como ocupar los cargos públicos sujetos a elección, si obtienen la cantidad de votos necesarios para ello.

binario de los sexos. Por ello, Micaela Alterio propone entenderla transitoriamente como una cuota del 50%.

Por otra parte, también reconoce el derecho a postularse como *candidato independiente*. Se trata de una vía de acceso a los ciudadanos sin partido que amplía el núcleo constitucional del derecho a ser votado, aunque los partidos políticos sigan siendo la columna vertebral de la participación ciudadana. La figura se encuentra desarrollada en la LGIPE y las normas emitidas por los Congresos locales. Aunque las legislaturas cuenten con amplitud de configuración para regularla, deberán partir de la necesidad de convertir a las candidaturas independientes en una realidad. Especialmente, de cara a que la ciudadanía exige mayores alternativas en la representación. Al respecto, la Corte Interamericana ha considerado que tanto los sistemas de partidos políticos como aquellos que admiten candidaturas pueden ser compatibles con la Convención.

De igual manera, la Constitución prohíbe la *reelección* tratándose de titulares de poderes ejecutivos (federales y locales) y la permite en el caso de integrantes de los poderes legislativos (federales y locales) y ayuntamientos. La Sala Superior del TEPJF ha desarrollado que consiste en la *posibilidad jurídica* de que quien haya desempeñado un cargo de elección popular pueda contender nuevamente por el mismo, pero no implica un derecho o una garantía de permanencia. Sin embargo, esto es suficiente para que entre en el ámbito de la tutela del derecho a ser votado, por lo que los requisitos para su ejercicio no pueden ser arbitrarios, deben estar previstos en ley, perseguir una finalidad legítima y atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que la prohibición de la reelección indefinida de la figura presidencial es compatible con la Convención. Por su parte, la Comisión de Venecia no recomienda la introducción de límites a la reelección de órganos legislativos. Esta figura está relacionada con la rendición de cuentas a través de las elecciones.

Finalmente, nuestra Constitución General establece diversos supuestos para la suspensión de derechos políticos. Éstos no han sido modificados desde su promulgación en 1917. Por ello, la Suprema Corte y el Tribunal Electoral han realizado una interpretación evolutiva de ellos y han limitado su alcance. En este sentido, han señalado que la hipótesis relativa a estar sujeto a proceso criminal, desde la fecha del auto de formal prisión, sólo tendrá lugar cuando se esté efectivamente privado de la libertad. Asimismo, la SCJN ha declarado la invalidez de normas que se refieren a “ebrios consuetudinarios”, aunque reiteren el texto constitucional. Finalmente, ambos órganos se han pronunciado sobre el supuesto relativo a estar prófugo de la justicia, en el que el primero ha señalado que sus efectos deben cesar una vez cumplimentada la orden de aprehensión (SCJN) y el segundo (TEPJF) que no requiere declaración de autoridad alguna.



## V. DERECHO A ACCEDER A FUNCIONES PÚBLICAS

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todos los ciudadanos deben gozar del derecho y oportunidad de tener acceso, *en condiciones de igualdad*, a las funciones públicas de su país.

Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que este derecho protege el acceso a una *forma directa de participación* en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales. Además, que las condiciones generales de igualdad a que se refiere comprenden, tanto cargos por elección popular, como por nombramiento o designación.<sup>93</sup>

En este sentido, exige que los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión o destitución sean razonables y objetivos —es decir, deben respetar las garantías del debido proceso— y las personas no deben ser objeto de *discriminación en el ejercicio de ese derecho*. Además, requiere una *protección efectiva de la permanencia en el cargo*. Este criterio ha sido ampliamente desarrollado tratándose de jueces, juezas y fiscales, que gozan de las garantías de estabilidad e inamovilidad en el cargo, encaminadas a tutelar la independencia judicial y la libertad frente a toda injerencia o presión política.<sup>94</sup>

Por su parte, el artículo 35, fracción VI, de la Constitución General reconoce como derecho de la ciudadanía poder ser *nombrada* para cualquier empleo o comisión del servicio público, *teniendo las calidades que establezca la ley*. De esta manera, excluye los cargos de elección popular, los cuales se encuentran tutelados por el derecho a ser *votado*, y se refiere a aquellos por designación. Se trata de un derecho a la participación política en la gestión pública.

Al respecto, el Tribunal Pleno de la SCJN ha desarrollado que las *calidades* que establezcan las leyes deberán estar directamente relacionadas con el *perfil idóneo*, necesario para el desempeño del empleo o comisión, por lo que en su diseño las legislaturas deberán tomar en consideración las tareas o funciones inherentes a

---

93 Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, párrafo 150; Caso *Yatama vs. Nicaragua*, *supra*, párrafo 200; Opinión Consultiva OC-28/21, *supra*, párrafo 64.

94 Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrafos 138 a 139; Caso *Nina vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 97 a 98; Caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, sentencia de 4 de febrero de 2019 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 94; Caso *Martínez Esquivia vs. Colombia*, sentencia de 6 de octubre de 2020 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), párrafos 115 a 116; Caso *Moya Solís vs. Perú*, sentencia de 3 de junio de 2021 (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), párrafos 108 a 110; Caso *Cuya Lavy y otros vs. Perú*, sentencia de 28 de septiembre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 123 y 159 a 160.

cada puesto. Es decir, deben ser *criterios objetivos y razonables*, a fin de evitar la discriminación a personas que tengan las calificaciones, capacidades o competencias necesarias para llevar a cabo con eficiencia o eficacia estos trabajos.<sup>95</sup> Por este motivo, ha declarado inconstitucionales diversos requisitos para ocupar cargos públicos, tales como *no tener antecedentes penales*, pero desde la perspectiva del derecho a la igualdad,<sup>96</sup> lo que nos aleja del tema de los derechos políticos.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la *permanencia en el cargo*, a la luz del artículo 123, fracción IX, de la Constitución General que dispone que los Trabajadores de los Poderes de la Unión<sup>97</sup> sólo podrán ser suspendidos o cesados *por causa justificada*, en los términos que fije la ley. De igual manera, ha negado el derecho a la estabilidad en el empleo a los *trabajadores de confianza*, sobre la base de que la fracción XIV de este artículo sólo les reconoce las medidas de *protección al salario* y los *beneficios de la seguridad social*.<sup>98</sup> También, ha considerado que la fracción XIII excluye del derecho a la permanencia a *militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del ministerio público, peritos y miembros de las instituciones policiales*, cuyo vínculo con el estado no es de naturaleza laboral, sino administrativa.<sup>99</sup> Finalmente, ha

95 Acción de inconstitucionalidad 263/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión celebrada el 25 de mayo de 2021, párrafos 34 a 36.

96 Acción de inconstitucionalidad 263/2020, *supra*, párrafos 46 a 48; acción de inconstitucionalidad 117/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 20 de abril de 2021; acción de inconstitucionalidad 86/2018, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN, en sesión de 27 de enero de 2020, párrafos 19 a 34; acción de inconstitucionalidad 107/2016, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 23 de enero de 2020, páginas 34 a 41.

97 Lo que se puede extender a los trabajadores de los estados, pues el artículo 116, fracción IV, dispone que sus relaciones de trabajo se regirán por las leyes que expidan las legislaturas locales, con base en lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución General y sus disposiciones reglamentarias.

98 Tesis P. XLVII/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, diciembre de 2005, página 12, de rubro: “TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DE LOS PODERES DE LA UNIÓN. AL NO GOZAR DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, CARECEN DEL DERECHO A DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

99 Tesis 2a./J. 21/2022, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 12, abril de 2022, tomo II, página 1439, de rubro: “BAJA DEL PERSONAL DE LA MILICIA AUXILIAR DE LA SECRETARÍA DE MARINA. EL ARTÍCULO 85, FRACCIÓN II, INCISO E, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ORGÁNICA DE LA ARMADA DE MÉXICO, ABROGADA, QUE LA PREVÉ, ES CONSTITUCIONAL”, la cual establece en la parte que interesa lo siguiente, “La mecánica de conclusión de la relación establecida entre el personal de la milicia auxiliar y la Secretaría de Marina prevista en la norma legal referida, tiene su fundamento constitucional en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, pues su vínculo no es de naturaleza laboral, sino administrativa, en virtud de que los militares, marinos, personal del servicio

desarrollado ampliamente los requisitos de estabilidad e inamovilidad de jueces y magistrados, pero a la luz de la independencia judicial.<sup>100</sup>

Sin embargo, el estudio pormenorizado de estos temas nos aleja de los derechos políticos y nos introduce en aspectos propios del derecho a la igualdad, la independencia judicial, o las materias laborales y administrativas. Por ello, en el resto de este capítulo, pretendo desarrollar otro tema anclado en el derecho más genérico a acceder *en condiciones de igualdad* a las funciones públicas, que incluye no ser objeto de *discriminación en el ejercicio* de este derecho; el *acceso* y la *permanencia efectiva*, tanto en cargos por elección popular, como por nombramiento o designación, a saber, la violencia política contra las mujeres.

### 1. Violencia política en razón de género

La violencia política contra las mujeres no es nueva, lo que sí es reciente es el trabajo académico sobre el tema. En su mayoría, ha sido desarrollado en América Latina, aunque se trata de un problema global emergente. Así, Krook y Restrepo definen la violencia política de género como *comportamientos dirigidos específicamente contra las mujeres, por el hecho de ser mujer, con el propósito de que abandonen la política, presionándolas para que renuncien a ser candidatas o a un cargo político en particular*. Se ejerce mediante violencia física (que incluye la violencia sexual), psicológica, económica y simbólica. De igual manera, se caracteriza por una motivación específica: restringir la participación política de la mujer. Su efecto es comunicar a las víctimas, a las mujeres y a la sociedad en general que este grupo no debe participar en el ámbito de la política. Ocurre debido a que la participación de las mujeres en la esfera pública transgrede la división entre lo público y lo privado, donde el primer ámbito es asignado a los hombres y el segundo a las mujeres. En otras palabras, es un *contragolpe* (*backlash*) a la mayor inclusión política de las mujeres.<sup>101</sup>

---

*exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales se rigen por sus propias leyes, régimen que excluye el derecho de estabilidad laboral.”*

100 Por ejemplo, en la tesis P/J. 44/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, mayo de 2007, página 1641 de rubro: “ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DE PODERES JUDICIALES LOCALES. PARÁMETROS PARA RESPETARLA, Y SU INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LOS SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO Y RATIFICACIÓN.”

101 Krook, Mona Lena y Restrepo Sanín, Juliana, “Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones” en *Política y Gobierno*, volumen XXIII, número 1, 2016, pp. 127-162.

Piscopo, considera que este enfoque pasa por alto el clima generalizado de inseguridad e impunidad en América Latina, donde la violencia es consustancial al proceso político y las mujeres son tan vulnerables como sus colegas masculinos, aun cuando las formas que toman las agresiones en su contra pueden ser distintas. Es decir, que no analiza el contexto sociopolítico en el que se producen estas violencias contra las mujeres. Lo que deja de lado que algunas de estas acciones atentan contra los derechos básicos a la seguridad y a la integridad, sin que recibieran castigo porque el sistema de justicia criminal ha fracasado para todos.<sup>102</sup>

En México, el concepto se encuentra reflejado en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia<sup>103</sup> y previsto como un delito electoral en la Ley General en Materia de Delitos Electorales.<sup>104</sup>

102 Piscopo, Jennifer M., “Capacidad estatal, justicia criminal y derechos políticos. Nueva mirada al debate sobre la violencia contra las mujeres en política”, en *Política y gobierno*, volumen XXII, número 2, II semestre de 2016, pp. 437-458.

103 Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Artículo 20 Bis. La violencia política contra las mujeres en razón de género: es toda acción u omisión, incluida la tolerancia, *basada en elementos de género* y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por *objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres*, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública, la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo.

Se entenderá que las acciones u omisiones se basan en elementos de género, cuando se dirijan a una mujer por su condición de mujer; le afecten desproporcionadamente o tengan un impacto diferenciado en ella.

Puede manifestarse en cualquiera de los tipos de violencia reconocidos en esta Ley y puede ser perpetrada indistintamente por agentes estatales, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, personas dirigentes de partidos políticos, militantes, simpatizantes, precandidatas, precandidatos, candidatas o candidatos postulados por los partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, por un particular o por un grupo de personas particulares.

104 Ley General en Materia de Delitos Electorales

Artículo 20 Bis. Comete el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género quien por sí o interpósita persona:

- I. Ejercer cualquier tipo de violencia, en términos de ley, contra una mujer, que afecte el ejercicio de sus derechos políticos y electorales, o el desempeño de un cargo público;
- II. Restrinja o anule el derecho al voto libre y secreto de una mujer;
- III. Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia a una precandidatura o candidatura de elección popular;
- IV. Amenace o intimide a una mujer, directa o indirectamente, con el objeto de inducirla u obligarla a presentar su renuncia al cargo para el que haya sido electa o designada;
- V. Impida, por cualquier medio, que las mujeres electas o designadas a cualquier cargo público; rindan protesta; ejerzan libremente su cargo, así como las funciones inherentes al mismo;

Por su parte, la Sala Superior del TEPJF se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este concepto. Al respecto, ha señalado que la violencia política por razones de género son aquellas *acciones y omisiones, basadas en el género y dadas en el ejercicio de los derechos político-electorales, que tengan por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, que puede ocurrir tanto en el ámbito público como privado y puede ser simbólica, verbal, patrimonial, económica, psicológica, física o sexual*.<sup>105</sup>

A mayor abundamiento, ha desarrollado que para acreditar su existencia, se debe observar que en el acto u omisión concurren los siguientes elementos: a) que suceda en el marco del ejercicio de derechos político-electorales o de un cargo público; b) que sea perpetrado por el Estado o sus agentes, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, partidos políticos o sus representantes, medios de comunicación y sus integrantes, un particular o un grupo de personas; c) que sea simbólica, verbal, patrimonial, económica, física, sexual y/o psicológica; d) que

---

VI. Ejercer cualquier tipo de violencia, con la finalidad de obligar a una o varias mujeres a suscribir documentos o avalar decisiones contrarias a su voluntad, en el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

VII. Limite o niegue a una mujer el otorgamiento, ejercicio de recursos o prerrogativas, en términos de ley, para el desempeño de sus funciones, empleo, cargo, comisión, o con la finalidad de limitar el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

VIII. Publique o divulgue imágenes, mensajes o información privada de una mujer, que no tenga relación con su vida pública, utilizando estereotipos de género que limiten o menoscaben el ejercicio de sus derechos políticos y electorales;

IX. Limite o niegue que una mujer reciba la remuneración por el desempeño de sus funciones, empleo, cargo o comisión;

X. Proporcione información incompleta o datos falsos a las autoridades administrativas o jurisdiccionales en materia electoral, con la finalidad de impedir el ejercicio de los derechos políticos y electorales de las mujeres;

XI. Impida, por cualquier medio, que una mujer asista a las sesiones ordinarias o extraordinarias, así como a cualquier otra actividad que implique la toma de decisiones y el ejercicio del cargo;

XII. Impida a una mujer su derecho a voz y voto, en el ejercicio del cargo;

XIII. Discrimine a una mujer embarazada, con la finalidad de evitar el ejercicio de sus derechos políticos y electorales, impedir o restringir su reincorporación al cargo tras hacer uso de la licencia de maternidad, o de cualquier otra contemplada en la normatividad, y

XIV. Realice o distribuya propaganda político electoral que degrade o denigre a una mujer, basándose en estereotipos de género, con el objetivo de menoscabar su imagen pública o limitar sus derechos políticos y electorales.

Las conductas señaladas en las fracciones de la I a la VI serán sancionadas con pena de cuatro a seis años de prisión y de 200 a 300 días multa.

Las conductas señaladas en las fracciones de la VII a la IX serán sancionadas con pena de dos a cuatro años de prisión y de 100 a 200 días multa.

105 Recurso de reconsideración SUP-REC-2214/2021 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 29 de diciembre de 2021, concluida el 30 siguiente, página 71.

tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres; y e) que se base en elementos de género. Esto último puede ocurrir cuando se dirige a una mujer por ser mujer, tiene impacto diferenciado en las mujeres o afecta desproporcionalmente a las mujeres.<sup>106</sup>

Finalmente, ha determinado que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con la debida diligencia y de manera conjunta para prevenir, investigar y *reparar* una posible afectación a sus derechos. En este sentido, es necesario que cada asunto se analice de manera particular para determinar si se trata o no de violencia política en razón de género y, en su caso, delinear las acciones para no dejar impunes los hechos y reparar el daño a las víctimas.<sup>107</sup>

Así, en una de sus sentencias más relevantes en la materia (dictada en el recurso de reconsideración SUP-REC-2214/2021 y sus acumulados) declaró por primera vez en la historia la nulidad de una elección por violencia política en razón de género, como una medida de reparación ante actos de esta naturaleza. Asimismo, desarrolló los criterios para determinar si actos de violencia política en razón de género contra las mujeres son susceptibles de causar la nulidad de una elección.<sup>108</sup>

Recapitulado, el derecho a tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas protege una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales. Comprende cargos de elección popular, así como aquellos por nombramiento o designación. Exige que los criterios para el nombramiento, ascenso, suspensión o destitución sean razonables y objetivos, así como que las personas no sean objeto de discriminación en su ejercicio. Además, requiere de una protección efectiva de la permanencia en el cargo.

En ese contexto, en años recientes se ha empezado a debatir en la doctrina la forma de conceptualizar la violencia política en razón de género. Así, Krook y Restrepo la han definido como aquellos comportamientos dirigidos específicamente contra las mujeres *por el hecho de serlo* y con el fin de que abandonen la

---

106 Jurisprudencia 21/2018, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 11, número 22, 2018, páginas 21 y 22, de rubro: “VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE LA ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO”.

107 Jurisprudencia 48/2016, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 9, número 19, 2016, páginas 47, 48 y 49, de rubro: “VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZONES DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES.”

108 Recurso de reconsideración SUP-REC-2214/2021 y acumulados, *supra*, páginas 34 a 43.

política. Además, han destacado que sus efectos no se agotan en la víctima, sino trascienden a otras mujeres y a la sociedad en general. Este concepto no está exento de críticas, pero ha permeado a la jurisprudencia del Tribunal Electoral, órgano que lo ha caracterizado como aquellas *acciones y omisiones, basadas en el género y dadas en el ejercicio de los derechos político-electorales, que tengan por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos de las mujeres*, desarrollando que puede ser simbólica, verbal, económica, patrimonial, psicológica, física o sexual. Por otra parte, ha creado robustos criterios que permiten su identificación y reparación.

## VI. CONCLUSIONES

En este capítulo presenté un panorama de los derechos político-electorales en México, reconocidos en la Convención Americana y la Constitución General, a la luz de su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Como pudimos observar, los *derechos político-electorales* tienen un valor en sí mismos, pero también son una forma de fortalecer la democracia, la cual se estima es el sistema político que tutela de mejor manera el resto de los derechos. Sus titulares son los ciudadanos. Pueden ser objeto de restricciones, pero para ser acordes con la Convención Americana es necesario que: a) estén establecidas en una ley formal y material; b) que persigan una finalidad legítima, y c) sean necesarias para una sociedad democrática.

De esta manera, el *derecho a la participación política* incluye las actividades que realizan las personas de manera individual o colectiva, no sólo con el propósito de intervenir en la designación de los gobernantes, sino de influir en la toma de decisiones a través de *mecanismos de participación directa*. Estos mecanismos buscan estrechar lazos entre gobernantes y gobernados, lo que fortalece a la democracia. Nuestra Constitución reconoce como mecanismos de participación directa el derecho de la ciudadanía a iniciar leyes, a votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional y a participar en los procesos de revocación de mandato.

Por otra parte, *los derechos a votar y ser elegido* se encuentran íntimamente ligados, pues el primero implica que los ciudadanos pueden elegir de manera libre, directa y en condiciones de igualdad a quienes los representan en la toma de decisiones de los asuntos públicos, y el segundo supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad, así como ocupar los cargos públicos sujetos a elección, si obtienen la cantidad de votos necesarios

para ello. Se ejercen en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Sin embargo, la Convención Americana no impone un sistema electoral específico.

Adicionalmente, nuestra Constitución General dispone que el derecho a ser votado debe ser ejercido en condiciones de *paridad*. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que es *un principio que requiere la integración proporcional de hombres y mujeres en los órganos de toma de decisiones, como una manifestación de la igualdad sustantiva, que responde a la poca representación de mujeres en ellos y que requiere de acciones afirmativas para ser implementada, atento a las condiciones de discriminación estructural que les han afectado en los ámbitos político y público*. Comprende todos los ámbitos en que se desarrolla el servicio público y debe verse reflejada en la conformación de los órganos, por lo que no se agota en la postulación de candidaturas.

De igual manera, nuestra Constitución General amplía los alcances del derecho a ser votado, al permitir la *postulación de candidatos independientes*, pues en el sistema interamericano tanto los sistemas de partidos políticos como aquellos abiertos pueden ser compatibles con la Convención Americana. La SCJN ha determinado que se trata de un *derecho a la postulación como candidato a cargos de elección popular, como una vía de acceso a los ciudadanos sin partido*, lo que requiere de una compleja regulación para lo cual las legislaturas gozan de amplitud de libertad configurativa. Por su parte, el Tribunal Electoral ha destacado que, si bien los órganos legislativos tienen libertad de configuración para regular esta figura, deben partir de la necesidad de convertirlas en una realidad, es decir, deben tener posibilidades reales de éxito.

Por otra parte, nuestra Constitución General establece la posibilidad de reelección para integrantes de órganos *legislativos y ayuntamientos, incluyendo al presidente municipal*. En el sistema interamericano, no existe un derecho autónomo a ser reelecto, aunque constituye una restricción al derecho a ser votado. Al respecto, la Sala Superior y el Tribunal Electoral han desarrollado que la reelección supone la *posibilidad jurídica de quien haya desempeñado algún cargo de elección popular de contender nuevamente por el mismo al finalizar el periodo de su mandato, sin que entrañe una garantía de permanencia*. El segundo tribunal también ha señalado que esta posibilidad es suficiente para considerar que entra en el ámbito de tutela del derecho a ser votado, por lo que las restricciones no pueden ser arbitrarias, deben estar previstas en ley, perseguir una finalidad legítima, así como atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, nuestra Constitución dispone que los derechos políticos pueden ser *suspendidos* en diversos supuestos, tales como cuando la persona esté sujeta a



proceso criminal o por vagancia o ebriedad consuetudinaria. El Tribunal Pleno ha hecho una interpretación evolutiva de estos supuestos y ha señalado que el primero *sólo puede tener lugar cuando la persona esté efectivamente privada de su libertad*, lo que ha sido retomado por la Sala Superior del TEPJF. Asimismo, el primer órgano ha dispuesto que el segundo supuesto *sólo podía tener una aplicación efectiva en el contexto histórico que pretendió regular en su momento*.

Finalmente, el derecho a tener *acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas* protege una forma de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales. Comprende cargos por elección popular, así como aquellos por nombramiento y designación. De igual manera, evita que las personas sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho y requiere de una protección efectiva de la permanencia en el cargo. De ahí que se relacione con la violencia política contra las mujeres. Este concepto se encuentra en desarrollo en la doctrina, pero ha sido definido por el Tribunal Electoral como aquellas *acciones y omisiones, basadas en el género y dadas en el ejercicio de los derechos político-electorales, que tengan por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos políticos de las mujeres, que puede ocurrir tanto en el ámbito público como privado y puede ser simbólica, verbal, patrimonial, económica, psicológica, física o sexual*.

Sin más que exponer, cierro el presente capítulo con las siguientes preguntas de discusión.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Está claro que la democracia es valiosa en términos instrumentales como una salvaguarda de los derechos humanos, sin embargo, ¿existe un derecho humano a la democracia?, ¿debería existir? Por otra parte, explicamos que los titulares de los derechos políticos son los ciudadanos, ¿consideras que deberían ampliarse a todas las personas?, ¿qué consecuencias tendría un reconocimiento más amplio? En cuanto a los mecanismos de participación directa, ¿consideras que son susceptibles de ser usados como una forma de opresión de las mayorías o de proteger más adecuadamente aquellos de las minorías?, ¿cómo pueden fortalecer la democracia? Por lo que se refiere a los derechos a votar y ser votado, ¿en qué medida ciertas interpretaciones del principio de paridad pueden cerrar la representación de otras minorías y reforzar el sistema binario de género?, ¿qué papel desempeñan los partidos políticos en una democracia?, ¿en qué supuestos debe permitirse la reelección y qué beneficios tiene? Finalmente, por lo que se refiere al derecho a tener *acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas*, ¿cuáles son las diferencias entre la violencia política en general y la violencia política contra las mujeres?, ¿es necesario un concepto específico al respecto?

## Fuentes

### Libros, capítulos y artículos

- Alterio, Micaela, “Paridad de género y representación. El caso Mexicano”, en *International Journal of Constitutional Law*, volume 19, issue 4, 2021.
- Barquet Montané, Mercedes, *De la inutilidad de la cuota de género. La diputada que no quería ser...*, Ciudad de México, TEPJF, 2012.
- Brancati, Dawn, “Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide”, en *The Journal of Politics*, vol. 70, núm. 3, 2008.
- Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Ciudad de México, Jurídica de las Américas, 2009.
- Charlesworth, Hilary, “Is there a human right to democracy?”, en Holder, Cindy y Reidy, David (eds.), *Human Rights. The Hard Questions*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- Christiano, Thomas, “Self-determination and the Human Right to Democracy”, en Cruft, Rowan, Liao, S. Matthew y Renzo, Massimo (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Philosophical Foundations of Law), Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Cobo, Rosa, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, 2002.
- Cohen, Joshua, “Is there a Human Right to Democracy?”, en Sypnowich, Christine (ed.), *The Egalitarian Conscience: Essays in Honour of G.A. Cohen*, New York, Oxford University Press, 2006.
- Colombo, Céline y Kriesi, Hanspeter, “Referendums and Direct Democracy”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, Informe sobre los límites a la reelección, parte I— Presidentes, aprobado por la Comisión de Venecia en su 114 Sesión Plenaria.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, *Informe sobre los límites a la reelección, Parte II— Miembros del Parlamento y Parte III— Representantes electos a nivel subnacional y local y cargos ejecutivos electos a nivel subnacional y local*, aprobado por la Comisión de Venecia en su 118° Sesión Plenaria.
- Dalton, Russel J., Farrel, David M. y McAllister, Ian, *Political Parties and Democratic Linkage, How Parties Organize Democracy*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Fraser, Nancy, “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation”, en *WZB Discussion Paper*, n° FS I, 1998.
- González Oropeza, Manuel, Gilas, Karolina M. y Báez Silva, Carlos, *Hacia una democracia paritaria. La evolución de la participación política de las mujeres en México y sus entidades federativas*, Ciudad de México, TEPJF, 2016.
- Krook, Mona Lena y Restrepo Sanín, Juliana, “Género y violencia política en América Latina. Conceptos, debates y soluciones”, en *Política y Gobierno*, volumen XXIII, núm. 1, 2016.
- Mansbridge, Jane, “The Evolution of Political Representation in Liberal Democracies, Concepts and Practices”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- O’Connel, Rory, *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

- Piscopo, Jennifer M., “Capacidad estatal, justicia criminal y derechos políticos. Nueva mirada al debate sobre la violencia contra las mujeres en política”, en *Política y gobierno*, volumen XXII, núm. 2, II semestre de 2016.
- Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques, “Introduction Political Representation un Liberal Democracies”, en Rohrschneider, Robert y Thomassen, Jacques (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Scott, Joan Wallach, *Parité! Sexual Equality and the Crisis of French Universalism*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- Valdés Leal María, *Paridad de género en cargos de elección popular en México: gubernaturas locales*, trabajo final del Máster en estudios de mujeres, género y ciudadanía de la Universidad de Barcelona defendido el 18 de febrero de 2021.

### Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, sentencia de 4 de febrero de 2019 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú, sentencia de 28 de septiembre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso Escaleras Mejía y otros vs. Honduras, sentencia de 26 de septiembre de 2018.
- Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).
- Caso Martínez Esquivia vs. Colombia, sentencia de 6 de octubre de 2020 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).
- Caso Moya Solís vs. Perú, sentencia de 3 de junio de 2021 (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas).
- Caso Nina vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso Petro Urrego vs. Colombia, sentencia de 8 de julio de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de 30 de junio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, reparaciones y costas).
- Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*, solicitada por la República de Colombia.
- Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos con perspectiva de género*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*, solicitada por la República de Colombia.

### **Legislación internacional y nacional**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Carta Democrática Interamericana

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

Ley General en Materia de Delitos Electorales

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos

### **Sentencias y tesis de la SCJN y TEPJF**

Acción de inconstitucionalidad 47/2006, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 7 de diciembre de 2006.

Acción de inconstitucionalidad 50/2012, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN el día 27 de noviembre de 2012.

Acción de inconstitucionalidad 38/2014, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 2 de octubre de 2014.

Acción de inconstitucionalidad 45/2014, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 29 de septiembre de 2014.

Acción de inconstitucionalidad 88/2015, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 24 de noviembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad 126/2015, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 11 de febrero de 2016.

Acción de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 27 de octubre de 2016.

Acción de inconstitucionalidad 107/2016, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 23 de enero de 2020.

Acción de inconstitucionalidad 86/2018, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN, en sesión de 27 de enero de 2020.

Acción de inconstitucionalidad 117/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 20 de abril de 2021.

Acción de inconstitucionalidad 263/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión celebrada el 25 de mayo de 2021.

Acción de inconstitucionalidad 269/2020 y sus acumuladas, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 7 de diciembre de 2020.

Acción de inconstitucionalidad 151/2021, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 2 de febrero de 2022.

Contradicción de tesis 6/2008-PL, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 26 de mayo de 2011.

- Contradicción de tesis 44/2016, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 15 de octubre de 2019.
- Juicio para la protección de los derechos civiles y políticos SUP-JDC-1172/2017 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 24 de enero de 2018.
- Juicio para la protección de los derechos civiles y políticos SUP-JDC-8/2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión celebrada el 6 de febrero de 2020.
- Jurisprudencia 27/2002, publicada en la Revista del TEPJF: Justicia Electoral, suplemento 6, año 2003, páginas 26 y 27 de rubro: “DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”.
- Jurisprudencia P./J. 83/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 984, de rubro: “DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A VOTAR Y SER VOTADO. SON DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DE ACUERDO AL SISTEMA COMPETENCIAL QUE LA MISMA PREVÉ”.
- Jurisprudencia 20/2010, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del PJE, año 3, número 7, 2010, páginas 17 a 19, de rubro: “DERECHO POLÍTICO ELECTORAL A SER VOTADO. INCLUYE EL DERECHO A OCUPAR Y DESEMPEÑAR EL CARGO”.
- Jurisprudencia P./J. 33/2011, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 6, de rubro: “DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD”.
- Jurisprudencia 39/2013 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 6, número 13, 2013, páginas 76 a 78 de rubro: “SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD”.
- Jurisprudencia 48/2016, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del Tribunal Electoral del PJE, año 9, número 19, 2016, páginas 47, 48 y 49, de rubro: “VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZONES DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES.”
- Jurisprudencia 21/2018, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral del Tribunal Electoral del PJE, año 11, número 22, 2018, páginas 21 y 22, de rubro: “VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE LA ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO”.
- Recurso de apelación SUP-RAP-116/2020, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 14 de diciembre de 2020.
- Recurso de apelación SUP-RAP-159/2021, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 21 de julio de 2021.
- Recurso de reconsideración SUP-REC-193/2015, resuelto por la Sala Superior del TEPJF el 29 de mayo de 2015.
- Recurso de reconsideración SUP-REC-330/2019, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 5 de julio de 2019.
- Recurso de reconsideración SUP-REC-578/2019 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 20 de diciembre de 2019.

- Recurso de reconsideración SUP-REC-2214/2021 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del TEPJF en sesión de 29 de diciembre de 2021, concluida el 30 siguiente.
- Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 1/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 1 de octubre de 2020.
- Revisión de la constitucionalidad de la materia de consulta popular 2/2020, resuelta por el Tribunal Pleno de la SCJN en sesión de 10 de diciembre de 2020.
- Tesis P. XLVII/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, diciembre de 2005, página 12, de rubro: “TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DE LOS PODERES DE LA UNIÓN. AL NO GOZAR DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, CARECEN DEL DERECHO A DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.
- Tesis P./J. 44/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, mayo de 2007, página 1641 de rubro: “ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DE PODERES JUDICIALES LOCALES. PARÁMETROS PARA RESPETARLA, Y SU INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LOS SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO Y RATIFICACIÓN.”
- Tesis IX/2010 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 3, número 6, 2010, páginas 46 y 47 de rubro: “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL”.
- Tesis X/2011 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 4, número 8, 2011, página 37 de rubro: “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. SE ACTUALIZA POR ESTAR PRÓFUGO DE LA JUSTICIA”.
- Tesis XXIII/2015 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, TEPJF, año 8, número 16, 2015, páginas 50 y 51 de rubro: “INTERÉS JURÍDICO. LO TIENEN LOS CIUDADANOS PARA CONTROVERTIR LA OMISIÓN DE LOS ÓRGANOS DE DICTAMINAR PROYECTOS DE INICIATIVA CIUDADANA (LEGISLACIÓN DE SINALOA)”.
- Tesis XLIX/2016 de la Sala Superior del TEPJF, publicada en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 9, número 18, 2016, páginas 96 y 96 de rubro: “MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA. EN SU DISEÑO DEBEN OBSERVARSE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO DE VOTAR”.
- Tesis 2a./J. 21/2022, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 12, abril de 2022, tomo II, página 1439, de rubro: “BAJA DEL PERSONAL DE LA MILICIA AUXILIAR DE LA SECRETARÍA DE MARINA. EL ARTÍCULO 85, FRACCIÓN II, INCISO E, PRIMERA PARTE, DE LA LEY ORGÁNICA DE LA ARMADA DE MÉXICO, ABROGADA, QUE LA PREVÉ, ES CONSTITUCIONAL”.

## Capítulo 8

# Acceso a la justicia y debido proceso

Marat Paredes Montiel\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ACCESO A LA JUSTICIA. 1. Definición o marco conceptual. 2. Estudio práctico de las aplicaciones del derecho de acceso a la justicia. A. Justicia gratuita. B. Medidas que podrían dificultar el acceso a la justicia. C. Justicia pronta. D. Justicia imparcial. E. Justicia completa. F. Solución efectiva del conflicto. III. DEBIDO PROCESO. 1. Definición o marco conceptual. A. Dimensión procedimental y dimensión sustantiva. 2. Estudio práctico de las aplicaciones del derecho al debido proceso. A. Emplazamiento. B. Derecho a un juez natural. C. Derecho a ser juzgado en plazo razonable. D. Oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas. E. Igualdad de las partes. F. Derecho a formular alegatos. G. Derecho a una resolución que dirima las cuestiones debatidas. H. Derecho a recurrir el fallo. IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Para definir el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, primero debe partirse de la premisa de que si el Estado moderno se plantea como una solución civilizatoria para dar cauce a los conflictos y erradicar la violencia, que presupone la existencia de tribunales estatales y la prohibición de la justicia por propia mano, en contrapartida debe existir una amplia posibilidad de acceder a aquéllos, pues de lo contrario estaríamos ante una promesa defraudada, susceptible de generar más violencia. De esta forma, el Estado debe dar respuesta a través del proceso a las pretensiones que le formulen las partes, estableciendo el derecho aplicable al caso y dándole la razón a quien puede convencer a través de la prueba o del argumento,<sup>1</sup> apegado siempre a ciertas garantías que tienen como finalidad que el proceso se desarrolle en condiciones que permitan un resultado justo.

El acceso a la justicia en las constituciones que postulan un Estado de derecho social moderno se transformó de un derecho formal a la protección judicial, esto es, a litigar o defender una pretensión, en un derecho que, para ser una realidad

---

\* Secretario en 18o Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Agradezco la colaboración de Renata Romero Guzmán y Fabiola Altamirano Bautista para la elaboración del presente trabajo.

1 Marabotto Lugaro, Jorge A., “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, 2003, p. 291. Disponible en: «<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3590/3351>».

y cumplir con su finalidad, requiere de igualdad sustantiva, lo que implica la generación de condiciones reales de accesibilidad para todas las personas requiere, además, un conjunto de reglas de procedimiento y de comportamiento de los jueces que hagan factible que se administre justicia, delicada actividad por parte del Estado que requiere mucho más que la aplicación automática de las normas.

Durante mucho tiempo, en el desarrollo de este derecho, se ha puesto el énfasis en garantizar las formalidades del proceso y no en el resultado. Sin embargo, se trata de un derecho de acceso a la justicia, no de acceso a tribunales. En última instancia se trata de dar eficacia a la Constitución General y a los derechos humanos de fuente internacional, de hacer posible que los conflictos sociales se procesen y que sea susceptible de materializar los principios y valores de aquélla, a pesar de las enormes asimetrías entre la población que existen en países como el nuestro, se trata de emparejar la cancha. Para ello necesitamos del debido proceso, pero siempre pensado en garantizar una auténtica justicia.

Esto demanda de acciones decididas por parte del Estado, ya que el reconocimiento de los derechos humanos o de cualquier derecho público subjetivo carece de sentido si no existen los mecanismos para su aplicación efectiva. De tal suerte que el acceso efectivo a la justicia “se puede considerar como el requisito más básico —‘el derecho humano’ más fundamental— en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”.<sup>2</sup>

## II. ACCESO A LA JUSTICIA

### 1. *Definición o marco conceptual*

En sus orígenes, el derecho de acceso a la justicia se entendió como el acceso a un tribunal para la solución de los conflictos donde inicialmente el deber de fundamentación y motivación era inexistente o incluso prohibido, pues la legitimación de la decisión judicial se basaba en el nombramiento del juez y en su imagen pública. Luego, evolucionó a la necesaria fundamentación y motivación de la sentencia, a partir del reconocimiento de la ley como reflejo de la voluntad general y fuente principal del derecho, así como a la lógica impuesta por la construcción del nuevo Estado liberal<sup>3</sup> y a un proceso con las debidas garantías pro-

2 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento Mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, 1996.

3 Malem Seña, Jorge Francisco, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, p. 386. Disponible en: «<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art5.pdf>».



cesales.<sup>4</sup> Posteriormente, se reconoce como un derecho exigible no sólo ante las autoridades jurisdiccionales sino también ante las administrativas que resuelven procedimientos seguidos en forma de juicio.

Actualmente implica que el proceso o el procedimiento administrativo se desenvuelva de manera racional y en condiciones de igualdad, lo que se logra a través del debido proceso, la justicia cautelar, la motivación de la sentencia y, por último, en la necesidad de su ejecución plena. Se trata del Estado que despliega su actividad judicial y responde a través de los jueces y del proceso a las pretensiones que se le formulan, resolviendo acorde al marco jurídico, de manera imparcial y en un plazo razonable mediante una decisión de fondo motivada.<sup>5</sup>

Este derecho ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión.<sup>6</sup>

Es un derecho instrumental y crucial para la defensa de otros derechos, es decir, *constituye la puerta de acceso para el reclamo de los otros derechos humanos*;<sup>7</sup> por lo que comprende tres etapas: a) una previa al juicio a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, lo que incluye los medios preliminares a juicio; b) una judicial, que va desde la presentación de la demanda hasta la última actuación, que corresponde al dictado de la sentencia definitiva y el camino de los recursos, a la que corresponden las garantías del debido proceso incluyendo la justicia cautelar, y c) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas, esto es, con el cumplimiento pleno de la sentencia.<sup>8</sup>

---

4 Bernalés Rojas, Gerardo, "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 25, núm. 3, pp. 277-306. Disponible en: «[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122019000300277](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300277)».

5 Cifuentes Muñoz, Eduardo, "Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Estudios jurisprudenciales, p. 276. Disponible en: «<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50084>».

6 Primera Sala, Amparo en Revisión 352/2012, 10 de octubre de 2012. Tesis de jurisprudencia 2015591, de rubro: "DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN".

7 Ortiz Ahlf, Loretta, "El derecho de acceso a la justicia", en Becerra Ramírez, Manuel, Cruz Barney, Oscar, González Martín, Nuria y Ortiz Ahlf, Loretta (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, p. 408. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/20.pdf>».

8 Primera Sala, Amparo en Revisión 352/2012, 10 de octubre de 2012. Tesis de jurisprudencia 2015591, de rubro: "DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN".

El derecho de acceso a la justicia alcanza no sólo a los procedimientos seguidos ante jueces, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.<sup>9</sup> Es decir, es exigible en todas las materias en que existan procedimientos seguidos en forma de juicio en que se busque la determinación o titularidad de un derecho.<sup>10</sup>

De esta manera, *para la eficacia del derecho del acceso a la justicia, no es suficiente con la mera formulación de las normas jurídicas que aludan a ese derecho, sino que es necesario que las mismas tengan una aplicación razonable y efectividad práctica.*<sup>11</sup> Así, es imprescindible que este derecho opere en condiciones de igualdad y, por ello, es necesario que en su cuyo acceso se evite cualquier clase de discriminación —al ser un derecho puerta de acceso a otros derechos— necesariamente se encuentra vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos.<sup>12</sup> Más aún, resulta sumamente importante que este derecho opere en condiciones de igualdad sustantiva y no sólo en igualdad formal, por lo que en la instrucción y resolución deben tomarse en consideración situaciones que puedan provocar un estado de asimetría entre las partes, para lo cual son no sólo útiles, sino indispensables herramientas como la perspectiva de género, la inversión de la carga de la prueba o, incluso, la suplencia de la queja, herramientas útiles que acortan la brecha entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva.

Máxime, que la distancia de los ciudadanos en relación con la administración de justicia aumenta mientras más bajo sea el estrato social al que pertenecen o las situaciones de vulnerabilidad por factores económicos, sociales y culturales, origen étnico, discapacidad y el género, pero todos relacionados de manera alguna con las desigualdades económicas. Así, ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y, en consecuencia, a tener más dificultades para reconocer que un problema que los afecta es un problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de arreglo jurídico. Los datos muestran que los individuos con los menores ingresos dudan mucho más que los otros en recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal.<sup>13</sup>

En el mismo sentido, para que el derecho de acceso a la justicia opere en condiciones de igualdad sustantiva respecto de las personas que integran pueblos y

---

9 *Idem.*

10 Bernaldes Rojas, Gerardo, *op. cit.*, pp. 277-306.

11 Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, p. 406.

12 *Ibidem*, p. 408.

13 Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 204 y 205. Ortiz Ahlf, Loretta *op. cit.*, p. 408.

comunidades indígenas o afroamericanas, deben considerarse sus costumbres y especificidades culturales.<sup>14</sup> Incluso, pudiendo conceptualizar el derecho de acceso a la justicia en concreto respecto de las mujeres indígenas *no sólo como accesibilidad a los tribunales, sino como la obtención de una respuesta completa del sistema de justicia que remueva los obstáculos estructurales que impiden la justicia y tome en serio la diferencia cultural, la naturaleza comunitaria de los derechos de los pueblos originarios, comunidades e individuos que los integran y, de manera especial, los de las mujeres indígenas.*<sup>15</sup>

También las acciones colectivas se erigen como un medio para facilitar el acceso a la justicia al ser procedente para la tutela de pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.<sup>16</sup>

Asimismo, los medios alternativos de solución de controversias se erigen como una forma para acceder a la justicia de manera no jurisdiccional, a partir del supuesto de que, si bien los tribunales deben estar expeditos para administrar justicia, de manera previa o paralela, el Estado debe habilitar mecanismos alternativos, como el arbitraje, que implica el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que ameritan protección judicial, a la par que la mediación y la conciliación.<sup>17</sup> Así, el derecho de acceso *efectivo* a la justicia comprende también el derecho de acceso a los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente.<sup>18</sup> Esto, pues

- 
- 14 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5465/2014. Tesis aislada 2018751, de rubro: “PERSONAS, PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. LA PROTECCIÓN QUE EXIGE EL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE DISTINTOS SISTEMAS NORMATIVOS CONFORMADOS POR DISPOSICIONES JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES Y USOS Y COSTUMBRES DE AQUELLOS”. Tesis aislada 2018750, de rubro: “PERSONAS, PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EXIGENCIAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA PENAL DESDE UNA PERSPECTIVA INTERCULTURAL”.
  - 15 Monroy Gómez, Pablo V., “El acceso de las mujeres indígenas a la justicia: ¿Un nuevo derecho humano?”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 127.
  - 16 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5745/2017, 20 de junio de 2018.
  - 17 Primera Sala, Amparo Directo 71/2014, 18 de mayo de 2016. Tesis aislada 2014010, de rubro: “ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008”.
  - 18 Primera Sala, Amparo en Revisión 352/2012, 10 de octubre de 2012. Tesis de Jurisprudencia 2015591, de rubro: “DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN”.

el acceso a la justicia comprende también el derecho a plantear la demanda ante el juez arbitral, en el evento en que válidamente se hubiese determinado esta vía para resolver asuntos que puedan entrar en su competencia.<sup>19</sup>

Finalmente, la eficacia del derecho de acceso a la justicia implica también que los recursos sean efectivos, y no podrán considerarse como tales aquellos que, por las condiciones generales del país o por otras circunstancias, resulten ilusorios. Por ejemplo, si su inutilidad fue demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial no tiene la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones, por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia —como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión— o cuando, por cualquier causa no se permita el acceso al recurso judicial.<sup>20</sup>

Retomando las líneas anteriores, se define el acceso a la justicia efectiva, como aquel derecho que *es planeado para servir a la gente común, tanto actores como demandados, debe caracterizarse por ser barato, tener poco papeleo y ser rápido, con jueces activos que empleen expertos legales y técnicos. Debe tener además la capacidad de resolver disputas que incluyan relaciones complejas y continuas. Estas características ofrecen las posibilidades de atraer a la gente y capacitarla para hacer valer sus derechos eficazmente contra sus adversarios más experimentados y poderosos.*<sup>21</sup>

## 2. Estudio práctico de las aplicaciones del derecho de acceso a la justicia

En esta sección se aborda la aplicación de los principios de justicia gratuita, pronta, imparcial y completa, que se consagran en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los cuales son de observancia obligatoria para las autoridades judiciales y administrativas que imparten justicia.

El derecho de acceso a la justicia se encuentra previsto por el artículo 17 de la Constitución General, que lo reconoce expresamente desde 1987, y que a su vez, establece varios principios y reglas: 1) la prohibición de autotutela; 2) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; 3) la gratuidad en el acceso a la justicia y la abolición de costas judiciales; 4) la independencia judicial; 5) la solución efectiva del conflicto; 6) las acciones colectivas; 7) la existencia de medios alternativos de solución de conflictos, y 8) la prohibición de la prisión por deudas del orden civil.

---

19 Cifuentes Muñoz, Eduardo, *op. cit.*, p. 282.

20 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México* México, CNDH, UNAM, 2004, p. 276.

21 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *op. cit.*, p. 61.

También encuentra cabida en el artículo 2, Apartado A, fracción VIII,<sup>22</sup> en relación con el acceso a la jurisdicción estatal por parte de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, 14,<sup>23</sup> y 16<sup>24</sup> de la Constitución General, así como el 20, apartados B y C,<sup>25</sup> en relación con el proceso penal.

- 
- 22 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 2. [...] Apartado A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...] fracción VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
- 23 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.
- 24 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo. [...]
- 25 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 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; III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada; IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley; V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y

---

menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra; VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante el juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa; VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. C. De los derechos de la víctima o del ofendido: I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa; III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos,

Sin embargo, en el contexto interamericano, a pesar de su relevancia, no tiene reconocimiento expreso dentro de los catálogos de derechos fundamentales, sino que ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que lo ha ido definiendo y reconociendo como un derecho humano independiente del debido proceso<sup>26</sup> a partir de lo previsto en los artículos 8<sup>27</sup> y 25<sup>28</sup> en relación con el artículo 1.1<sup>29</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

y VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

26 Bernales Rojas, Gerardo, “*op. cit.*”, pp. 277-306.

27 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 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: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

28 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

## A. Justicia gratuita

Como bien se mencionó, la Corte Interamericana ha ido definiendo la aplicación del derecho de acceso a la justicia y, en lo que respecta a la gratuidad en el acceso, definió que cualquier norma o medida nacional que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de las personas a los tribunales, que *no esté justificada por las razonables necesidades* de administración de justicia, es contraria al artículo 8.1 de la Convención; y que las limitaciones discrecionales que el Estado imponga a este derecho deben corresponder entre el medio empleado y el fin perseguido, sin suponer la negación misma.<sup>30</sup>

También la doctrina ha desarrollado una línea similar, al sostener que: a) es inadmisibles que requisitos de orden procesal debiliten el derecho de acceso a la justicia, pues en lugar de ser un cauce racional para el acceso a la tutela judicial, se vuelven en serios obstáculos; b) esos requisitos deben estar previstos en una norma con rango legal; c) esas normas deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales; d) no puede declararse la inadmisibilidad de una pretensión por defecto procesal si este puede subsanarse y no se dio la oportunidad de hacerlo, e) que exista una norma para la revisión de las sentencias basada en la “violación de una norma constitucional” o de “derechos fundamentales”.<sup>31</sup>

## B. Medidas que podrían dificultar el acceso a la justicia

Uno de los elementos integrales del acceso a la justicia es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual implica al menos tres factores: 1) que el acceso a la jurisdicción sea “dentro de los plazos y términos que fijen las leyes”; 2) que deba ser “de manera expedita” y, 3) que deba garantizar “tribunales independientes e imparciales”. En esa línea, la Primera Sala de la Corte ha puntualizado que, si bien el órgano legislativo puede establecer válidamente las condiciones para el acceso a los tribunales, esto es siempre y cuando tengan fundamento en la ley y cumplan con criterios de proporcionalidad.<sup>32</sup>

---

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

30 Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190 y Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrafo 50.

31 Marabotto Lugaro, Jorge A, *op. cit.*, pp. 298-299.

32 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6152/2019, 24 de marzo de 2021. Tesis aislada 2023455, de rubro: “DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA. PARA RESPE-



Así, la Suprema Corte ha resuelto diversos asuntos y fijado algunos criterios sobre medidas que presuntamente dificultan el derecho de acceso a la justicia que asiste a todas las personas. Justificó que medidas como la exigencia de exhibir un billete de depósito para dar trámite a una recusación busca evitar dilaciones injustificadas del procedimiento, lo cual conlleva la protección de otros derechos fundamentales como son los de justicia expedita e imparcial, precisando que el derecho de acceso a la justicia no tiene el alcance de soslayar los presupuestos procesales necesarios para la procedencia de las vías jurisdiccionales que los gobernados tengan a su alcance, pues se dejarían de observar los demás principios constitucionales y legales que rigen la función jurisdiccional, vulnerando la seguridad jurídica.<sup>33</sup>

Por ello, para el debido ejercicio del derecho de acceso a la justicia y el cumplimiento del correlativo deber estatal de impartirla, es necesario que la persona que acceda a la jurisdicción se ajuste a los plazos y términos que fija la ley, como lo es el cumplir las cargas procesales para dar impulso efectivo al proceso y que éste llegue a su término y cumpla su finalidad,<sup>34</sup> o también que se presente el litigio en la vía correcta,<sup>35</sup> pues la vía es un presupuesto procesal y condición de validez del proceso que da efectividad a los derechos sustantivos de las personas y, en particular, a la seguridad jurídica.<sup>36</sup>

---

TARLO, CUANDO SE ALEGA LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA PROPIA IMAGEN A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS, NO ES POSIBLE CONDICIONAR LA PROCEDENCIA DE DICHA ACCIÓN A LA DECLARACIÓN PREVIA POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA”.

- 33 Pleno, Contradicción de Tesis 568/2019, 20 de agosto de 2020. Tesis de jurisprudencia 2022222, de rubro: “RECUSACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. LA GARANTÍA EXIGIDA PARA SU TRÁMITE EN EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE LA MATERIA ES ACORDE CON EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL”.
- 34 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 457/2014, 30 de abril de 2014. Tesis aislada 2007234, de rubro: “CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. EL ARTÍCULO 373, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA JUSTICIA COMPLETA”.
- 35 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5934/2019, 29 de septiembre de 2021. Tesis de Jurisprudencia 2023791, de rubro: “PRINCIPIO DE PRIVILEGIO DEL FONDO SOBRE LA FORMA. LA TRAMITACIÓN DE UN JUICIO EN LA VÍA INCORRECTA NO ES UN MERO FORMALISMO QUE PUEDA OBIARSE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17, PÁRRAFO TERCERO, CONSTITUCIONAL)”.
- 36 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6152/2019, 24 de marzo de 2021. Tesis 2023455, de rubro: “DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA. PARA RESPETARLO, CUANDO SE ALEGA LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA PROPIA IMAGEN A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN CIVIL POR DAÑOS Y PERJUICIOS, NO ES POSIBLE CONDICIONAR LA PROCEDENCIA DE DICHA ACCIÓN A LA DECLARACIÓN PREVIA

Otra medida que la Primera Sala de la Corte analizó fue la obligación del oferente de una prueba pericial —en la legislación procesal de Tabasco— a cubrir única e íntegramente los honorarios del perito nombrado por el juez para auxiliarlo, bajo la pena de que, en caso de incumplir, se le tendría por desistido de la prueba. La Primera Sala determinó que dicha medida arrojaba una carga económica extraordinaria en perjuicio de una de las partes —la oferente— lo que dificultaba su acceso pleno a la administración de justicia expedita y gratuita; además, no había una distribución proporcional hacia las partes para el debido desahogo de la prueba pericial.<sup>37</sup>

En sentido similar, la Primera Sala estudió la constitucionalidad de la multa que se impone —en la legislación procesal del Estado de México— por la interposición de un recurso de queja que resulte infundado, y determinó que es un impedimento legal para acceder a la justicia, que desalienta e inhibe su promoción y condiciona de manera injustificada el acceso a ésta. Concluyó que el establecimiento de una multa en atención al sentido en que se resuelva en lo material el recurso es una traba innecesaria para los gobernados que acceden a los tribunales a plantear una pretensión de inconformidad, lo cual restringe indebidamente el derecho fundamental de pedir justicia.<sup>38</sup>

Al analizar el pago que debe realizar el quejoso para publicar los edictos para emplazar al tercero interesado y continuar el juicio de amparo, la Corte definió que el juzgador de amparo debe ponderar las particularidades del caso para que, si el quejoso manifiesta su imposibilidad para cubrir el costo de los edictos, y tanto de su afirmación como de los elementos que consten en autos existen indicios suficientes para demostrar que no tiene la capacidad económica para sufragarlos, entonces pueda determinarse que el Consejo de la Judicatura Federal, a su costa, los publique para emplazar al tercero perjudicado.<sup>39</sup> Sin embargo, precisó que

---

POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA”.

37 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1621/2011, 23 de noviembre de 2011. Tesis aislada 2000135, de rubro: “PRUEBA PERICIAL. EL ARTÍCULO 286 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TABASCO, QUE ESTABLECE QUE LOS HONORARIOS DEL PERITO NOMBRADO POR EL JUZGADOR DEBERÁN SER CUBIERTOS POR EL OFERENTE, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

38 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2346/2012, 9 de enero de 2013. Tesis aislada 2002945, de rubro: “ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL. EL ARTÍCULO 1.399 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO, AL PREVER LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA SI EL RECURSO DE QUEJA ES INFUNDADO, VIOLA DICHO DERECHO FUNDAMENTAL”.

39 Pleno, Contradicción de Tesis 492/2013, 24 de febrero de 2015. Tesis de jurisprudencia 2009914, de rubro: “EMPLAZAMIENTO AL TERCERO PERJUDICADO. EL JUZGADOR

manifestaciones o elementos sobre su falta de capacidad económica, subsiste esa carga procesal, lo que no transgrede el derecho de gratuidad en la administración de justicia ni la prohibición de costas judiciales, en tanto que no constituye una costa judicial de las prohibidas por el artículo 17 de la Constitución General, ya que el acto de publicación en los indicados medios de difusión masiva no implica una actuación judicial, sino sólo un acto material por el cual una entidad ajena al tribunal da publicidad a una determinación judicial con el objetivo de cumplir con una formalidad para continuar con el trámite del juicio de amparo.<sup>40</sup>

La Segunda Sala determinó también que el desechamiento de la apelación si el apelante no comparece a manifestar su voluntad de continuarlo vulnera el derecho de acceso a la justicia pues es un presupuesto procesal excesivo y carente de razonabilidad respecto del fin pretendido.<sup>41</sup>

Al analizar la constitucionalidad una disposición estatal que condena a costas por la promoción de un recurso que resultó improcedente, la Primera Sala determinó que no viola el derecho de acceso a la justicia, pues no impide acudir a ejercer algún derecho ante los tribunales; más bien, garantiza que las personas que se ven forzadas a acudir a un tribunal para exigir sus derechos sean resarcidas por los costos que implica todo el litigio.<sup>42</sup>

Ahora, en defensa de intereses colectivos, traemos a colación la aplicación del derecho de acceso a la justicia en una variación: el derecho de acceso a la justicia

---

NO ESTÁ OBLIGADO A IMPONER MEDIDAS DE APREMIO AL QUEJOSO POR INCUMPLIR LA CARGA PROCESAL DE REALIZAR LAS GESTIONES NECESARIAS PARA LA PUBLICACIÓN DE LOS EDICTOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 30, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013”.

- 40 Pleno, Contradicción de Tesis 492/2013, 24 de febrero de 2015. Tesis de jurisprudencia 2009914, de rubro: “EMPLAZAMIENTO AL TERCERO PERJUDICADO. EL JUZGADOR NO ESTÁ OBLIGADO A IMPONER MEDIDAS DE APREMIO AL QUEJOSO POR INCUMPLIR LA CARGA PROCESAL DE REALIZAR LAS GESTIONES NECESARIAS PARA LA PUBLICACIÓN DE LOS EDICTOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 30, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013”.
- 41 Segunda Sala, Contradicción de Tesis 332/2012, 10 de octubre de 2012. Tesis de jurisprudencia 2003228, de rubro: “APELACIÓN. LOS ARTÍCULOS 529 Y 532, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TLAXCALA, AL CONDICIONAR SU PROCEDENCIA A LA COMPARECENCIA DEL APELANTE ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PARA MANIFESTAR SU VOLUNTAD DE CONTINUAR CON EL RECURSO, VIOLAN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA”.
- 42 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6467/2018, 21 de octubre de 2020. Tesis aislada 2022507, de rubro: “COSTAS. EL ARTÍCULO 159, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, AL SEGUIR UN SISTEMA DE CRITERIOS OBJETIVOS PARA SU CONDENA, NO VULNERA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA”.

de los consumidores. La Primera Sala puntualizó que tiene especial relevancia por las dificultades que tiene este colectivo para ejercerlo derivado de su posición de vulnerabilidad. Apuntó que esta vulnerabilidad se debe a que carecen de suficiente organización, información y capacidad de negociación frente a los proveedores de bienes y servicios. Por ello, destacó que es fundamental que las normas que regulan la defensa de los consumidores sean comprendidas y aplicadas a la luz del derecho al acceso a la justicia, con el propósito de lograr una tutela efectiva de sus intereses y derechos. También precisó que el derecho al acceso a la justicia de los consumidores puede verse afectado por normas que impongan requisitos arbitrarios, impeditivos u obstaculizadores del acceso a la justicia, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas o carentes de razonabilidad o proporcionalidad, respecto de otros fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Por ello, el efectivo acceso a la justicia por parte de los consumidores es posible sólo si no existen impedimentos jurídicos o fácticos carentes de racionalidad, proporcionalidad o que resulten discriminatorios.<sup>43</sup>

En ese sentido, es fundamental que los requisitos del análisis previo que dispone la ley federal relativa para la procedencia de la acción se interpreten a la luz del derecho de acceso a la justicia de los consumidores. Desde esta perspectiva, para la procedencia de la acción de grupo basta con que se cubra alguno de los tres requisitos previstos por el precepto: gravedad, número de reclamaciones, o afectación general a los consumidores; esto es, en el entendido de que no es necesario colmar los tres de manera conjunta. Así, una de estas circunstancias es suficiente para justificar el actuar de la Procuraduría ante órganos jurisdiccionales en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, pues lo importante es que quede demostrado que la Profeco ha realizado una evaluación del caso y que exista un razonamiento expreso encaminado a corroborar que se satisface alguno de los requisitos exigidos por la ley.<sup>44</sup>

### C. Justicia pronta

Acorde a la doctrina, sólo a través de la justicia pronta se satisfacen los derechos, intereses y expectativa legítimas de quienes acuden a la jurisdicción. Pues

---

43 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6221/2015, 22 de febrero de 2017. Tesis aislada 2015234, de rubro: “DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA. SU RELEVANCIA TRATÁNDOSE DE CONSUMIDORES”.

44 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6221/2015, 22 de febrero de 2017. Tesis aislada 2015238, de rubro: “PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO, PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 24 Y 26 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE AL 28 DE FEBRERO DE 2012”.

la teoría y la práctica del acceso a la justicia quedan oscurecidas cuando entra en escena la máxima “justicia retrasada es justicia denegada”.<sup>45</sup> Esto implica una obligación judicial de observar con diligencia los términos impuestos, como para la persona implica el derecho fundamental a que el proceso se desenvuelva razonablemente dentro de los términos previstos, pues las únicas dilaciones que tolera el orden constitucional son las dilaciones justificadas.<sup>46</sup>

Así, la Corte Interamericana ha sostenido también que el derecho de acceso a la justicia para ser efectivo requiere que se determinen los hechos investigados y las correspondientes responsabilidades penales *en tiempo razonable*, por lo que además de fijar los parámetros para analizar si el tiempo empleado es tal, precisó que una demora prolongada puede constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales.<sup>47</sup> Este plazo razonable debe aplicarse también en el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.<sup>48</sup>

En esa línea se erigen los juicios orales, que según la Primera Sala tienen como fin el respeto de una administración de justicia pronta y expedita, pues éstos tienen por objeto hacer un procedimiento más ágil y eficiente, imprimiéndole celeridad al proceso judicial correspondiente, y encaminada a fomentar la economía procesal y la eficacia de la rama judicial.<sup>49</sup>

Debe destacarse también la justicia digital como una herramienta en la que converge la exigencia de justicia pronta y gratuita. La SCJN y el CJF han hecho posible promover juicios en forma digital desde cualquier dispositivo móvil, consultar expedientes electrónicos, notificarse, celebrar audiencias, comparecer, y recibir notificaciones de forma electrónica evita los traslados de las personas, simplifica los trámites, reduce costos de operación, consumo de papel y disminuye los tiempos de atención y resolución al interior de la justicia federal. Fomenta

---

45 García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, p. 134. Disponible en: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9298>».

46 Cifuentes Muñoz, Eduardo, *op. cit.*, p. 309.

47 Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párrafo 139.

48 Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párrafo 131.

49 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3233/2014, 4 de febrero de 2015. Tesis aislada 2011234, de rubro: “JUICIO ORAL MERCANTIL. EL ARTÍCULO 1390 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE NO PREVÉ EL DERECHO A UNA SEGUNDA INSTANCIA, ES CONSTITUCIONAL”.

una justicia moderna, ágil y cercana a la gente, transita con éxito al modelo de E-Justicia<sup>50</sup>.

#### D. Justicia imparcial

El derecho de acceso a la justicia necesariamente implica que el conflicto presentado sea resuelto por un tribunal o autoridad imparcial. Sin embargo, se ha planteado ante la Suprema Corte si esta imparcialidad se pierde cuando en el caso de los asuntos competencia de los Tribunales Colegiados —al ser rechazado un proyecto en sesión pública— se aprueba el engrose con posterioridad sin que, por disposición legal, exista una nueva sesión de por medio. Al respecto, la Primera Sala puntualizó que la apertura y transparencia que buscan las sesiones públicas debe ser compatible con la exigencia de impartición de justicia pronta, completa e imparcial de los tribunales, y que pretender que cada versión de resolución de un asunto se discuta de manera pública —por cuestión de transparencia— resultaría contraproducente para la impartición de justicia, al generar un trámite excesivo que saturaría las labores del Tribunal Colegiado e impediría la resolución pronta de los asuntos.<sup>51</sup>

#### E. Justicia completa

El derecho de acceso a la justicia incluye el *deber de motivación*, que es considerado una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso del imputado, y también los derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad de los familiares, en relación con el artículo 25 de la Convención.<sup>52</sup>

En sede interamericana, también precisó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia, sino que se

---

50 Segundo informe Ministro Presidente Arturo Zaldívar. Informe Ejecutivo Poder Judicial de la Federación 2020, 3. Consolidando la Justicia Digital, p. 23 y 24.

51 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3259/2014, 8 de octubre de 2014. Tesis aislada 2007994, de rubro: “SESIONES PÚBLICAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. LA APERTURA Y TRANSPARENCIA QUE SE BUSCA A TRAVÉS DE ÉSTAS DEBE SER COMPATIBLE CON LA EXIGENCIA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PRONTA, COMPLETA E IMPARCIAL (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 184, 185, 186 Y 187 DE LA LEY DE AMPARO)”.

52 Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párrafo 133.

requiere, además, que el Estado consagre normativamente recursos para ejecutar esas decisiones definitivas y garantice la efectividad de esos medios;<sup>53</sup> esto, pues la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, de modo que ésta se establece como un componente fundamental de la protección efectiva de los derechos declarados o reconocidos.<sup>54</sup>

También, el Alto Tribunal mexicano a través de su Segunda Sala ha dejado claro que el principio de justicia completa incluye el *derecho a que las sentencias dictadas se ejecuten* plena y cabalmente, pues no existiría completitud en el fallo pronunciado si éste no se ejecuta y materializa en los hechos, tal y como lo determinó previamente el órgano jurisdiccional correspondiente.<sup>55</sup> Así, el derecho a la ejecución de sentencias permite que la justicia administrada sea una realidad y evita que las sentencias sean ilusorias o terminen por negar el derecho que se había reconocido.<sup>56</sup> Esos postulados de la jurisprudencia mexicana acatan lo sostenido por la doctrina, pues el derecho a la justicia no se agota con la sentencia, sino que la parte que vio satisfecha su pretensión tiene el derecho a utilizar todos los mecanismos tendentes a lograr el efectivo cumplimiento del fallo, siempre que sea posible.<sup>57</sup>

## F. Solución efectiva del conflicto

El artículo 17 de la Constitución General que tutela el derecho de acceso a la justicia —como se apuntó— impone a todas las autoridades judiciales y aquellas con atribuciones materialmente jurisdiccionales del país el *privilegiar la resolución de fondo* de los conflictos sometidos a su potestad sobre los formalismos procedimentales, siempre y cuando no se afecte la igualdad entre las partes. Para el cumplimiento de esta obligación, es criterio de la Segunda Sala de la Corte que es innecesario que las normas que rigen sus procedimientos lo establezcan expre-

---

53 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, y Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párrafo 79.

54 Casos Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Furlan y Familiares Vs. Argentina, y del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador.

55 Segunda Sala, Amparo en revisión 1047/2018, 20 de febrero de 2019. Tesis aislada 2019663, de rubro: “DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA COMPLETA RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS”.

56 Primera Sala, Amparo en revisión 882/2016, 3 de mayo de 2017. Tesis aislada 2018637, de rubro: “DERECHO A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS, COMO PARTE DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA”.

57 Cifuentes Muñoz, Eduardo, *op. cit.*, p. 276.

samente, pues el Constituyente permanente quiso que la adición de este principio permeara todo el sistema de justicia nacional para que todas las autoridades judiciales y con atribuciones materialmente jurisdiccionales del país se vean sometidas a su imperio y no opten por la resolución más sencilla o rápida, sino por el estudio que clausure efectivamente la controversia y la aplicación del derecho sustancial.<sup>58</sup>

### III. DEBIDO PROCESO

#### 1. *Definición o marco conceptual*

El debido proceso se refiere al conjunto de garantías que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Cualquier actuación de los órganos estatales —con funciones materialmente jurisdiccionales— dentro de un proceso o procedimiento, sea administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, por lo que se aplica a los órdenes penal, civil, laboral o administrativo. En suma, implica que *un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*.<sup>59</sup>

El debido proceso implica dos cuestiones fundamentales: i) El derecho humano a contar con las garantías necesarias para la protección de todos los derechos humanos, y ii) El establecimiento de un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que ampare a la persona contra violaciones a tales derechos. Estas garantías adquieren sentido al existir un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado y evitan la arbitrariedad de este último<sup>60</sup>

---

58 Segunda Sala, Amparo en revisión 53/2021, 30 de junio de 2021. Tesis de jurisprudencia 2023741, de rubro: “DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA (PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO). A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 17, TERCER PÁRRAFO CONSTITUCIONAL, TODAS LAS AUTORIDADES JUDICIALES Y AQUELLAS CON FUNCIONES MATERIALMENTE JURISDICCIONALES DEBEN PRIVILEGIAR LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOBRE LOS FORMALISMOS PROCEDIMENTALES, SIEMPRE Y CUANDO NO SE AFECTE LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES (DOF DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017)”.

59 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 121; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párr. 117, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 146.

60 Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 1296. Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>».



Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional o un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio. Así, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las formalidades esenciales del procedimiento, que se identifican de la siguiente manera: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Así, en cualquier actuación de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo o jurisdiccional, se debe respetar el debido proceso legal.<sup>61</sup> Y no sólo eso, las exigencias del debido proceso se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial, por lo que, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales, asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradicción.<sup>62</sup>

En particular sobre los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones, la Suprema Corte en su Segunda Sala ha reiterado que debe respetarse el derecho de audiencia con independencia de la denominación o finalidad que tengan en ley, por lo que las personas afectadas deben tener oportunidad de comparecer para rendir pruebas y alegar en su favor en un plazo razonable, a fin de no quedar en estado de indefensión; a pesar de que la norma correspondiente no aluda expresamente a las etapas que integran el debido proceso.<sup>63</sup>

En la doctrina se ha explicado el desarrollo del concepto de debido proceso en tres grandes líneas: a) el debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal (es decir, que el debido proceso se encuentra previsto en normas que sólo pueden ser establecidas mediante ley formal emanada del Poder Legislativo, así como el derecho a la existencia y disponibilidad de un proceso legal); b) el debido proceso constitucional

---

61 Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párrafo 209.

62 Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párrafo 174.

63 Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 317/2018 y Amparo Directo en Revisión 5693/2017. 22 de marzo de 2018 y 18 de abril de 2018. Tesis aislada 2017022, de rubro: “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES. CON INDEPENDENCIA DE SU DENOMINACIÓN EN SU TRAMITACIÓN DEBE RESPETARSE EL DERECHO DE AUDIENCIA PREVIA”.

o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal, y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, los principios, y los valores del derecho en la Constitución.<sup>64</sup>

## A. Dimensión procedimental y dimensión sustantiva

El debido proceso adjetivo o procesal implica que el gobierno debe seguir los procedimientos adecuados cuando priva de la vida, la libertad, la propiedad o derechos de cualquier persona. Esta dimensión comprende el núcleo duro al que hicimos referencia con anterioridad, esto es, los elementos mínimos que resultan imprescindibles para que el proceso sea justo.

Y que, a su vez, según lo fijado por el Alto Tribunal en su Segunda Sala, puede observarse a partir de dos perspectivas: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso deben aplicarse las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia.<sup>65</sup>

Por otro lado, el debido proceso sustantivo, creación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, se cuestiona si la privación a la vida, la libertad o propiedad de una persona por parte del Estado, descansa en una justificación suficiente. Esta dimensión ha sido desarrollada en tres grados de escrutinio: 1) El de razonabilidad, en el que la norma se presume constitucional y exige que exista una relación razonable entre ella y el objetivo que persigue, 2) el intermedio se aplica a las regulaciones de aquellos derechos que no son preferidos, sino “importantes”. Se presume la inconstitucionalidad de la regulación, y el Estado debe probar que la regulación apunta a un objetivo gubernamental importante,

---

64 García Leal, Laura, “El debido proceso y la tutela judicial efectiva”, en *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Maracaibo, Venezuela, vol.10, núm. 3, diciembre de 2003, p. 111. Disponible en: «[http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682003000300005&script=sci\\_abstract](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682003000300005&script=sci_abstract)».

65 Segunda Sala, Amparo en Revisión 42/2013, 25 de septiembre de 2013. Tesis aislada 2005401, de rubro: “DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”.

debiendo existir una adecuación entre los medios y los fines, y 3) el estricto, parte de la presunción de inconstitucionalidad de la regulación de un derecho o libertad considerado “preferidos”. El Estado debe probar que la finalidad de la regulación es la promoción de un interés estatal imperioso y que ella es acorde a la consecución de éste.

## 2. *Estudio práctico de las aplicaciones del derecho al debido proceso*

El segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho al debido proceso legal, el cual rige en todo procedimiento. Sin embargo, la aproximación jurisprudencial en nuestro país estuvo en buena medida condicionada por el texto del artículo 14 constitucional, que refiere a las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que el desarrollo de su contenido era estrictamente procedimental y ni siquiera se manejaba el término debido proceso, el cual fue incorporándose tímidamente a partir de 1995 en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación*; aunque en realidad era poco común que las violaciones al debido proceso se tomaran en cuenta o tuvieren alguna inferencia en el procedimiento. Es hasta el caso *Florence Cassez*<sup>66</sup> que este derecho cobra carta de naturalización y, partiendo de la materia penal, logró incorporar plenamente a nuestra cultura constitucional el concepto de “debido proceso”.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 14.1 el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley. En su artículo 2.3 a) el derecho a un recurso efectivo ante un Tribunal superior y en el artículo 14.4 el derecho a revisar el fallo condenatorio. En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace lo propio en su artículo 8, sobre garantías judiciales.

El debido proceso presupone el acceso a la justicia, pero involucra además una serie de derechos sustantivos, formales y cualitativos que permean a todas las áreas del derecho. A su vez, el debido proceso es condición para un efectivo acceso material a la justicia, esto es, no sólo la posibilidad de acceder formalmente a órganos estatales, —sean o no materialmente jurisdiccionales— para hacer valer todo tipo de derechos, sino para obtener una decisión fundada y motivada y contiene las dimensiones que expondremos a continuación.

Estos derechos y garantías que integran el debido proceso son un sistema dinámico y en constante formación, pues es un derecho sujeto a proceso de evolución

---

66 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 517/2011, 23 de enero de 2013.

que no ha concluido.<sup>67</sup> Constituyen piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen; no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.<sup>68</sup> A continuación, se explicarán algunos de estos derechos y garantías, pues el debido proceso tiene progresión histórica: nuevos requerimientos agregan nuevos elementos que pasan a integrarse en aquel concepto.<sup>69</sup>

## A. Emplazamiento

En un contexto general, el procedimiento no puede continuar hasta que la persona que debe intervenir en el mismo tenga conocimiento de que se ha iniciado un proceso y las implicaciones que éste podría tener. Así, el emplazamiento o llamamiento a juicio es fundamental en el debido proceso para poder ejercer una defensa adecuada. La garantía del debido proceso se encuentra satisfecha cuando el individuo ha sido notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y cuando se le ha dado la oportunidad de ser oído y de probar, de algún modo, los hechos que creyere conducentes a su descargo.<sup>70</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte ha definido que el emplazamiento es el acto procedimental por el cual las autoridades jurisdiccionales cumplen en un proceso o, en un procedimiento seguido en forma de juicio, con los derechos de audiencia y al debido proceso reconocidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que todos los requisitos y las formalidades establecidos en la legislación para su realización deben acatarse en su literalidad, porque son de aplicación estricta, a fin de cumplir con el mandato constitucional de impartir justicia conforme a las leyes del procedimiento, de

---

67 Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, p. 408.

68 López Olvera, Miguel Alejandro, “El Debido proceso en el siglo XXI”, en *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Serie Doctrina Jurídica, núm. 748, p. 320. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/18.pdf>».

69 García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, p. 669. Disponible en: «[https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332006000300002](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300002)».

70 López Olvera, Miguel Alejandro, *op. cit.*, p. 320.

acuerdo con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 17 de la Constitución General.<sup>71</sup>

Este elemento, sostiene la Primera Sala, es parte fundamental del debido proceso pues constituye el acto procesal de mayor entidad en todo proceso judicial para que exista certidumbre de que el demandado ha adquirido pleno conocimiento de la instauración de un proceso judicial en su contra, el lugar donde se le ha demandado, el Juez que conoce de la causa y el contenido de la demanda,<sup>72</sup> para que quede en aptitud de poder ejercer su derecho de defensa.

Por ello, la Primera Sala resolvió, en una contradicción de tesis, que si el actuario no certifica que entregó las copias de traslado debidamente selladas y cotejadas con su original, el emplazamiento se torna ilegal, pues las copias simples no cumplen a cabalidad la formalidad establecida para el emplazamiento, al no permitir que se conozcan con fidelidad los términos, las pretensiones y los hechos en que se basa la demanda.<sup>73</sup>

## B. Derecho a un juez natural

Parte importante del debido proceso es el derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley competente, también conocido como derecho a un “juez natural”. Implica que el tribunal esté establecido previamente por la ley y dotado de competencia para resolver los asuntos de su conocimiento sin influencia o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier persona o sector o por cualquier motivo. *Es la garantía mínima que debe reportar un proceso para que sea legal y justo.*<sup>74</sup>

Para ello, debe cumplir los elementos de competencia, independencia, imparcialidad y haber sido establecido con anterioridad a la ley. Competente al haberle

---

71 Primera Sala, Contradicción de tesis 118/2017, 7 de marzo de 2018. Tesis aislada 2022356, de rubro: “EMPLAZAMIENTO. LA OMISIÓN DEL ACTUARIO DE CERTIFICAR LA ENTREGA DE LAS COPIAS DE TRASLADO COMPLETAS, LEGIBLES Y DEBIDAMENTE COTEJADAS CON SU ORIGINAL, OCASIONA LA ILEGALIDAD DE DICHA DILIGENCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ)”.

72 Primera Sala, Contradicción de tesis 146/2017, 21 de febrero de 2018. Tesis de Jurisprudencia 2017895, de rubro: “EMPLAZAMIENTO A JUICIO ORAL MERCANTIL. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “SIGNOS EXTERIORES DEL INMUEBLE” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1390 BIS 15 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”.

73 Primera Sala, Contradicción de tesis 118/2017, 7 de marzo de 2018. Tesis aislada 2017535, de rubro: “EMPLAZAMIENTO. LA OMISIÓN DEL ACTUARIO DE CERTIFICAR LA ENTREGA DE LAS COPIAS DE TRASLADO COMPLETAS, LEGIBLES Y DEBIDAMENTE COTEJADAS CON SU ORIGINAL, OCASIONA LA ILEGALIDAD DE DICHA DILIGENCIA”.

74 Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 1316.

sido otorgada su jurisdicción por ley, imparcial pues la autoridad juzgadora se erige como un tercero neutral entre las partes procesales que brinda la seguridad de que decidirá el proceso con objetividad y el tribunal debe haber designado previamente al hecho que se investiga.<sup>75</sup> Un juez independiente es aquel que ejerce sus funciones y adopta sus decisiones sin estar sometido a influencias, presiones ni instrucciones externas provenientes de otros poderes del Estado, de sus superiores jerárquicos, otros jueces o los ciudadanos.<sup>76</sup>

La Corte Interamericana ha establecido que la garantía de independencia judicial es uno de los principales objetivos de la separación de los poderes públicos, por lo que es fundamental que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional debido a la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Y reiteró lo señalado por la Corte Europea, al indicar que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas. Toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.<sup>77</sup>

Aunado a ello, para mantener la imparcialidad es indispensable que la ley prevea un sistema con causales por las cuales el juez se impida de resolver, ya sea por razones de parentesco, interés, amistad o enemistad o alguna otra análoga, así como establecer prohibiciones de expresar sus opiniones en relación con los juicios.<sup>78</sup>

La Suprema Corte Mexicana ha sostenido que las garantías de autonomía e independencia judicial son instrumentales respecto del derecho humano de acceso a la justicia y, en el caso de los estados, se enmarcan en la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual deben ser “establecidas” y “garantizadas”, lo que se traduce en un doble mandato constitucional: el de establecer condiciones de independencia y autonomía, que exige una acción positiva y primigenia del legislador local para incluirlas en la ley; y el de garantizar esos contenidos, lo que significa para el legislador

---

75 , *Idem.*

76 Carbonell, Flavia *et al.*, “Curso de derechos fundamentales”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Debido proceso y garantías jurisdiccionales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2020.

77 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 188.

78 Carbonell, Flavia *et al.*, *op. cit.*

ordinario un principio general que presume la necesaria permanencia de los elementos y previsiones existentes, bajo una exigencia razonable de no regresividad, para evitar que se merme o disminuya indebidamente el grado de autonomía e independencia judicial existente en un momento determinado.<sup>79</sup>

### C. Derecho a ser juzgado en plazo razonable

Establecido por la doctrina, el concepto de plazo razonable se aplica tanto a la solución jurisdiccional de una controversia —lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva—, como a la diligencia en la ejecución de los fallos judiciales, que son el eslabón inicial y final de la cadena que principia y se desarrolla en el proceso.<sup>80</sup>

Como se indicó anteriormente, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable no es de sencilla definición, por lo que se debe tener en consideración tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.<sup>81</sup> Sin embargo, la pertinencia de aplicar dichos criterios dependerá de las circunstancias de cada caso,<sup>82</sup> pues habrá casos en los que la actividad procesal del interesado no debe pasar por encima de la conducta de las autoridades judiciales, por lo que se debe analizar la razonabilidad del tiempo que tardó el Estado en las investigaciones, evaluando su efectividad, en los procedimientos penales.

Los elementos para evaluar el plazo razonable fueron ampliados por la Corte Interamericana al agregar un cuarto elemento: d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.<sup>83</sup>

Doctrinalmente, el principio de debido proceso supone un proceso incompatible con dilaciones indebidas ocasionadas en la actividad o inactividad administrativa o jurisdiccional, y que no se agota con el dictado de una resolución con motivación lógica y legal, sino que exige que lo sea en un tiempo razonable.<sup>84</sup> Por

---

79 Pleno, Controversia Constitucional 81/2010, 6 de diciembre de 2011.

80 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 135.

81 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párrafo 77.

82 Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 218.

83 Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Párrafo 218.

84 López Olvera, Miguel Alejandro, *op. cit.*, p. 320.

lo que, en rigor, la duración de los procesos —la celeridad, la diligencia, la prontitud— es un asunto que atañe al debido proceso mismo e influye en la seguridad jurídica.<sup>85</sup>

De esta forma, el concepto de plazo razonable es un concepto que también aplica como exigencia a que se realice el proceso penal de una persona que se encuentre en prisión preventiva. Así, la Primera Sala diferenció entre su justificación inicial y la autorización de seguir el proceso en libertad por lo irrazonable del tiempo que transcurrió en el juicio sin que se hubiere dictado sentencia definitiva. Así, definió que la justificación de la prisión preventiva no debe confundirse con que una persona tenga derecho a la libertad personal consistente en poder seguir su proceso en libertad por la irrazonabilidad del tiempo transcurrido en su juicio sin dictársele sentencia definitiva. Esto pues en la justificación inicial de la prisión preventiva, el juez no tiene mayores elementos que los aportados por el Ministerio Público; mientras que, en la justificación de la prolongación de la prisión preventiva por la actualización de un plazo razonable en el juicio, el juzgador cuenta con otros elementos que le permiten valorar si es necesario o no continuar con dicha medida cautelar.<sup>86</sup>

#### D. Oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas

A través de la actividad probatoria, el Juez puede alcanzar el conocimiento procesal de los hechos a los cuales se aplicarán las normas jurídicas pertinentes, para dar respuesta a los conflictos planteados.

El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes tanto del debido proceso (formalidades esenciales del procedimiento), como del acceso a la justicia, al ser el más importante vehículo para alcanzar la verdad procesal, diferente a la verdad histórica. El derecho a probar implica la obligación de que en las leyes procesales se establezcan las condiciones necesarias para hacerlo efectivo, no sólo para que las partes tengan oportunidad de llevar ante el Juez el material probatorio de que dispongan, sino también que éste lleve a cabo su adquisición en algunos casos o facilite la obtención de las pruebas que no están en poder de las partes, y realice su valoración de manera racional para que la prueba cumpla su finalidad en el proceso. Incluye no solamente la certeza de que habiendo sido

---

85 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 135.

86 Primera Sala, Amparo en revisión 205/2014. 18 de marzo de 2015, Tesis aislada 2018579, de rubro: “PRISIÓN PREVENTIVA. DIFERENCIAS ENTRE SU JUSTIFICACIÓN INICIAL Y LA AUTORIZACIÓN DE SEGUIR EL PROCESO EN LIBERTAD POR LA IRRAZONABILIDAD DEL TIEMPO TRANSCURRIDO EN EL JUICIO SIN QUE SE HUBIERE DICTADO SENTENCIA DEFINITIVA.”



ofrecida la prueba, se desahogue cuando sea pertinente y tenga conexión con los hechos, sino también que sea valorada y tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia en la decisión que el Juez adopte.

Este papel activo del juez ha sido desarrollado por la Primera Sala del Alto Tribunal en la institución de la compensación, pues en principio le corresponde probar a la parte que la solicita; no obstante, ante la duda sobre cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el juez debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las atribuciones que lo facultan a actuar de forma más versátil, como medidas para mejor proveer, que pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido.<sup>87</sup>

La práctica de las pruebas, así como las posibilidades de complementarlas o contradecirlas en el curso del proceso por la contraparte o por la adquisición oficiosa del juez, también son elementos inherentes al derecho. Para ser tomadas en cuenta, deben tener las siguientes notas: pertinencia, diligencia y relevancia. Lo primero, porque sólo deben ofrecerse, admitirse y valorarse las pruebas que tengan relación directa con el supuesto que debe decidirse; lo segundo, porque debe solicitarse por la persona legitimada para hacerlo, en la forma y momento legalmente previsto para ello y el medio de prueba debe estar autorizado por el ordenamiento; finalmente, en cuanto a la última nota, debe exigirse que la actividad probatoria sea decisiva en términos de acción o la defensa.

## E. Igualdad de las partes

En virtud del principio de igualdad procesal, las partes deben tener los mismos derechos e idénticas expectativas, posibilidades y cargas procesales, pues este constituye uno de los principios insoslayables del debido proceso.<sup>88</sup>

Como manifestación del debido proceso, exige un procedimiento que otorgue a las partes igual oportunidad de defender sus puntos de vista, alegar y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones,<sup>89</sup> es decir, hacer valer sus derechos en condiciones simétricas.<sup>90</sup> Es doblemente relevante, pues además de ser criterio

---

87 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4883/2017, 28 de febrero de 2018. Tesis aislada 2018579, de rubro: “COMPENSACIÓN. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN.”

88 Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 1301.

89 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3758/2012, 29 de mayo de 2013. Tesis aislada 2004466, de rubro: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL PREVÉ DOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DIFERENCIADOS”.

90 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5505/2017, 13 de enero de 2021. Tesis aislada 2023556, de rubro: “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. SUPUESTOS EN LOS QUE LA

de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es en sí mismo un derecho fundamental.<sup>91</sup> Esto, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para alguna de las partes, como ciertas distinciones permitidas para sectores de la población que por determinadas circunstancias se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.<sup>92</sup>

En caso de que se presente discriminación estructural, en apego al derecho a la igualdad la autoridad debe llevar a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación; pues de lo contrario, podría reflejarse en omisiones, en una desproporcionada aplicación de la ley o en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes. En ese contexto, la Primera Sala estableció que, para la exigencia de dicha obligación, ya sea que la persona en cuestión pertenezca a un grupo social que sufra o haya sufrido una discriminación estructural y sistemática, y que la autoridad se encuentre efectivamente obligada a tomar determinadas acciones a favor del grupo y en posibilidad real de llevar a cabo las medidas tendentes a alcanzar la igualdad de hecho. Tal situación deberá ser argumentada y probada por las partes o, en su caso, el juez podrá justificarla o identificarla a partir de medidas para mejor proveer.<sup>93</sup>

Aplicado a los procesos civiles exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. En casos excepcionales, puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella.<sup>94</sup> Por ello, los tribunales deben asegurarse de que cada parte pueda impugnar las pruebas que la otra parte hubiese presentado o desease presentar<sup>95</sup> y que tengan las mismas oportunidades procesales para hacer valer sus derechos.

---

AUTORIDAD JURISDICCIONAL PUEDE EXCEPCIONALMENTE REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA”.

91 Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 1301.

92 *Ibidem*, p. 1296.

93 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, Amparo Directo en Revisión 3327/2013, Amparo directo 19/2014, Amparo Directo en Revisión 1125/2014 y Amparo Directo en Revisión 6055/2014. 8 de julio de 2015. Tesis de Jurisprudencia 126/2017 (10a.), de rubro: “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES”.

94 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2a. ed., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

95 *Idem*.

Como se planteó al inicio, con la finalidad de que el principio de igualdad de las partes en el proceso no sólo sea formal, sino sustantivo, la Suprema Corte ha formulado una doctrina jurisprudencial que exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género. Es decir, implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad. De ahí que el juez debe cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación; toda vez que el Estado tiene el deber de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta sea tomada en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.<sup>96</sup>

En la misma línea, la Primera Sala de la Corte analizó el principio de igualdad de las partes en un proceso que involucraba una persona con discapacidad. Al respecto determinó que esa mera circunstancia no obligaba al juez a ejercer sus facultades para adquirir pruebas de oficio, pero que sí debía adoptar un papel activo a lo largo del juicio si, atendiendo a las circunstancias del caso y actuar cuando, de no llevarse a cabo su intervención, se llegaran a producir desventajas procesales que supusieran una lesión del derecho al acceso a la justicia de la persona con discapacidad. Es decir, las autoridades jurisdiccionales deberán recabar y desahogar pruebas de oficio únicamente cuando la vulnerabilidad social de la persona con discapacidad se traduzca en una desventaja procesal relacionada con la posibilidad de probar hechos en juicio.<sup>97</sup> De esta forma, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad puede definirse como *el conjunto de medidas y facilidades que permiten que todas las personas con discapacidad, sin discriminación alguna, les sean garantizados los servicios judiciales, considerando en ellos su ubicación dentro de la sociedad, para ofrecerles así una justicia pronta y cumplida. Este ejercicio de acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad*

---

96 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013. Tesis aislada 2005794, de rubro: “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”.

97 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3788/2017, 9 de mayo de 2018. Tesis aislada 2018632, de rubro: “DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SUPUESTOS EN LOS QUE ESTE DERECHO OBLIGA A LOS JUECES A EJERCER DE OFICIO SUS FACULTADES EN MATERIA PROBATORIA”.

*se encuentra íntimamente vinculado con la incorporación de la perspectiva de la discapacidad en la administración de justicia como un servicio público.*<sup>98</sup>

Otra herramienta útil para lograr la igualdad sustantiva y material se ha desarrollado en la carga dinámica de la prueba que puede llevar, excepcionalmente, a la inversión de la carga de la prueba, aplicando el principio de igualdad de las partes y a su vez del debido proceso como una herramienta de interpretación implementada por el juzgador para solventar cualquier situación que, *de facto*, impida mantener el equilibrio entre las partes.<sup>99</sup>

¿Qué es la inversión de la carga de la prueba? Recordemos que, por regla general, las partes deben probar sus respectivas pretensiones, mientras que el actor prueba los elementos constitutivos de su acción y el demandado sus excepciones y defensas. Esta regla general tiene como excepción la existencia de situaciones particulares que impidan su cumplimiento ordinario en un verdadero plano de igualdad. Lo que se actualiza, entre otros supuestos, cuando la parte a quien en principio no le corresponde la carga de probar un determinado hecho, tiene una mayor facilidad o disponibilidad de los medios de convicción para hacerlo frente a lo casi imposible o sumamente complicado que ello resulta para su contraparte.<sup>100</sup>

Es así como tanto la jurisprudencia nacional como internacional y un segmento de la doctrina han encontrado en la inversión de las cargas probatorias una solución idónea para mantener el verdadero equilibrio procesal y garantizar la concurrencia de las partes en un plano de igualdad material, imponiendo esa exigencia a quien posee los mejores elementos y facilidades para demostrar el hecho controvertido.

Esta solución ha tenido acogida en litigios sobre responsabilidad médica, relaciones de consumo y bullying escolar, en las cuales la evidente posición de superioridad de una de las partes (médico, proveedor y centro escolar) respecto de la otra (paciente, consumidor, niños, niñas y adolescentes), en relación con el acceso y disponibilidad de los elementos de convicción necesarios para justificar los hechos controvertidos, ha exigido adoptar la inversión de la carga probatoria para mantener un equilibrio procesal entre las partes y ha saneado la desigualdad

---

98 Jiménez Sandoval, Rodrigo, “El acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad V*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 79.

99 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5505/2017, 13 de enero de 2021. Tesis aislada 2023556, de rubro: “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. SUPUESTOS EN LOS QUE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL PUEDE EXCEPCIONALMENTE REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA”.

100 *Idem*.

material correspondiente en virtud de la mayor facilidad y disponibilidad de los medios de convicción.<sup>101</sup>

Por último, autores como Jordi Ferrer, Jordi Nieva Fenoll y Carmen Vázquez<sup>102</sup> sostienen que la carga de la prueba tenía vigencia y sentido en un sistema legal de valoración de la prueba, que exigía a las partes aportar pruebas para creer sus hechos, por lo que parecía justo que deba perder quien no dispone de pruebas para demostrar su afirmación; exigencia que ya no se sostiene en el sistema de valoración libre, lo que lesiona el derecho a la defensa pues no permite actuar en el proceso a quien no dispone de prueba; para mayor información sobre la eliminación de la carga de la prueba del orden jurídico se recomienda consultar sus obras.

## F. Derecho a formular alegatos

Los alegatos son las argumentaciones jurídicas, verbales o escritas, que formulan las partes mediante las cuales se exponen las razones de hecho y de derecho en defensa de sus intereses jurídicos y que pretenden demostrar al juzgador que las pruebas desahogadas confirman su pretensión o bien cuál debe ser la interpretación de las normas.

Durante todo el procedimiento las partes alegan, sin embargo, existe una etapa de alegatos conclusivos, los cuales se ofrecen antes de que se dicte sentencia y después de haber ofrecido y desahogado las pruebas. Pueden contener la exposición metódica y razonada de los hechos afirmados en la demanda, las pruebas aportadas para demostrarlos, el valor de esas pruebas, la impugnación de las pruebas aportadas, por el contrario, la negación de los hechos afirmados por la contraparte, las razones que se extraen de los hechos probados, y las razones legales y doctrinarias que se aducen a favor del derecho invocado.

El Pleno del Alto Tribunal, al estudiar en una contradicción de tesis los alegatos en el juicio de amparo directo, estableció que los alegatos, como formalidad esencial del procedimiento, tienen la finalidad de escuchar a las partes, en tanto que se les permite formular opiniones o conclusiones lógicas, sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones. Y precisó que se cumple con el debido proceso cuando las partes tienen la posibilidad de formularlos y cuando el órgano jurisdiccional los pondera y analiza. No obstante, en el caso en estudio determinó que

---

101 *Idem.*

102 “Contra la carga de la prueba”, Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer, Leandro J. Giannini. “El razonamiento probatorio en el proceso judicial”, Jordi Ferrer, Carmen Vázquez. “La valoración racional de la prueba”, Jordi Ferrer Beltrán. “Prueba y verdad en el derecho”, Jordi Ferrer Beltrán. “Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso”, Jordi Ferrer Beltrán.

esto no implica una obligación de plasmar dicho análisis en la sentencia, pues no todo ejercicio analítico del órgano jurisdiccional al estudiar las constancias se refleja por fuerza en una consideración. Sin embargo, también afirmó que, en cumplimiento de la debida fundamentación y motivación, si existiera alguna incidencia o cambio de criterio a partir del estudio de dichos argumentos, sí resultaría necesario referirlo en la sentencia.<sup>103</sup>

En otra materia, la Primera Sala determinó que la sola posibilidad de presentar un escrito con alegatos como sustituto de la celebración de una audiencia no respeta la garantía de audiencia y al derecho a una defensa adecuada. Así, al analizar en concreto el procedimiento de responsabilidad administrativa de los servidores públicos adscritos al Servicio Exterior Mexicano, determinó que éste vulneraba el derecho a una defensa adecuada, pues: 1. No permite la participación del afectado en todas las etapas del procedimiento sancionatorio, ya que su intervención se limita a la posibilidad de responder y ofrecer pruebas en un solo acto; 2. No permite que el afectado tenga una representación efectiva y acceso a toda la información que obra en el expediente; 3. El tiempo de 15 días que se otorga al afectado para formular la contestación y rendir pruebas no es razonable y, 4. No permite que el afectado haga valer alegatos una vez finalizada la etapa probatoria.<sup>104</sup>

Por otro lado, en el recurso de revisión en amparo indirecto no se prevé expresamente la formulación de alegatos previo a su resolución. Ante la Segunda Sala se planteó si existe obligación del Tribunal de pronunciarse al respecto, cuando estos son presentados. La Sala apuntó primero que esta omisión obedece a la naturaleza sumaria de este remedio procesal, donde la litis está fijada y su materia se circunscribe a analizar si se ajusta a derecho lo resuelto por el Juez de Distrito, a la luz de los agravios que las partes expresen, con lo que concluye que no existe obligación de pronunciarse.<sup>105</sup>

---

103 Pleno, Contradicción de Tesis 81/2017, 9 de agosto de 2018. Tesis de Jurisprudencia 2018276, de rubro: “ALEGATOS EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. SI BIEN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN ESTUDIARLOS, NO NECESARIAMENTE DEBEN PLASMAR ALGUNA CONSIDERACIÓN AL RESPECTO EN LA SENTENCIA”.

104 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1928/2012, 29 de agosto de 2012. Tesis aislada 2001777, de rubro: “SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY RELATIVA ES VIOLATORIO DEL DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA, AL NO PERMITIR QUE EL AFECTADO HAGA VALER ALEGATOS UNA VEZ FINALIZADA LA ETAPA PROBATORIA”.

105 Segunda Sala, Contradicción de Tesis 136/2019, 7 de agosto de 2019. Tesis de jurisprudencia 2020712, de rubro: “ALEGATOS EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. AL NO ESTAR EXPRESAMENTE REGULADOS EN LA LEY DE AMPARO, NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DE PRONUNCIARSE RESPECTO DE ELLOS.”

### G. Derecho a una resolución que dirima las cuestiones debatidas

El derecho al debido proceso no se agota con el acceso y desarrollo del proceso, sino que implica el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas.<sup>106</sup> Por lo que es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial.<sup>107</sup>

Entonces, el órgano que decide debe establecer concretamente la verdad o el error de la alegación del reclamante, pues éste acude al órgano judicial alegando la realidad de una violación de sus derechos, y el órgano en cuestión, tras un procedimiento de prueba y de debate sobre esa alegación, debe obligatoriamente decidir si el reclamo es fundado o infundado. De lo contrario, el recurso judicial devendría inconcluso e ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada.<sup>108</sup>

Así, el debido proceso reclama que su conclusión por sentencia —que tendrá carácter de firmeza— respete al menos ciertos principios vinculados a una verdadera administración de justicia, por ejemplo, el principio de resolución del fondo del conflicto, el derecho a la congruencia de la sentencia, principio de doble instancia, principio de cosa juzgada y el derecho a la eficacia material de la sentencia.<sup>109</sup>

### H. Derecho a recurrir el fallo

Desde la perspectiva penal, el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior es parte importante del debido proceso en la que el Estado tiene la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas

---

106 Jaén Vallejo, Manuel, *Derechos fundamentales y el debido proceso*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.

107 CIDH. No. 30/97. Caso Gustavo Carranza. 30 de septiembre de 1997, párr. 71. Reiterado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes, como el ADR 1814/2015 de la Primera Sala.

108 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2a. ed., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

109 Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 1322.

como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que solo se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena no sería suficiente para asegurar el debido proceso.<sup>110</sup>

Desde otras materias, la Corte Interamericana ha definido que se trata de una garantía primordial del debido proceso legal que exige, por regla general, que una sentencia pueda revisarse por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, el cual debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.<sup>111</sup>

El juzgador de segunda instancia —sostiene la Corte Interamericana— deberá satisfacer también los requisitos del juez natural y atender las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece, siempre y cuando esté legitimado para conocer del caso concreto.<sup>112</sup>

Para que esta garantía sea efectiva, también debe ser accesible, sin mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho, con lo que garantiza un examen integral de la decisión recurrida que resuelva sobre los agravios planteados por el recurrente —sin que sea necesario un nuevo juicio—<sup>113</sup> pues si solo se revisan los aspectos formales o legales de la sentencia, se haría nugatorio este derecho;<sup>114</sup> además, deberá estar al alcance de toda persona condenada.<sup>115</sup>

Sin embargo, desde la perspectiva nacional, este derecho no es irrestricto, pues tal como ha establecido el Pleno de nuestra Suprema Corte al resolver una acción de inconstitucionalidad en la que se cuestionó la constitucionalidad de normas del

---

110 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2a. ed., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

111 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 158.

112 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrafo 161.

113 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrafo 270.

114 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrafo 166.

115 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrafo 270.



Código de Comercio que incrementaron la cuantía necesaria para la procedencia del recurso de apelación, el derecho de acceso a los recursos únicamente puede ser exceptuado por el legislador cuando busque el logro de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que hace necesario estudiar cada caso individual para determinar la razonabilidad de las exclusiones de recursos, tomando en cuenta para ello la totalidad del contexto normativo aplicable, a fin de determinar si existen otros medios de defensa, acciones, oportunidades procesales o mecanismos, que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes se ven afectados por lo decidido en procesos de única instancia, evitando la arbitrariedad y minimizando la posibilidad de error.<sup>116</sup>

Así, puntualizó que la exclusión de recursos será inconstitucional cuando no aparezca justificada y proporcionada conforme a las finalidades de la medida, de modo que sea a través de un juicio de razonabilidad, que se debe analizar si la negación del recurso encuentra justificación y si existen otros mecanismos que salvaguarden los derechos de defensa y de acceso a una justicia completa e imparcial.<sup>117</sup>

Bajo estas premisas, años después la Primera Sala analizó la constitucionalidad del juicio oral mercantil uniinstancial, y determinó que aunque limita el derecho a la segunda instancia, no se priva al gobernado del acceso a la justicia ni se le deja en estado de indefensión, ya que en dicho procedimiento también deben respetarse las formalidades esenciales del proceso, y se tiene la posibilidad de impugnar dicha resolución mediante el juicio de amparo, de manera que, aun cuando no exista en la jurisdicción ordinaria un recurso disponible para impugnar las resoluciones adversas, existe un recurso extraordinario. Aunado a ello, sostuvo, se justifica por la necesidad de impartir justicia pronta y expedita y evitar la dilatación en la aplicación de la justicia.<sup>118</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

Los contenidos del derecho de acceso a la justicia y del derecho al debido proceso esbozados en las líneas anteriores no pretenden ser exhaustivos, únicamente pretenden acercar el contenido básico de la doctrina a lo resuelto en los últimos

---

116 Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 22/2009, 4 de abril de 2010.

117 *Idem*.

118 Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3233/2014, 4 de febrero de 2015. Tesis aislada 2011234, de rubro: "JUICIO ORAL MERCANTIL. EL ARTÍCULO 1390 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE NO PREVÉ EL DERECHO A UNA SEGUNDA INSTANCIA, ES CONSTITUCIONAL".

años por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que ha desarrollado con profundidad el contenido de estos derechos y su aplicación en distintos ámbitos, tanto fijando su propia línea jurisprudencial, como a partir de lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, a pesar del contenido teórico y jurisprudencial, la completa materialización del derecho a la justicia y al debido proceso está lejos de ser una tarea realizada en nuestro país. Sin embargo, consideramos necesario precisar que justamente en estos derechos, la distinción entre igualdad formal e igualdad sustantiva cobra mayor relevancia. Acceder a una justicia efectiva y de calidad donde se cumpla con el debido proceso en nuestro país —y en todo el mundo— sigue siendo un privilegio de las élites económicas y sociales, pues generalmente está al alcance de quienes pueden pagar una defensa o asesoría jurídica de calidad. Para el resto, el sistema de impartición de justicia es percibido como una maquinaria al acecho, lista para aplastar a las personas más pobres y vulnerables, no sólo en el proceso penal, sino en el civil o el mercantil, donde la gente común se acerca en condiciones de franca desventaja. Mientras esta realidad persista, la idea de que los derechos son universales y de que asisten a toda persona por el simple hecho de serlo seguirá siendo una promesa incumplida.<sup>119</sup>

Es necesario que las políticas públicas y las políticas judiciales se encaminen a alcanzar la igualdad sustantiva en el acceso a la justicia, de forma que lo importante sea que los costos del litigio no se conviertan en una barrera para las personas en situación de vulnerabilidad y esto pasa no sólo por la implementación de una defensa gratuita estatal de calidad en el proceso penal, sino también por una asistencia jurídica en todas las etapas de un proceso o procedimiento de cualquier naturaleza. Es necesario también la representación de intereses difusos, la protección de los derechos de la naturaleza y la necesidad de una verdadera justicia cotidiana que dé solución a los conflictos que más importan a la sociedad.

Para acotar la brecha entre igualdad formal e igualdad sustantiva, es fundamental precisar que pesa sobre el Estado el deber de garantizar el derecho a la defensoría pública en los procesos penales y el derecho a la asesoría jurídica o a la defensa en otro tipo de procedimientos, de manera tal que el principio de igualdad de armas, esto es, de condiciones para enfrentar un proceso, no se quede sólo en el aspecto formal y genere las condiciones para que las personas en situación de vulnerabilidad puedan acceder a los procesos judiciales.

---

119 Zaldívar, Arturo, “Ante una justicia elitista, igualemos la cancha”, en *Milenio*, el 20 de julio de 2021. Disponible en: «<https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/ante-una-justicia-elitista-igualemos-la-cancha>».

Para ello, tomaremos como ejemplo a la importante transformación a la que se sometió el Instituto Federal de Defensoría Pública en la gestión de la presidencia del Ministro Arturo Zaldívar, que tuvo como objetivo revolucionar la calidad y el alcance del servicio que brinda, para llegar a todos los rincones del país con un cuerpo de personas defensoras, en la materia penal, y asesoras, en todas las demás materias, mejor capacitadas, que cumplan con la misión de llevar la justicia federal a las personas más necesitadas, con una unidad de litigio estratégico que selecciona temas importantes para la sociedad. El nuevo servicio de defensoría y asesoría pública aporta una perspectiva novedosa a la resolución de los conflictos, lo que contribuye decisivamente a la efectividad de los derechos.<sup>120</sup>

También, hacemos notar que los derechos de acceso a la justicia y debido proceso deben ser garantizados para que nadie pueda hacerse justicia por propia mano, por lo que impone al Estado la obligación de administrar justicia de manera eficiente, de manera que las violaciones al debido proceso tengan consecuencias. Sin embargo, debe cuestionarse el papel del Estado frente a la situación que atraviesa nuestro país, en el que la “guerra contra el narcotráfico” detonó el crecimiento de la violencia generando el vacío de la autoridad estatal en varias regiones de la República, y ha detonado fenómenos como el de la autodefensa y, además, el establecimiento de jurisdicciones a cargo de personas o grupos que sustituyen al Estado, donde no sólo se imparte justicia penal, sino incluso de otras materias, como en el caso de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias que no sólo resuelve conflictos entre indígenas, sino también los que involucran a personas no indígenas, ante el franco fracaso y vacío de las autoridades estatales.

Finalmente, precisamos que queda fuera del presente la forma en que los pueblos y comunidades indígenas ejercen su derecho a la jurisdicción, aplicando sus propios sistemas de costumbres al resolver sus conflictos. También —en razón de la extensión— se sugiere revisar los últimos esfuerzos legales y jurisprudenciales internacionales para facilitar el acceso a la justicia de grupos como las personas con discapacidad y los ajustes razonables a fin de que su participación en procesos garanticen efectivamente su derecho de acceso a la justicia, al igual que en el caso de niñas, niños y adolescentes, personas indígenas y afromexicanas, así como grupos bien determinados que han sufrido afectaciones en materia de justicia ambiental, de consumo o de salubridad.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Acorde con lo estudiado, se plantean algunas preguntas relevantes que pueden orientar la discusión en el futuro, por ejemplo: ¿Cuál debe ser el alcance

---

120 *Idem.*

de la defensa pública en las entidades federativas para personas en situación de vulnerabilidad en materias diversas a la penal? ¿Podría extenderse la figura de la suplencia de la queja, como una obligación de los juzgadores de primera y segunda instancia, en cualquier materia, al detectar asimetrías en el proceso? ¿Debemos seguir manteniendo la figura de las cargas procesales, cuando se detectan situaciones de desigualdad? ¿Cuál es el alcance que debemos dar a la figura del reenvío, sobre todo cuando el medio de defensa se presenta de manera errónea? ¿Cómo se aplicaría el debido proceso en medios alternativos de solución de controversias como la mediación, sobre todo en el caso de que el caso involucre situaciones de asimetría, que puedan torcer la finalidad de aquélla?

## Fuentes

- Bernales Rojas, Gerardo, “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 25, núm. 3, pp. 277-306.. Disponible en: «[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122019000300277](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300277)».
- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento Mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Carbonell, Flavia *et al.*, “Curso de derechos fundamentales”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Debido proceso y garantías jurisdiccionales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH, UNAM, 2004, p. 276.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, *Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Estudios jurisprudenciales, p. 276. Disponible en: «<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50084>».
- García Leal, Laura, “El debido proceso y la tutela judicial efectiva”, en *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Maracaibo, Venezuela, vol.10, núm. 3, diciembre de 2003. Disponible en: «[http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682003000300005&script=sci\\_abstract-](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-62682003000300005&script=sci_abstract-)».
- García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, p. 669. Disponible en: «[https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332006000300002](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300002)».
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, p. 134. Disponible en: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9298>».
- Jaén Vallejo, Manuel, *Derechos fundamentales y el debido proceso*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.
- Jiménez Sandoval, Rodrigo, “El acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad V*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- López Olvera, Miguel Alejandro, “El Debido proceso en el siglo XXI”, en *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Se-

- rie Doctrina Jurídica, núm. 748. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/18.pdf>».
- Malem Seña, Jorge Francisco, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 24, 2001. Disponible en: «<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art5.pdf>».
- Marabotto Lugaro, Jorge A, “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, 2003. Disponible en: «<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3590/3351>».
- Monroy Gómez, Pablo V., “El acceso de las mujeres indígenas a la justicia: ¿Un nuevo derecho humano?”, en *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- Ortiz Ahlf, Loretta, “El derecho de acceso a la justicia”, en Becerra Ramírez, Manuel, Cruz Barney, Oscar, González Martín, Nuria y Ortiz Ahlf, Loretta (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/20.pdf>».
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>».
- Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 204 y 205.
- Zaldívar, Arturo, “Ante una justicia elitista, igualemos la cancha”, en *Milenio*, 20 de julio de 2021. Disponible en: «<https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/ante-una-justicia-elitista-igualemos-la-cancha>».



## Capítulo 9

# Garantías penales

Carlos Gustavo Ponce Núñez\*  
Guillermo Kohn Espinosa\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN. III. LAS GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 1. El principio de legalidad. A. Suprincipio de *lex scripta* o mandato de reserva de ley. B. Subprincipio de *lex praevia* o mandato de irretroactividad de la ley penal en perjuicio. C. Subprincipio de *lex certa* o mandato de taxatividad. D. Subprincipio de *lex stricta* o de exacta aplicación de la ley penal. 2. Los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas. A. Penas prohibidas. B. El principio de proporcionalidad de las penas. 3. Los derechos fundamentales como límites al *ius puniendi* del Estado. 4. Prohibición de doble punición o *non bis in idem*. 5. Otros principios implícitos en la Constitución que limitan el *ius puniendi*. A. Principio de culpabilidad. B. Principio de lesividad. C. Principio de última ratio o mínima intervención. IV. LAS GARANTÍAS PENALES PROCESALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 1. Garantías orgánicas del proceso penal. A. Principio de juez competente y natural. B. Principios de imparcialidad e independencia. 2. Garantías procesales epistemológicas o de verdad. A. Principio de contradicción. B. Principio de intermediación. C. Derecho de defensa. a. Derecho a la no autoincriminación. b. Derecho a una defensa culturalmente adecuada y a contar con intérprete indígena. c. Derecho a la notificación, contacto y asistencia consular. D. Derecho a la presunción de inocencia. 3. Garantías procesales no epistemológicas o de libertad. A. Garantías del derecho a la libertad personal. a. Detenciones derivadas de mandato judicial previo (orden de aprehensión, arraigo y detención provisional con fines de extradición). b. Flagrancia y controles preventivos. c. Detenciones con motivo de caso urgente. d. Derecho de toda persona detenida a ser puesta a disposición sin demora ante una autoridad competente. B. Garantías del derecho a la integridad personal. a. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. b. Prohibición de uso excesivo de la fuerza. C. Garantías del derecho a la vida privada. a. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas. b. Inviolabilidad del domicilio.

## I. INTRODUCCIÓN

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac y LLM en Derecho y Justicia Penal por la Universidad de Edimburgo. Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho.

Los autores agradecen a Aldo Valdez, Fernando Hinojosa y Lorenza Urías el apoyo para la elaboración de este capítulo.

Entre todas las formas de intervención estatal en los derechos fundamentales de las personas, la *pena* es sin duda la más grave y severa. El ejercicio del *ius puniendi* no sólo supone la suspensión o restricción de derechos (como la libertad o el patrimonio), sino también una serie de consecuencias indirectas para la persona que lo sufre e, incluso, para su familia y seres queridos (como estigma social, pérdida de lazos familiares y la frustración irreparable de proyectos de vida). En ese contexto, no es extraño que la mayoría de las constituciones democráticas, así como las declaraciones y los tratados internacionales de derechos humanos, dediquen buena parte de su contenido a *limitar* dicho poder a fin de evitar su ejercicio arbitrario.<sup>1</sup> A este conjunto de límites al *ius puniendi* del Estado se le conoce como “garantías penales”, las cuales encuentran su principal origen en el pensamiento penal de la Ilustración.

En efecto, aunque las primeras manifestaciones del derecho penal estatal en Occidente se remontan al siglo XIII,<sup>2</sup> no fue sino hasta el siglo XVIII que el interés por la “cuestión penal” —es decir, por qué se justifica penar, en qué casos y con qué límites— cobró relevancia en la filosofía y la teoría jurídica europea.<sup>3</sup> Tal preocupación sobre el fundamento y los límites del *ius puniendi* fue motivada en buena medida por la contradicción cada vez más evidente entre las formas punitivas del *Ancien Régime* y la filosofía ilustrada y burguesa de la época.<sup>4</sup> Si bien los nuevos principios de la Ilustración no eran enteramente homogéneos y coherentes entre sí,<sup>5</sup> coincidían en un punto esencial: el rechazo a la crueldad e irracionalidad del derecho penal del Antiguo Régimen, que resultaba ya intolerable para la nueva forma de ver el mundo.<sup>6</sup>

En definitiva, el pensamiento penal ilustrado sentó las bases de un derecho penal occidental mucho más humano, garantista y liberal. Su objetivo central fue reducir la arbitrariedad, la irracionalidad y crueldad excesiva del *ius puniendi* del Antiguo Régimen. Para ello era necesario incluir como parte del *contrato social*

---

1 Cfr. Grez, Pablo, *Garantías penales (límites sustantivos al ius puniendi)*, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

2 Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 5a ed., Barcelona, Gedisa, 2017.

3 Prieto Sanchis, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra Editores, 2007. Como señala Ferrajoli: “El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 4a ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 33.

4 Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 18

5 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 34.

6 Para una explicación sobre la transformación en la percepción social de la tortura y otro tipo de abusos durante el siglo XVIII, véase Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.



una serie de principios que funcionaran como auténticas *garantías* para las ciudadanas y los ciudadanos, como son: el principio de estricta legalidad; el principio de humanidad y proporcionalidad de las penas; la prohibición de la tortura y de los tratos crueles; la independencia y la imparcialidad judicial; el debido proceso; la presunción de inocencia y la valoración libre y racional de las pruebas, entre otras. Principios que, por cierto, quedaron reflejados en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Con posterioridad a la Ilustración, diversos Estados —incluyendo México— han adoptado en sus constituciones muchos de los postulados garantistas formulados y defendidos por Beccaria, Montesquieu, Voltaire, entre muchos otros autores, durante el siglo XVIII (si bien con algunos ajustes, propios de la evolución de la filosofía y la teoría jurídica de los últimos doscientos años).<sup>7</sup> La mayoría de estos principios han sido reconocidos también en una gran cantidad de tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados durante el siglo XX, como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El presente capítulo tiene por objeto sistematizar y explicar las principales garantías penales vigentes en México, tal y como han sido desarrolladas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, el artículo se dividirá en tres grandes apartados. En un primer apartado propondremos una *clasificación* de las garantías penales, a partir de la clásica distinción entre garantías sustantivas y procesales propuesta por algunos autores. Esto permitirá sistematizar las diversas garantías vigentes en México —las cuales suelen aparecer muchas veces de manera dispersa y asistemática— y exponerlas en función de su objeto específico de tutela. En esa línea, en un segundo apartado exploraremos las llamadas *garantías penales sustantivas o sustanciales*, como son: el principio de legalidad, el principio de humanidad y proporcionalidad de las penas, el principio *non bis in idem* y los principios de culpabilidad, lesividad y *ultima ratio*. Finalmente, en un tercer apartado nos ocupare-

---

7 Como refiere Ferrajoli: “[e]l pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia —nada honorable en su conjunto— de la cultura penalista: aunque solo sea porque se le debe la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales y procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho. Sin embargo, el esquema garantista que de él se ha recibido, basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente inaceptable.” Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 23.

mos de las principales *garantías procesales penales*, distinguiendo para ello entre *garantías orgánicas* (como los principios independencia, imparcialidad), *garantías procesales epistemológicas o de verdad* (como los principios de contradicción y de defensa) y *garantías procesales no epistemológicas o de libertad* (como son las garantías que protegen la libertad personal, la vida privada y la integridad).

Debido a los límites de extensión, este capítulo no pretende desarrollar de manera completamente exhaustiva y profunda cada uno de los aspectos que componen las diversas garantías penales y las discusiones existentes sobre cada una de ellas, sino más bien brindar a las lectoras y los lectores un *panorama* sobre el estado del arte en la jurisprudencia nacional e interamericana en esta materia. En todo caso, sugerimos a las lectoras, los lectores y las personas estudiantes en general, que estén interesados en profundizar en algún tema particular, consultar los precedentes y la bibliografía citada.

## II. GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN

Como punto de partida, conviene precisar a qué nos referimos cuando hablamos de “garantías”. De acuerdo con Luigi Ferrajoli, una garantía es toda *técnica de tutela o protección de derechos* y, en particular, de derechos fundamentales.<sup>8</sup> Tal definición está intrínsecamente vinculada a la idea del garantismo como un modelo o ideología que parte de la *desconfianza* a todos los poderes públicos o privados, nacionales o internacionales. Como señala este autor, todas las garantías tienen en común “el haber sido predisuestas atendiendo al peligro de que, en su ausencia, el derecho que es su objeto pueda ser violado”.<sup>9</sup>

En términos generales, las garantías pueden ser de dos tipos: *primarias* o *secundarias*.<sup>10</sup> Las primarias se refieren a aquellas *normas sustantivas* que establecen derechos u obligaciones correlativas a los derechos fundamentales (por ejemplo, las normas que prohíben matar, robar o restringir derechos humanos). Las garantías secundarias, en cambio, se refieren a las obligaciones que recaen en los órganos del Estado (generalmente jurisdiccionales) de *aplicar una sanción o declarar la nulidad de un acto* en caso de violación a las garantías o normas primarias (por ejemplo, las normas que regulan la aplicación de las sanciones en

---

8 Ferrajoli, Luigi, *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018, pp. 21-22.

9 *Ibidem*, p. 23.

10 *Ibidem*, p. 24.

caso de homicidio o robo, o la anulación de actos violatorios de derechos, como el juicio de amparo).<sup>11</sup>

En el caso específico de las garantías penales, éstas pueden clasificarse en *sustantivas* o *procesales*. Se denominan *garantías sustantivas* (o *sustanciales*) aquellas que condicionan o limitan la tipificación o definición del delito (es decir, que afectan la sustancia o los contenidos de las prohibiciones penales), como son los principios de estricta legalidad, culpabilidad y lesividad, entre otros. Las *garantías procesales penales*, por su parte, son todas aquellas garantías instrumentales que limitan o condicionan las formas de comprobación del delito (es decir, el proceso y, por ende, la decisión judicial), como son las garantías de estricta jurisdiccionalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de contradicción, entre otros.<sup>12</sup>

Como refiere Ferrajoli, tanto las garantías penales sustantivas como las procesales tienen un objetivo común: asegurar un “esquema epistemológico” de identificación del delito “tan cognoscitivo como sea posible”.<sup>13</sup> Conforme al paradigma garantista el juicio o la decisión penal debe ser siempre un “saber-poder”, es decir, el tribunal debe limitarse a enunciar lo que el derecho impone. Para ello, resulta indispensable adoptar una concepción estrictamente *convencional* (legal) y no *sustancial* del delito, así como un sistema procesal o de enjuiciamiento predominantemente *cognoscitivo* y no meramente *decisionista*.<sup>14</sup>

En el caso de las *garantías procesales* cabe hacer todavía una ulterior distinción. Si bien en su mayoría estas últimas tienen por objeto garantizar que la decisión judicial se corresponda lo más posible con la *verdad* de los hechos,<sup>15</sup> a fin de que sólo personas verdaderamente *culpables* sean sancionadas y, por tanto, afectadas en sus derechos (como sucede con el principio de contradicción o el derecho a la prueba), no siempre es así. En muchas ocasiones, las garantías procesales adoptan

11 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, pp. 61-63.

12 Para una clasificación similar, véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, pp. 463-464.

13 *Ibidem*, p. 33-45.

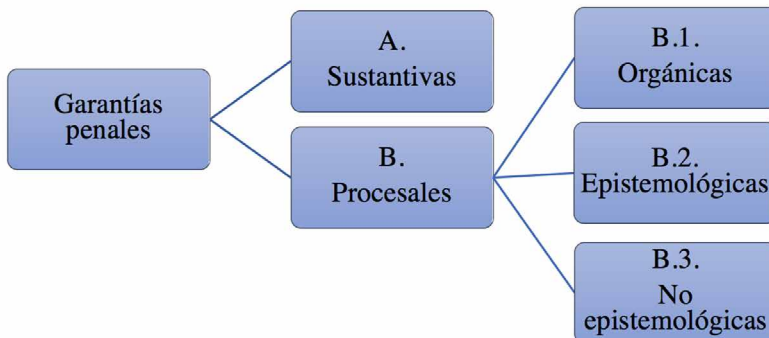
14 En palabras de Ferrajoli: “[e]l garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad”. *Ibidem*, p. 169.

15 Ferrajoli, por ejemplo, considera que tanto las garantías penales como las procesales “valen para limitar y minimizar el poder punitivo en la medida que son todas ellas configurables como técnicas normativas tendentes a vincularlo a la función de comprobación de la verdad procesal”. En el caso del delito, se trata de garantizar la “verdad jurídica”, es decir, la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis acusatorias. En el caso del proceso, en cambio, las garantías buscan asegurar en el máximo grado, a nivel jurisdiccional, la “verdad fáctica”. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 6, pp. 28-29.

también la forma de “prohibiciones probatorias”, es decir, de “normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba”, o bien, de “directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba”.<sup>16</sup> En tales casos, la consecuencia de la violación de tales garantías suele ser la invalidez, ilicitud, exclusión o nulidad de los medios probatorios obtenidos con desconocimiento de tales normas, lo que puede suponer un *obstáculo importante a la búsqueda de la verdad*. Por ello, en adelante distinguiremos entre *garantías procesales epistemológicas o de verdad* (es decir, aquellas que contribuyen a la averiguación de la verdad) y *garantías no-epistemológicas o de libertad* (esto es, aquellas que no contribuyen u obstaculizan la búsqueda de la verdad, en aras de tutelar otros derechos).<sup>17</sup>

Por último, es posible introducir una categoría adicional: las llamadas *garantías orgánicas*.<sup>18</sup> Estas últimas se refieren, más que a la definición del delito o a las reglas del juicio o el proceso mismo, a la *conformación del órgano jurisdiccional y su posición* respecto de los demás órganos y poderes del Estado, así como de las demás partes. Ejemplos de estas últimas son los principios de independencia, imparcialidad, juez natural y competente, estricta separación entre acusación y jueces o juezas, entre otras.

En ese orden de ideas, analizaremos las garantías penales reconocidas y vigentes en México a partir del siguiente esquema conceptual:



16 Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Argentina, Ediciones Didot, 2018, p. 128.

17 *Ídem*. De manera similar, Marina Gascón distingue entre tres tipos de reglas o garantías institucionales del proceso, dependiendo de si buscan o no la averiguación de la *verdad*: (a) *garantías epistemológicas*: aquellas que contribuyen a la averiguación de la verdad; (b) *garantías no-epistemológicas*: aquellas que no producen menoscabo a la averiguación de la verdad y (c) *garantías contraepistemológicas*: aquellas que dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad. Gascón, Marina, *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 110-120.

18 En esa misma línea, Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 539.

### III. LAS GARANTÍAS PENALES SUSTANTIVAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

#### 1. *El principio de legalidad*

El principio de legalidad es la columna vertebral sobre la cual se asienta todo el andamiaje del derecho penal liberal occidental.<sup>19</sup> Dicho principio suele identificarse en la mayoría de los Estados liberales modernos<sup>20</sup> bajo la máxima *nullum crimen, nulla poeana, sine lege*<sup>21</sup>, o bien, “no hay delito ni pena sin ley”. En el caso de nuestro país, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>22</sup> el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>23</sup> y el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.<sup>24</sup>

---

19 Como refiere Ferrajoli “el principio de legalidad implica todas las demás garantías —de la materialidad de la acción al juicio contradictorio— como otras tantas condiciones de verificabilidad y verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 96.

20 Con todo, debe decirse que los alcances de este principio no son universales. Como refiere Bernal del Castillo, el principio de legalidad tuvo una evolución muy distinta en el derecho continental y en el anglosajón, debido a las particularidades del sistema de fuentes de cada uno de ellos y el papel reconocido a los jueces en la creación del derecho penal. *Cfr.* Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 47-53.

21 Según Roxin, fue Feuerbach quien acuñó el principio de legalidad bajo esta formulación latina. Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997, p. 146.

22 Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.  
[...]

23 Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

24 Artículo 15.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En términos generales, el principio de legalidad tiene como función “delimita[r] el ámbito competencial de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en todo lo que se refiere al tratamiento de las cuestiones penales”.<sup>25</sup> Se trata, en definitiva, del principio fundamental que disciplina desde *qué órganos* son competentes para *crear* derecho penal, cuáles son las reglas válidas para *identificar las bases normativas* del sistema jurídico-penal, hasta qué reglas deben seguirse para *interpretar o integrar* el derecho penal.<sup>26</sup>

Tales vertientes del principio de legalidad suelen ser identificadas en la doctrina y la jurisprudencia bajo los subprincipios<sup>27</sup>: (a) *nullum crimen sine lege scripta* (o mandato de reserva de ley); (b) *nullum crimen sine lege praevia* (o prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio); (c) *nullum crimen sine lege certa* (o mandato de taxatividad); y (d) *nullum crimen sine lege stricta* (o mandato de exacta aplicación y prohibición de analogía). A continuación, analizaremos cada una de estas vertientes a la luz del derecho constitucional positivo y vigente.

## A. Suprincipio de *lex scripta* o mandato de reserva de ley

De acuerdo con este subprincipio, los delitos y sus sanciones deben estar previstos en una ley en sentido *formal* y *material*<sup>28</sup> expedida por el legislador demo-

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

25 Montiel, Juan Pablo, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en InDret: Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2017, p. 7.

26 En palabras de Montiel: “Frente a la primera de estas competencias el principio de legalidad dispone cuál es la autoridad habilitada para criminalizar una conducta o establecer una pena y de qué manera debe regularse el contenido normativo. En la identificación de la base del sistema normativo del derecho penal el principio de legalidad determina qué enunciados normativos pueden ser utilizados por el juez para justificar una decisión que resuelve una controversia judicial que se le presenta. Asimismo, la legalidad otorga pautas a los jueces para saber qué interpretaciones aceptar y cuáles no y además para determinar si judicialmente el sistema jurídico-penal de normas puede ser corregido ante un descuido de quien lo creó”. En ese sentido, Montiel considera que el principio de legalidad, más que integrar la parte dogmática de las constituciones, integra la parte orgánica. *Ibidem*, p. 6.

27 Cfr. Rauter, Thomas, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Springer, Suiza, 2017, p. 20. En el mismo sentido, Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 24, pp. 140-141 y Khulen, Lothar, “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en Montiel, Juan Pablo, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 151.

28 Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Cuestiones Constitucionales, núm. 24, enero-junio, 2011, p. 215.

crático<sup>29</sup>. Según este principio, además, tanto los delitos como las penas deben estar contenidas en *leyes escritas*, adoptadas conforme a los procedimientos legislativos previstos en la Constitución y las leyes, por lo que no es válido aplicar delitos o sanciones a partir de la *costumbre* u otras fuentes del derecho no escritas.<sup>30</sup>

En nuestro país, dicho mandato se desprende de los artículos 14, segundo párrafo de la Constitución, así como del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>31</sup> los cuales imponen obligaciones tanto al legislador como al juez penal. De acuerdo con esta vertiente, el legislador tiene prohibido *delegar* en otras autoridades la facultad o el poder para establecer delitos y penas. El juez penal, por su parte, tiene vedado *aplicar* tipos penales y sanciones no previstos en una ley penal en sentido estricto (como la costumbre u otras fuentes distintas a la ley).

Los alcances del subprincipio de reserva de ley han sido analizados por la Suprema Corte, en su mayoría, en casos relacionados con las llamadas “leyes penales en blanco”, es decir, aquellas normas cuyo *supuesto de hecho* se configura, total o parcialmente, por *remisión* a otras ramas del ordenamiento jurídico, exigiendo, por tanto, la infracción de una *norma extrapenal*.<sup>32</sup> Al igual que un sector mayoritario de la doctrina, la Suprema Corte ha señalado que tales disposiciones resultan problemáticas de cara al principio de reserva de ley sólo cuando la remisión se hace a un ordenamiento que tiene un rango *inferior* a la ley (como son los reglamentos administrativos, las circulares o los acuerdos).<sup>33</sup> En cambio, si la remisión se hace un ordenamiento con rango de ley, se entiende colmado el principio de legalidad, al menos bajo esta vertiente.<sup>34</sup>

29 En el caso de México, esta facultad está reservada al Congreso de la Unión y los Congresos de los Estados, conforme al reparto competencial previsto en los artículos 73 y 124 de la Constitución.

30 Algo diferente sucede en el derecho penal internacional y el *common law*, en donde sí se admite la existencia de delitos derivados de la costumbre. Véase Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 30.

31 El PIDCP sí admite la existencia de delitos a partir de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

32 Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal: Parte General*, 9ª. edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 40.

33 Como dice Enrique Bacigalupo “[l]as leyes penales en blanco pueden adquirir [...] significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales”. Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 101.

34 Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 35, p. 122. Cuestión distinta es que la remisión a otra ley para complementar el supuesto de hecho genere falta de certeza e inseguridad jurídica, en cuyo caso la norma sería violatoria del subprincipio de taxatividad. Véase en ese sentido el amparo directo 49/2017 (Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 30 de enero de 2019).

En congruencia con dicho principio, la Corte mexicana ha declarado la inconstitucionalidad de tipos penales que, por ejemplo, remitían a *reglamentos de tránsito y de circulación* a fin de completar tipos penales que sancionaban la infracción de tales ordenamientos mediante la conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas. La Corte ha considerado que este tipo de disposiciones transgreden el mandato de reserva de ley, toda vez que remiten a la “mera infracción” de reglamentos para “conocer e integrar uno de los elementos esenciales del tipo”; lo cual —ha dicho— “tiene como efecto que el contenido de la ley penal pueda variar por la sola voluntad del Ejecutivo Federal, modificándola de facto a través de normativas administrativas”.<sup>35</sup>

Hasta hace poco más de una década, la Suprema Corte parecía asumir que el principio de reserva de ley era *absoluto*, es decir, que en ningún caso el legislador podía delegar a otro poder u órgano, o remitir a un ordenamiento no legal, la *definición* un algún elemento del tipo penal. Sin embargo, siguiendo la tendencia de otros tribunales constitucionales del mundo,<sup>36</sup> en fechas recientes la Corte ha matizado dicho criterio y ha reconocido que existen ciertas áreas del derecho penal (como el derecho penal ecológico) en las que, debido a su extremada complejidad técnica y dinamismo, es necesario reconocer cierta intervención a otros poderes (si bien limitada) en la definición de las normas penales. Con todo, la Corte también ha precisado que tal habilitación *no es libérrima*. De acuerdo con la Corte el reenvío a una norma extralegal se estimará compatible con el principio de reserva de ley, *siempre y cuando* el referido reenvío: a) esté justificado en razón del *bien jurídico protegido* y b) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial de la prohibición* y satisfaga la *exigencia de certeza* (esto es, otorgue la suficiente concreción para que la conducta tipificada quede suficientemente precisada).<sup>37</sup>

---

35 Véanse los amparos en revisión 703/2004 (Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, resuelto el 26 de enero de 2005), 333/2007 (Ponente: Sergio Valls Hernández, resuelto el 20 de junio de 2007), 361/2007 (Ponente: Juan Silva Meza, resuelto el 20 de junio de 2007), 391/2007 (Ponente: Juan Silva Meza, resuelto el 27 de junio de 2007) y 999/2007 (Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 21 de noviembre de 2007), resueltos todos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Así como la tesis: 1a./J. 5/2008, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, página 129, registro digital: 170393.

36 Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 35, pp. 122-125. Asimismo, Montaner, Raquel, “La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”, en Montiel, Juan Pablo, (coord.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 289 y ss.

37 Véase el amparo en revisión 1911/2009, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 23 de septiembre de 2009. Un criterio



Finalmente, es importante destacar que, al igual que el resto de las vertientes del principio de legalidad que se analizan a continuación, el principio de reserva de ley se proyecta con toda su intensidad tratándose de normas penales en *sentido estricto*, es decir, aquellas que contienen *tipos penales* y *penas o sanciones*. Tratándose de *normas procesales*, el principio de legalidad no suele operar con el mismo grado de exigencia. Algo similar sucede en el caso de eximentes o excluyentes de responsabilidad (especialmente en el caso las llamadas “causas de justificación en blanco” o “extrapenales”).<sup>38</sup>

## B. Subprincipio de *lex praevia* o mandato de irretroactividad de la ley penal en perjuicio

El *mandato de irretroactividad de las leyes penales* está expresamente contenido en el artículo 14 de la Constitución, el cual establece que “[a] ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Dicho mandato también se encuentra previsto de manera expresa en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. De igual modo, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”.

El mandato de irretroactividad también impone obligaciones tanto al legislador como al juez penal.<sup>39</sup> En cuanto al legislador, éste tiene prohibido sancionar penalmente hechos ocurridos *con anterioridad* a la entrada en vigor de una ley penal que los califique como delito. El juez, por su parte, debe limitarse a aplicar aquellas normas penales que hubieren estado efectivamente *vigentes* en el momento de los hechos. Con ello se busca garantizar la *previsibilidad* en la apli-

---

similar ha sostenido el Tribunal Constitucional Español: véase Sentencia 101/2012, Pleno del Tribunal Constitucional Español, resuelta el 8 de mayo de 2012, BOE núm. 134, 05 de junio de 2012. Véase también el voto del Ministro Arturo Zaldívar en la acción de inconstitucionalidad 23/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Eduardo Medina Mora, resuelta el 7 de octubre de 2019.

38 Con todo, como refiere Bacigalupo, se trata de una cuestión controvertida. *Cfr.* Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 36. En México, aunque no se trata de una cuestión frontalmente analizada en la jurisprudencia, la posibilidad de aplicar causas de justificación extrapenales es defendida por Rubén Quintino. Véase Quintino Zepeda, Rubén, *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Arquinza, 2021, pp. 60-67.

39 Véase al respecto la tesis 1a./J. 50/2003, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVIII, septiembre de 2003, página 126, registro digital: 183287.

cación del derecho, así como el mayor ámbito de *libertad y seguridad jurídica* posible para los ciudadanos.<sup>40</sup>

Dicho mandato, sin embargo, tiene también una *excepción*: la aplicación retroactiva de la *ley penal más favorable* para las personas procesadas o sentenciadas. Tal excepción —la cual constituye un derecho fundamental en nuestro país— implica que toda persona procesada o sentenciada tiene derecho a que se le aplique una ley penal posterior, siempre que resulte *más benéfica* que la vigente en el momento de los hechos, ya sea porque descriminaliza ciertas conductas, impone penas menores, o bien, porque modifica las condiciones de punibilidad.<sup>41</sup> Si bien no está expresamente previsto la Constitución, esto último ha sido reconocido por la Corte a partir de una interpretación *a contrario* del artículo 14 constitucional,<sup>42</sup> así como del artículo 9 de la Convención Americana, el cual señala expresamente que “[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La Corte ha precisado que el ámbito de aplicación material del principio de irretroactividad de la ley penal recae, por regla general, en normas sustantivas, no así en las procesales.<sup>43</sup> Para la Suprema Corte, los actos procesales se rigen necesariamente por las normas vigentes en la época de su aplicación, por lo que no pueden tener aplicación retroactiva.<sup>44</sup> Por tanto, si antes de que se realice una etapa del procedimiento, el legislador cambia su tramitación modificando, por ejemplo, la valoración de pruebas o suprimiendo un recurso, no existirá aplicación retroactiva, siempre que tales situaciones aún no se hubieren llevado a cabo.

Un tema debatido en la doctrina y jurisprudencia comparada es el relativo a las *reglas de prescripción penal*.<sup>45</sup> En el caso de México, aunque la Suprema Corte parecía decantarse en algunos *obiter dicta* por considerar que el mandato

---

40 Rauter, Thomas, *op. cit.*, nota 30.

41 Véase, entre otros, la tesis 1a./J. 4/2013 (9a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2003, página 413, registro digital: 159862.

42 Véase la tesis con registro digital 259203, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CI, Segunda Parte, página 50; así como la tesis con registro digital: 257482, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXXXVI, Primera Parte, página. 60

43 Véase la acción de inconstitucionalidad 9/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Sergio Valls Hernández, resuelto el 31 de enero de 2013 y el amparo directo en revisión 4031/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelta el 12 de marzo de 2014.

44 Véase el amparo en revisión 860/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 2 de febrero de 2011.

45 Doctrinalmente, algunos autores consideran que la prescripción penal pertenece al derecho penal material o sustantivo, siéndole por tanto aplicable el mandato *lex praevia*. Otros en cambio la ubican en el ámbito procesal, por lo que no le aplicaría dicho mandato. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 36, p. 50.

de irretroactividad también sería aplicable a requisitos de procedibilidad y plazos de prescripción,<sup>46</sup> recientemente sostuvo que las reglas de prescripción tienen naturaleza procesal y, por tanto, no les es aplicable el mandato de aplicación retroactiva.<sup>47</sup>

Un criterio similar ha sostenido la Corte Interamericana al señalar que “la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional”, toda vez que “los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo con la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula”. Con todo, también ha precisado que dicho principio es aplicable, excepcionalmente, a normas procesales cuando “puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, o bien, en “la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal”.<sup>48</sup>

Para finalizar, es importante destacar que el mandato de *lex praevia* puede presentar dos problemas en la práctica: (i) la sucesión de normas penales en el tiempo y (ii) la ley penal intermedia. Veamos.

*b.i. Sucesión de normas penales en el tiempo.* ¿Qué sucede cuando, durante el proceso o la ejecución de una pena, el legislador deroga o abroga la ley en la cual se sustentaba la condena y, en su lugar, expide una nueva? ¿Debe considerarse que el delito *ya no existe* y, por tanto, deben sobreseerse todos los procesos y/o revocarse las sentencias definitivas en las que se hubiere aplicado la norma derogada o abrogada? Al responder estas interrogantes, la Primera Sala ha distinguido *dos supuestos* que presentan consecuencias jurídicas distintas: (i) casos en los que la conducta originalmente considerada típica ha dejado de serlo, por ya no estar prevista en la nueva ley, y (ii) casos en los que la conducta tipificada en la ley abrogada sí sigue teniendo carácter delictivo en la nueva ley.<sup>49</sup> En el primer caso, la Sala ha dicho que al *despenalizarse* la conducta las personas procesadas

46 Véanse los amparos en revisión 253/2014 (Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 5 de noviembre de 2014), 1265/2017 (Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 5 de septiembre de 2018) y 121/2021 (Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 29 de septiembre de 2021), resueltos todos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

47 Véase el amparo directo en revisión 3033/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat, resuelto el 3 de marzo de 2021. En sentido similar, véase el amparo directo en revisión 4031/2013, *op. cit.*, nota 46.

48 Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

49 Véase, entre otros, el amparo en revisión 1248/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 25 de octubre de 2017.

o sentenciadas bajo la ley derogada o abrogada deben ser puestas en libertad.<sup>50</sup> En el segundo caso, la Sala ha considerado que se actualiza una “sucesión de leyes penales en el tiempo”, supuesto en el cual la norma aplicable deberá determinarse atendiendo al principio general de ley penal más favorable.

*b.ii. Ley penal intermedia.* ¿Qué sucede cuando entre la fecha de los hechos y el momento de dictar sentencia estuvo vigente una ley intermedia que resulta más benéfica? Algunos tribunales, como el Tribunal Supremo Español, han sostenido que debe aplicarse necesariamente la ley penal intermedia cuando resulte más favorable, pues su reforma posterior es una cuestión que no es imputable al acusado.<sup>51</sup> En México, sin embargo, la Suprema Corte ha adoptado un criterio comparativamente más restrictivo, pues ha sostenido que la ley penal intermedia *no puede ser aplicada nunca* en beneficio, ya que el mandato de aplicación de ley retroactiva más favorable se refiere únicamente a leyes vigentes, no derogadas.<sup>52</sup>

### C. Subprincipio de *lex certa* o mandato de taxatividad

El subprincipio de *lex certa* o mandato de *taxatividad* deriva del principio de estricta legalidad y exige que las normas penales sean *claras, precisas y taxativas*, de tal suerte que sus destinatarios puedan conocer, con un grado de previsibilidad razonable, qué conductas están efectivamente prohibidas y cuáles no.<sup>53</sup> Se trata, en definitiva, de “la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas”.<sup>54</sup> Con ello se busca garantizar fundamentalmente (a) la seguridad y la certeza jurídica<sup>55</sup> y (b) la igualdad

---

50 Véase el amparo directo en revisión 6022/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 22 de mayo de 2019. En dicho asunto se explicó que este mandato debe ser observado incluso en amparo directo.

51 Véase el recurso de casación STS, 2.ª, 953/2013, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español el 16 de septiembre de 2013, 16-XII. Otras resoluciones que se refieren la ley penal intermedia más favorable son las sentencias penales (SSTS) 140/2002, 692/2008, 1026/2009 y 1078/2012, todas resueltas por el Tribunal Supremo Español.

52 Véase la contradicción de tesis 39/2003-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Humberto Román Palacios, resuelta el 7 de enero de 2004. De dicho asunto donde derivó la tesis 1a./J. 1/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XIX, marzo de 2004, página 151, registro digital: 181935.

53 En esto consiste el principio de legalidad “estricta” por oposición al principio de “mera” legalidad. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 121.

54 Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

55 Véase el amparo directo en revisión 4384/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto el 29 de junio de 2016.

y la imparcialidad en la aplicación del derecho —esto es, que casos iguales sean tratados de igual forma—.<sup>56</sup>

De acuerdo con la Suprema Corte, el mandato de taxatividad —contenido implícitamente en el artículo 14 constitucional—<sup>57</sup> supone una doble obligación para el legislador penal, a saber: (a) el deber de *reducir la vaguedad de los conceptos* usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y (b) el deber de *preferir el uso de conceptos descriptivos* frente al uso de conceptos *valorativos*<sup>58</sup>. Con todo, la Corte también ha precisado que dicho mandato no exige al legislador una precisión *absoluta*,<sup>59</sup> ni la obligación de definir cada uno de los términos empleados, pues las leyes —ha dicho insistentemente— “no son diccionarios”.<sup>60</sup>

Como es sabido, hoy en día la mayoría de los constitucionalistas y penalistas admiten —si bien con sus respectivos matices y diferencias— que las leyes penales poseen inevitablemente cierto grado de *indeterminación*, derivado de la naturaleza propia del lenguaje, ante lo cual el juzgador debe valorar o decidir cuál es su significado en cada caso concreto. Como han notado desde hace ya varios años algunos penalistas, “es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo y no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla”.<sup>61</sup>

En efecto, aunque el legislador puede reducir la frecuencia con que las normas se contradicen y evitar el uso ambiguo de las palabras, existen ciertas *fuentes de incertidumbre interpretativa* que son insuprimibles y cuyos efectos se pueden reducir sólo en parte, como lo son (a) la inevitable *vaguedad* del lenguaje y (b) la imprevisible cantidad de *combinaciones de circunstancias* relevantes que pueden darse en el futuro.<sup>62</sup> Además, aunque el legislador hiciera un esfuerzo por reducir

---

56 *Idem*.

57 Véase la tesis P. IX/95, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo I, mayo de 1995, página 82, registro digital: 200381.

58 Véase el amparo directo 49/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 30 de enero de 2019. En esa misma línea, véase Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, en Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, número 24, Universidad de Alicante, 2001, p. 525.

59 Véase en ese sentido la tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, julio de 2014, página 131, registro digital: 2006867.

60 Tesis 1a./J. 83/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2014, página 170, registro digital: 180326.

61 Jiménez de Asua, Luis, *Lecciones de Derecho penal*, Harla, México, 1997, p. 61.

62 Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 57.

al máximo estos problemas, ello puede generar otro tipo de costes, como es la *infra* o la *sobreinclusión* de los tipos penales.<sup>63</sup>

Ahora bien, si no puede existir precisión absoluta, ¿qué queda entonces del mandato de taxatividad? Al respecto, la Suprema Corte ha señalado que dicho mandato impone al legislador la obligación de elaborar normas penales *con un grado de precisión razonable*. Así, ha señalado que no es *per se* contrario al principio de legalidad el uso por el legislador de *conceptos jurídicos indeterminados*<sup>64</sup> o elementos normativos sujetos a valoración jurídica y/o cultural, siempre que exista una precisión razonable y no se incurra en arbitrariedad.<sup>65</sup>

La jurisprudencia, sin embargo, no ha establecido el *umbral* o *grado de precisión* que deben satisfacer las normas penales para cumplir el mandato de taxatividad. En la mayoría de los casos, la Corte se ha limitado a constatar que determinadas expresiones (como “ultrajes a la autoridad” o “actos agresivos”) en ciertos contextos normativos, resultan extremadamente vagas o ambiguas.<sup>66</sup> En otros, ha señalado que la ausencia de ciertos elementos típicos —como el elemento subjetivo “a sabiendas” en el caso de delitos relacionados con la adquisición de bienes ilícitos— pueden generar una imprecisión grave y, por ende, arbitrariedad en su aplicación.<sup>67</sup>

En sustitución, la Corte ha establecido ciertos *criterios* que deben ser evaluados por el operador a la hora de determinar si la disposición cumple con el principio de legalidad, como son: (i) el texto de la ley y la gramática; (ii) el resto de las expresiones contenidas en la misma (u otra) disposición normativa; (iii) el contexto en el cual se desenvuelven, y (iv) sus posibles destinatarios.<sup>68</sup> De esta manera, la Corte ha declarado inconstitucionales tipos penales relativamente va-

63 *Ibidem*, p. 35.

64 Véase amparo directo en revisión 6312/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 22 de enero de 2020.

65 Véase el amparo directo en revisión 4503/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 13 de febrero de 2020. En dicho asunto se dijo que el elemento normativo “persona detenida” no genera inseguridad jurídica.

66 Véase el amparo directo en revisión 2255/2015, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 7 de marzo de 2016 y la acción de inconstitucionalidad 147/2017, Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelta el 15 de octubre de 2019, ambas falladas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

67 Véase en ese sentido la acción de inconstitucionalidad 196/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 11 de mayo de 2021.

68 Véase el amparo en revisión 448/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 13 de julio de 2021, así como la tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), *op. cit.*, nota 62.

gos o ambiguos, al constatar que no estaban dirigidos “a una clase particular de sujetos que, por las actividades específicas que realizan, sea razonable esperar un conocimiento previo y detallado de su parte de las normas especiales que podrían regular un determinado sector o actividad”.<sup>69</sup>

Con respecto al mandato de taxatividad, la Corte Interamericana también ha sostenido en múltiples precedentes que, de acuerdo con el artículo 9 de la Convención Americana, “la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Para ello, “es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa taxativa y previa”.<sup>70</sup>

#### D. Subprincipio de *lex stricta* o de exacta aplicación de la ley penal

En términos generales, el subprincipio de *lex stricta* impone a juezas y jueces la obligación de aplicar las normas penales dentro del marco del *tenor literal* o el *sentido posible* del texto legislativo, sin poder acudir a la analogía o la mayoría de razón.<sup>71</sup> Es decir, conforme a dicho mandato, “la actividad del juez debe quedar ceñida estrictamente a hallar el significado de las palabras usadas por el legislador, sin poder en ningún caso hacer interpretaciones que vayan más allá del tenor literal [pues esto] último implicaría hacer uso de la analogía”.<sup>72</sup>

Dicho mandato se encuentra recogido expresamente en el artículo 14 de la Constitución, el cual establece que “[e]n los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. También es posible derivarlo del artículo 9 de la Convención Americana el cual dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

69 Véase el amparo directo 47/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 30 de enero de 2019.

70 Véase por todos, Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 162.

71 Algunos autores, como Bacigalupo, consideran incluso que el límite debería ser el “sentido más restringido del texto”, derivado de la jerarquía axiológica que tiene la libertad. Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 36, pp. 86-96.

72 Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 28, p. 9

Cabe aclarar que el mandato de *lex stricta* no impide a juzgadoras y juzgadores interpretar las normas penales. Si por “interpretación” entendemos “atribuir significado a un texto normativo”, es claro que el juez debe necesariamente interpretar todas disposiciones penales a fin de determinar su contenido y alcance en cada caso concreto.<sup>73</sup> Como se dijo en el epígrafe anterior, incluso en materia penal el legislador no puede —por razones *de hecho*— eliminar todas las posibles fuentes de *incertidumbre interpretativa* que pueden presentarse en casos concretos y que deben ser dirimidas por el juzgador.

Una postura similar ha sostenido la Primera Sala al señalar que “no debe confundirse la función del juzgador de darle contenido a cada uno de los elementos del tipo penal, con la prohibición prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución”. Para la Primera Sala, “el principio de exacta aplicación de la ley penal no llega al extremo de dejar sin facultad de actuar al operador jurídico”, toda vez que exigir al legislador que dote de contenido exacto y completamente preciso a cada uno de los elementos que configuran el tipo penal “tornaría imposible la función legislativa”.<sup>74</sup>

En esa misma línea, la doctrina ha reconocido que hoy en día el principio de legalidad parte “de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez”.<sup>75</sup> Por ello, se dice que más que prohibir la interpretación, lo que en realidad prohíbe el mandato de *lex stricta* prohíbe es el recurso a la “analogía” o “creación” judicial de Derecho Penal *in malam partem* (es decir, en perjuicio).

Esto implica asumir una clara distinción analítica entre “interpretación” y “analogía”. En efecto, mientras que la “interpretación” consiste en “atribuir significado” a un texto normativo dentro de sus “significados posibles”, la analogía, en cambio, es una técnica que sirve para “colmar” lagunas normativas o axiológicas mediante la “creación” de normas implícitas.<sup>76</sup> Dicho de otro modo: la analogía no es —como a veces se cree— una técnica de interpretación del Derecho, sino más bien de *creación, producción o construcción* de Derecho, la cual

---

73 Cfr. Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 4ª Ed., 2016, p. 19. Véase también Gascón Abellán, Marina, “La actividad judicial: problemas interpretativos”, en Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*, Palestra editores, Lima, 2003, p. 97.

74 Véase el amparo en revisión 161/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto el 25 de agosto de 2021.

75 Roxin, Claus., *op. cit.*, nota 24, pp. 148-149.

76 Guastini, Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, trad. César E. Moreno More, México, CIIJUS, 2018, p. 329.



es realizada por el juzgador ante la advertencia de una laguna axiológica o normativa. Y es precisamente por ello que —al ser una técnica de creación y no de interpretación— tal forma aplicación del Derecho Penal resulta incompatible con el principio de legalidad.<sup>77</sup>

El artículo 14 de la Constitución mexicana parece asumir esta aproximación. Como se ha visto, dicho precepto no prohíbe la interpretación de las leyes penales *per se*, sino más bien la imposición, mediante “analogía o mayoría de razón” de penas no previstas en leyes exactamente aplicables al delito de que se trate. Esta cuestión ha sido afirmada la Primera Sala quien ha sostenido reiteradamente que “la labor del juzgador no es de mero aplicador de las normas”. De acuerdo con la Corte, las juezas y los jueces penales pueden recurrir válidamente a diversos métodos de interpretación a fin de establecer el contenido y alcance de los elementos del tipo penal, siempre y cuando no recurran a la analogía o incorporen elementos no previstos expresamente en la ley penal.<sup>78</sup>

Con todo, es importante precisar que la analogía *in malam partem* no es el único tipo de argumento o forma de aplicación del derecho penal que puede entrar en tensión con el principio de legalidad en su vertiente de *lex stricta*. También la atribución de significados *arbitrarios, injustificados o implausibles* por parte del juzgador puede implicar una violación a dicho principio. En términos generales, puede decirse que una interpretación es *posible o justificable* (y, por tanto, compatible con el mandato de legalidad) cuando el intérprete sigue las *reglas del habla* de la comunidad relevante de hablantes.<sup>79</sup> En cambio, es *injustificada o arbitraria* cuando el intérprete se aparta de las reglas válidas de habla y, en su lugar, desarrolla reglas propias del lenguaje que, sin legitimación, “intenta imponer a la comunidad”.<sup>80</sup> Por ello, más que la simple prohibición de analogía o mayoría de razón, puede decirse que lo que el mandato de *lex stricta* en realidad prohíbe es cualquier tipo de interpretación arbitraria o injustificada y, en general, cualquier forma de “creación” de derecho penal por parte del órgano jurisdiccional *in malam partem* (es decir, en perjuicio de la persona acusada), incluyendo la analogía y la mayoría de razón.

Ahora bien ¿qué sucede con la analogía y la creación judicial de derecho penal *in bonam partem*, es decir, en beneficio? Aunque no se tiene conocimiento de un precedente en el que la Corte expresamente haya abordado esta cuestión, la

---

77 Sobre esta cuestión, véase Bulygin, Eduardo, “En defensa del Dorado: respuesta a Fernando Atria”, en F. Atria, et al., *Lagunas en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

78 Véase el amparo en revisión 161/2021, *op. cit.*, nota 77.

79 Montiel, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 28, p. 28.

80 *Idem*.

doctrina nacional no parece poner reparos en su admisión.<sup>81</sup> El argumento que suele darse es el siguiente: puesto que la Constitución mexicana únicamente prohíbe la aplicación de penas por analogía o mayoría de razón, a *contrario sensu* se entiende entonces que no existe obstáculo alguno para recurrir a la analogía *en beneficio* del acusado o la acusada.

Con todo, vale apuntar que el recurso a la analogía *in bonam partem* no implica una “carta en blanco” que autorice a las juezas y los jueces a llevar a cabo un activismo judicial desmedido y arbitrario. Como han referido algunos autores, el empleo adecuado de la analogía en beneficio exige trazar una clara distinción entre las “lagunas axiológicas” y los “meros desacuerdos valorativos”, en tanto que sólo las primeras justifican el uso judicial de la analogía.<sup>82</sup> En pocas palabras, la analogía *in bonam partem* no debe verse como un “subterfugio” que pueda usar el juez para sublevarse al derecho y a la voluntad del legislador, pues no hay que olvidar que la correcta aplicación del derecho penal también persigue fines importantes, como la prevención del delito y la reparación a las víctimas. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debe actuar con mucha cautela, debiendo justificar su decisión, preferentemente, en principios constitucionales.

## 2. Los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas

Desde sus orígenes, el artículo 22 de la Constitución mexicana ha contenido un catálogo de “penas prohibidas”, entre las que se encuentran: la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, la multa excesiva, el tormento de cualquier especie, la confiscación de bienes y cualquier otra pena inusitada o trascendental. La pena de muerte no fue prohibida en su totalidad sino hasta el año 2005. Finalmente, en 2008 se incorporó también al artículo 22 constitucional el *principio de proporcionalidad de las penas*, al establecerse expresamente que “[t]oda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas también encuentran reflejo en los tratados internacionales. La Convención Americana establece

---

81 Véase por ejemplo Carbonell, Miguel, “Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en Materia Penal”, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 6, Tercera Época, México, pp. 44-45; y Ochoa Romero, Roberto A., “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Tipificación de Conductas Ilícitas”, en García Ramírez, Sergio et al (coords.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM-IIJ, México, 2014, pp. 152-153.

82 Sobre este tema consúltese Montiel, Juan Pablo, *Analogía favorable al reo. Fundamentos límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, Colombia, Universidad de Los Andes-Ibañez, 2011.

en su artículo 4.2 que, en aquellos Estados en donde no se hubiere abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves. Asimismo, en su artículo 4.3 dispone que, una vez abolida dicha pena no podrá reestablecerse y en el artículo 4.4 que, en ningún caso, podrá imponerse por delitos políticos. Por su parte, el artículo 5.2 establece que nadie deberá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; mientras que el artículo 5.3 dispone que la pena no puede trascender de la persona del delincuente. Prohibiciones similares pueden encontrarse en los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En conjunto, los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas limitan el contenido material de las normas de sanción, es decir: la *calidad* y la *cantidad* de la pena posible (esto es, qué penas y cuánto es admisible).<sup>83</sup> En efecto, mientras que el principio de humanidad *proscribe ciertas penas* que históricamente se han considerado como violatorias de la dignidad humana, el principio de proporcionalidad de las penas *establece los límites de las penas permitidas* (como son la prisión y la multa).

Antes de pasar a analizar estos principios, debe precisarse que los mismos son aplicables únicamente a *penas en sentido estricto*, las cuales han sido definidas por la Corte como aquellas que implican “la privación coactiva de un bien, determinada por una autoridad facultada válidamente para ello, que sufre una persona como consecuencia de una conducta calificada como delictiva en un proceso judicial”.<sup>84</sup> Por ende, no se consideran penas aquellas “sanciones” en sentido *lato* que no implican el ejercicio del *ius puniendi*, como sucede con aquellas normas que regulan la nulidad de actos jurídicos.<sup>85</sup>

## A. Penas prohibidas

Las penas prohibidas que mayor atención han recibido en la jurisprudencia mexicana son las “penas inusitadas” y las “penas trascendentales”. En cuanto a las “penas inusitadas”, la Corte ha sostenido que éstas no se refieren a penas no

83 *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 387.

84 Véase el amparo en revisión 1370/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 26 de octubre de 2005. De dicho asunto derivó la tesis 1a. CLXIII/2005, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, página 711, registro digital: 176400.

85 Véase en ese sentido el amparo directo en revisión 7390/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 9 de septiembre de 2020.

utilizadas históricamente, sino más bien a todas aquellas que han sido abolidas por considerarse inhumanas, crueles, infamantes o excesivas, o bien, *porque no se corresponden con los fines de la pena*. De acuerdo con lo anterior, durante algún tiempo la Corte consideró que la “prisión vitalicia” constituía una pena inusitada, pues era contraria al fin de readaptación social que debía tener la pena (hoy reinserción social).<sup>86</sup> Pocos años más tarde, sin embargo, la Corte cambió de criterio y sostuvo que, si bien la prisión vitalicia impide la readaptación de la persona, ello no la hace inusitada, toda vez que no se trata de la única consecuencia o fin de la pena de prisión, además de que, “de haber sido esa [la intención del Constituyente] lo habría plasmado expresamente”.<sup>87</sup>

Sobre la llamada prisión vitalicia, la Corte Interamericana ha sostenido que ésta es incompatible con la Convención Americana, específicamente su artículo 7.3, tratándose de *niñas, niños y adolescentes infractores*, toda vez que en estos casos deben aplicarse con mucha mayor fuerza los principios de (i) *ultima ratio* y de máxima brevedad, (ii) de delimitación temporal desde el momento de su imposición y (iii) la revisión periódica de la necesidad de la privación de libertad de las niñas y los niños.<sup>88</sup>

Por otra parte, en cuanto a las llamadas “penas trascendentales”, la Suprema Corte ha señalado que son una expresión del “principio de personalidad de las penas”<sup>89</sup> y se refieren a aquellas que “pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños no inculcados”. No se refieren, por tanto, a las consecuencias que derivan de “posibles trastornos que puedan sufrir los familiares de los reos, con motivo de la reclusión de éstos”.<sup>90</sup> En esa línea, la Corte ha señalado que la inhabilitación para realizar determinadas actividades profesionales o económicas, impuesta como sanción por la comisión de un delito, no constituye una pena trascendental, aun y cuando ello pueda implicar una afectación indirecta para la familia o dependientes económicos del sentenciado o la sentenciada.<sup>91</sup> Para la

---

86 Véase la contradicción de tesis 11/2001-PL, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelta el 2 de octubre de 2001.

87 Véase la acción de inconstitucionalidad 20/2003, Ponente: Juan Díaz Romero, resuelto el 19 de septiembre de 2005 y la solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, resuelta el 2 de junio de 2010, ambas resueltas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

88 Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 162.

89 Véase el amparo directo en revisión 4770/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 30 de septiembre de 2015.

90 Véase la tesis 1a./J. 29/2002, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2006, página 17, registro digital: 186895.

91 Amparo directo en revisión 5999/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 25 de abril de 2018.

Corte, asumir un criterio distinto llevaría al extremo de tener que considerar que todas las penas son trascendentales, pues “es evidente que de una u otra forma, en mayor o menor grado, afectan a las personas allegadas a los sentenciados”.<sup>92</sup>

## B. El principio de proporcionalidad de las penas

Actualmente es posible distinguir en la doctrina y la jurisprudencia comparada dos grandes concepciones sobre el *principio de proporcionalidad en materia penal*: una *estricta*, que refiere a “la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y de delito”; y una más *amplia*, la cual recae sobre un “examen más global sobre los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad”.<sup>93</sup> La primera de estas vertientes se relaciona con la preocupación de los Ilustrados de que los delitos más graves recibieran una sanción mayor.<sup>94</sup> La segunda, en cambio, se relaciona con la “prohibición de exceso” y la práctica actual de los tribunales constitucionales, quienes suelen evaluar cualquier intervención a los derechos fundamentales —incluyendo las leyes penales— a la luz de un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, conformado generalmente por un examen de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>95</sup>

En México, la Suprema Corte ha sostenido que nuestra Constitución reconoce ambas vertientes del principio de proporcionalidad, si bien a partir de fundamentos constitucionales distintos.<sup>96</sup> En primer lugar, ha dicho que la Constitución garantiza un *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual deriva directamente del artículo 22 constitucional y cuya violación debe analizarse bajo una *lógica retributiva*. En segundo lugar, ha reconocido que la Constitución también consagra un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, el cual debe cumplir toda medida legislativa que intervengan derechos fundamentales. En este último caso, el análisis debe realizarse *en clave consecuencialista*.

En cuanto al *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, la Corte ha señalado que éste impone obligaciones tanto al legislador —quien tiene el deber de garantizar la proporcionalidad de las penas *en abstracto*, atendiendo para ello

92 Tesis 1a./J. 29/2002, *op. cit.*, nota 93.

93 Cfr. Lopera, Gloria, *El principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 172.

94 Sobre esto véase Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, nota 6.

95 Cfr. Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 96, pp. 227-232.

96 Véase amparo directo en revisión 181/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelta el 6 de abril de 2011.

la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien, el ámbito de responsabilidad subjetiva, etcétera— como a las personas juzgadoras —quienes tienen el deber de garantizar la proporcionalidad de la pena *en concreto*—. En ese sentido, la Corte ha dicho que el legislador debe proporcionar a las y los jueces un marco penal suficientemente amplio que les permita *individualizar la pena*, tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso (como son el grado de lesión o puesta en peligro del bien, el grado de participación, entre otros). Por ello, ha sostenido que las “penas fijas” son, por regla general, incompatibles con el principio de proporcionalidad, en tanto que no permiten su individualización en cada caso concreto.<sup>97</sup>

En lo que respecta al *principio de proporcionalidad en abstracto*, la jurisprudencia ha advertido que su análisis es complejo, pues implica atender a aspectos contingentes que no están dados de antemano, como son cuestiones éticas o valorativas de cada sociedad y momento histórico, así como criterios de oportunidad. Para la Corte, para determinar si una pena es proporcional en abstracto no basta con constatar que un delito tiene una pena mayor que otro delito que afecta un bien jurídico similar o de mayor importancia. Esto se debe a tres razones fundamentales: (i) porque no siempre hay consenso sobre la *mayor importancia* de un bien jurídico sobre otro; (ii) porque la intensidad o grado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico puede variar dependiendo de cada tipo penal; y (iii) porque el legislador democrático cuenta con amplia legitimidad y atribuciones para establecer la escala de penas tomando en consideración, no sólo la gravedad del delito, sino también razones de *política criminal*. En palabras de la Corte: “el incremento en la comisión de ciertos delitos justifica que el legislador instrumente una respuesta penal de mayor intensidad que se traduzca también en un aumento de las penas”.

La Corte también ha precisado que la metodología de análisis del principio de proporcionalidad *en sentido estricto* es distinta y no debe confundirse con la del principio de proporcionalidad *en sentido amplio*. Para evaluar la *proporcionalidad de una pena en sentido estricto*, el juez constitucional debe llevar a cabo un *análisis comparativo* entre el *quantum* de la pena enjuiciada con las penas asignadas a otros delitos. Para ello —ha dicho— no deben compararse *todas* las penas contenidas en el Código Penal, sino únicamente aquellas previstas para delitos que atentan contra un *mismo bien jurídico* (así, para evaluar, por ejemplo, la proporcionalidad en sentido estricto de la pena atribuida al delito de *robo*, habría que compararla con las penas previstas para otros delitos que atentan contra el

---

97 Véase acción de inconstitucionalidad 97/2019, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, resuelta el 8 de junio de 2020.

*patrimonio*). Es a partir de este comparativo que se estará en condiciones de evaluar si la pena enjuiciada resulta desproporcionada *en comparación* con el sistema de penas asignadas la protección de un mismo bien jurídico. Para lo cual, se reitera, es indispensable considerar también las *razones de política criminal* que hayan llevado al legislador a aumentar o reducir una determinada pena.<sup>98</sup>

En ese orden de ideas, puede decirse que lo que el *principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto* previsto en el artículo 22 de la Constitución garantiza, es la *coherencia interna* del sistema de penas establecido por el legislador para delitos que atentan contra el mismo bien jurídico, a partir de determinados criterios de *razonabilidad* (proporcionalidad en abstracto), así como la *proporcionalidad de las penas concretamente aplicadas por las personas juzgadoras* en cada de caso particular (proporcionalidad en concreto). Sin embargo, si lo que se quiere es determinar si el parámetro de pena establecido por el legislador es *por sí mismo* excesivo de cara a los derechos fundamentales que interviene (como la libertad) —es decir, con independencia del sistema o familia de delitos al que pertenece— resulta necesario acudir a *otros principios* que limitan u orientan el *ius puniendi*. Uno de ellos es precisamente el principio de *proporcionalidad en sentido amplio*.

En efecto, la Primera Sala ha señalado que este último principio “constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas”.<sup>99</sup> Dicho principio se encuentra *implícito* en la Constitución mexicana, pues deriva del principio de legalidad, la prohibición constitucional de actuar de manera arbitraria, así como la estructura de *principio* que le ha atribuido la propia Corte a la mayoría de los derechos fundamentales (especialmente al derecho fundamental de libertad). En otras palabras: el *principio de proporcionalidad en sentido amplio* no es otra cosa que la necesidad de que todas las normas (incluidas las normas penales de conducta y de sanción), en tanto supongan una intervención a derechos fundamentales, cumplan los requisitos de perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, además de ser idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Sobre esto se profundizará en el siguiente apartado.

### 3. Los derechos fundamentales como límites al *ius puniendi* del Estado

La Suprema Corte ha señalado en numerosas ocasiones que el legislador penal cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para emitir leyes que incidan

98 Amparo directo en revisión 85/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 4 de junio de 2014.

99 Amparo directo en revisión 181/2011, *op. cit.*, nota 99.

en los derechos humanos o fundamentales de las personas mediante la imposición de penas. Sin embargo, también ha precisado que tal facultad no es absoluta o ilimitada, sino que está sujeta en todo momento a límites constitucionales, los cuales vienen impuestos por el principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad y el exceso.<sup>100</sup>

En esa línea, en la última década la Suprema Corte ha invalidado diversas disposiciones penales por considerarlas excesivas o desproporcionadas para la libertad y, en consecuencia, violatorias de derechos humanos. Un ejemplo puede encontrarse en la sentencia que declaró la invalidez del tipo penal que establecía la *criminalización en términos absolutos del aborto* —es decir, sin la posibilidad de que pueda llevarse en un periodo cercano a la gestación— al considerarse que constituía una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos relacionados con la libertad reproductiva.<sup>101</sup> Otro ejemplo puede verse en la sentencia que determinó que diversos tipos penales del Estado de Tabasco que sancionaban con prisión y multa a quien, por cualquier medio, impidiera o intentara impedir la realización de obras públicas o privadas, al considerarse que ello constituía una limitación desproporcionada al *derecho humano a la protesta social*, por tratarse de una medida sobreinclusiva que no permitía distinguir ejercicios legítimos e ilegítimos de protesta.<sup>102</sup>

Cabe aclarar que no sólo las “normas de conducta” (es decir, los tipos penales) constituyen límites o restricciones a derechos fundamentales que pueden y deben ser analizados a la luz del *test de proporcionalidad*, sino también las “normas de sanción”. En diversos asuntos, la Corte ha señalado que toda pena tiene necesariamente un carácter *pluriofensivo* pues su imposición puede afectar diversos derechos fundamentales. Por ello, para determinar si la intervención en los derechos que supone la pena es constitucional debe aplicarse un *test o examen de proporcionalidad en sentido amplio*, el cual consiste en evaluar la legitimidad del fin, la idoneidad o adecuación de la medida, la necesidad de la misma y su proporcionalidad en sentido estricto.<sup>103</sup> Con todo, la Corte también ha precisado que en éstos casos se debe tomar en consideración que el examen de proporcionalidad

---

100 Véase en ese sentido la acción de inconstitucionalidad 125/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, resuelta el 2 de junio de 2020. Dicho criterio se encuentra igualmente contenido en la tesis P./J. 130/2007, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 8, registro digital: 170740.

101 Acción de inconstitucionalidad 148/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelta el 7 de septiembre de 2021.

102 Acción de inconstitucionalidad 91/2019 y sus acumuladas, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando González Salas, resuelta el 8 de marzo de 2021.

103 Amparo directo en revisión 181/2011, *op. cit.*, nota 99.



está *especialmente condicionado* por el amplio “margen de acción epistémico” con el que cuenta el legislador democrático. Por tanto, “en todos aquellos casos en los que exista incertidumbre sobre las premisas empíricas en las que se apoya la actuación del legislador, debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas”.<sup>104</sup>

#### 4. *Prohibición de doble punición o non bis in idem*

El artículo 23 de la Constitución mexicana establece que “[n]adie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Por su parte, el artículo 8.4 de la Convención Americana dispone que “[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. De manera similar, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

La Suprema Corte ha señalado que el principio de *non bis in idem* o prohibición de doble sanción se transgrede “cuando el Estado juzga dos veces a una persona con motivo de los mismos hechos delictivos”,<sup>105</sup> con independencia de que se utilicen o pretendan utilizar tipos penales distintos. De acuerdo con la Corte, ello es así toda vez que una sentencia definitiva, condenatoria o absolutoria, obtiene “una firmeza tal que permite considerar su estudio como cosa juzgada”, es decir, “irrebatible, indiscutible e inmodificable”.<sup>106</sup> La Corte Interamericana ha sostenido una postura similar al interpretar el artículo 8.4 de la Convención,<sup>107</sup> pues ha señalado que para que se configure una violación a dicho principio se requiere que: (i) el imputado haya sido absuelto; (ii) la absolución sea el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio esté fundado en *los mismos hechos* que motivaron la sustanciación del primer juicio.<sup>108</sup>

La Suprema Corte ha señalado que el principio de *non bis in idem* se proyecta en dos vertientes: una *sustantiva* y una *adjetiva-procesal*. La vertiente sustanti-

104 En ese mismo sentido, véase Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 96.

105 Véase la tesis 1a. CCXXVIII/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo XXII, julio de 2013, tomo 1, página 563, registro digital: 2004023.

106 Amparo directo en revisión 3731/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelta el 2 de diciembre de 2015.

107 Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255. párr. 121.

108 Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 262.

va veda la *plural imposición de consecuencias jurídicas* sobre una misma infracción.<sup>109</sup> La vertiente procesal, por su parte, implica que nadie debe ser juzgado o procesado dos veces por el mismo hecho, siempre que exista “sentencia firme”.<sup>110</sup> Así, se ha precisado que esta última vertiente sólo viola cuando una persona es sometida a una “doble sentencia ejecutoriada” —esto es, “con calidad de cosa juzgada”— pero no cuando se ordena la reposición del procedimiento penal en un caso en el que aún no existe sentencia definitiva (por ejemplo, cuando se decreta la incompetencia del órgano jurisdiccional por razón de fuero).<sup>111</sup>

La Corte Interamericana, por su parte, ha precisado que el principio de *non bis in idem* no es absoluto, sino que admite excepciones, especialmente cuando se trata de *violaciones graves a derechos humanos y delitos de lesa humanidad*.<sup>112</sup> Para el tribunal interamericano, dicho principio no es aplicable cuando (i) la actuación del tribunal de sobreeser o absolver a una persona acusada de violar derechos humanos o el derecho internacional fue con la intención de sustraerla de su responsabilidad penal; (ii) el procedimiento no fue instruido de manera independiente e imparcial, de acuerdo con las debidas garantías procesales, o bien (iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Para la Corte, una sentencia dictada bajo esas circunstancias produce una cosa juzgada solo “aparente” o “fraudulenta”.<sup>113</sup>

## 5. Otros principios implícitos en la Constitución que limitan el ius puniendi

Tanto la Suprema Corte como la Corte Interamericana han reconocido otros principios del derecho penal liberal como garantías *implícitas* en la Constitución

109 Tesis 1a./J. 92/2009, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, tomo XXX, página 161, registro digital: 165831.

110 Amparo directo en revisión 3731/2015, *op. cit.*, nota 109.

111 Véanse las tesis P. XVI/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, página 358, registro digital: 2002971 y la tesis: 1a. XXXII/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 40, marzo de 2017, tomo I, página 437, registro digital: 2013953, que abandona la tesis 1a./J. 21/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo XX, julio de 2004, página 26, registro digital: 181222.

112 Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117 y Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

113 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154.

y la Convención Americana, como es el caso de los *principios de culpabilidad, lesividad y mínima intervención* o *última ratio*. Veamos.

## A. Principio de culpabilidad

En términos generales, este principio implica que ningún hecho o comportamiento humano puede valorarse como *acción* y por tanto ser castigado penalmente, si no es *intencional* (es decir, si no media dolo o culpa). En esa línea, algunos autores consideran que del principio de culpabilidad es posible derivar tres *requisitos* o *condiciones de punibilidad*: a) una relación causal entre la acción y el autor (es decir, que aquella pueda atribuirse a éste); b) la imputabilidad o capacidad penal del autor (es decir, su capacidad de querer y entender) y c) la intencionalidad en sentido estricto, la cual puede asumir la forma de *dolo* o *culpa* (es decir, que medie intencionalidad o al menos la infracción a un deber de cuidado).<sup>114</sup>

En México, el principio de culpabilidad no se encuentra expresamente en la Constitución. No obstante, la Suprema Corte ha considerado que se trata de un principio fundamental *implícito* en nuestra Constitución, el cual encuentra asidero en el artículo 22 constitucional.<sup>115</sup> Dicho principio se encuentra estrechamente vinculado además con el *modelo del derecho penal del acto*, según el cual sólo es válido sancionar a una persona por lo que ha hecho<sup>116</sup> y no por quién es.<sup>117</sup> Acorde con este principio, la Suprema Corte ha declarado la inconstitucionalidad de normas que obligaban a las juezas y los jueces a considerar dictámenes periciales sobre la *personalidad* o *peligrosidad* del acusado, o bien sus antecedentes penales, a fin de individualizar la pena.<sup>118</sup>

De manera similar, la Corte Interamericana ha sostenido que del artículo 9 de la Convención Americana se desprende que ésta se decanta por el paradigma del *derecho penal de acto* y rechaza su opuesto, esto es, el *derecho penal de autor* en sus diferentes vertientes, según cual la conducta típica sólo es un signo o síntoma que “permite detectar a una personalidad o carácter”, ampliándose incluso a actos atípicos.<sup>119</sup>

114 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, pp.487-490.

115 Amparo directo en revisión 92/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 2 de diciembre de 2020.

116 Tesis 1a./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, página 354, registro digital: 2005918.

117 Tesis 1a./J. 19/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, mayo de 2016, tomo II, página 925, registro digital: 2011648.

118 Tesis 1a. CCCXXXVIII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, página 978, registro digital: 2010423.

119 Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 248.

## B. Principio de lesividad

En términos generales, este principio prescribe que toda conducta tipificada como delito debe ser susceptible de afectar bienes jurídicos de relevancia penal.<sup>120</sup> Se trata de un principio que ha sido derivado por la Suprema Corte a partir del artículo 22 constitucional, constituye un límite a la libertad configurativa del legislador secundario, pues las normas penales que éste adopte deben responder justificadamente a la salvaguarda de un *bien jurídico*.<sup>121</sup> En esa línea, la Corte ha sostenido que de acuerdo con dicho principio no es válido tipificar o sancionar conductas que no lesionan o ponen en riesgo tales bienes jurídicos. Con todo, debe señalarse que a la fecha no existe una definición jurisprudencial (ni doctrinal) clara de qué cosas pueden considerarse “bienes jurídicos” de relevancia penal.<sup>122</sup>

## C. Principio de última ratio o mínima intervención

Finalmente, la Suprema Corte también ha reconocido el principio de *ultima ratio* o mínima intervención como un principio implícito en la Constitución, el cual, si bien no se encuentra previsto de manera expresa en su texto, puede derivarse de los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución, así como de los tratados internacionales suscritos por México.<sup>123</sup>

En cuanto a su contenido, la Corte ha señalado que dicho principio “implica que el derecho penal debe ser el *último recurso* de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir”. Dicho principio se desdobra en dos subprincipios: “el de *fragmentariedad*, que implica que el derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos; y el de *subsidiariedad*, conforme al cual, se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal; de ahí que el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles (cursivas añadidas).<sup>124</sup>

---

120 Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 466.

121 Amparo directo en revisión 119/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelta el 3 de abril de 2019.

122 Para un debate sobre este tema, véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 476; Lopera, Gloria, *op. cit.*, nota 96, p. 333 y Hefendehl, Roland, et al (eds.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

123 Acción de inconstitucionalidad 51/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, resuelto el 22 de agosto de 2019.

124 *Idem*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido dicho principio en el ámbito de la Convención Americana, al señalar que “el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*”. Para el tribunal interamericano, en una sociedad democrática “el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro”.<sup>125</sup>

#### IV. LAS GARANTÍAS PENALES PROCESALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Como señala Ferrajoli, el conjunto de garantías sustantivas o sustanciales quedaría incompleto si no fuese acompañado por un conjunto correlativo o subsidiario de garantías procesales.<sup>126</sup> Sólo si se garantiza que el juicio penal estará sometido a ciertas condiciones de imparcialidad, veracidad y control, las garantías sustantivas de estricta legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, entre otras, podrán ser efectivas. Esta exigencia viene representada por el *principio de estricta jurisdiccionalidad*.

De lo anterior es posible derivar tanto garantías *orgánicas* como estrictamente *procesales*. Las *garantías orgánicas* se refieren, como se explicó antes, al juez y su colocación institucional respecto de los demás poderes y las partes (como son el principio de independencia, imparcialidad, separación entre juez y acusación, juez natural). Las *garantías procesales*, por su parte, se refieren a aquellas garantías relativas al *juicio*, es decir, a la recolección de pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción judicial (como son los principios de contradicción, intermediación, publicidad, presunción de inocencia, entre otras). Estas últimas además pueden clasificarse en *epistemológicas* (o de verdad) y *no epistemológicas* (o de libertad), según tengan como finalidad o no la *averiguación de la verdad* en el proceso.

Ahora bien, como es sabido, el 18 de junio de 2008 se publicó en México una reforma constitucional mediante la cual se transitó de un sistema penal de corte inquisitivo mixto hacia uno de corte acusatorio, adversarial y oral, caracterizado por tener un andamiaje mucho más garantista que su antecesor. En ese sentido, es importante notar que las garantías que se describen a continuación *por lo general* se refieren al sistema acusatorio vigente, aunque muchas de ellas son aplicables a ambos sistemas.

125 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 73.

126 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 537.

## 1. Garantías orgánicas del proceso penal

### A. Principio de juez competente y natural

Una de las primeras garantías del debido proceso en materia penal es el derecho a ser juzgado o juzgada por un juez competente, constituido con anterioridad al hecho. El artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución establece el derecho de toda persona a que “se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes”. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”. De las anteriores disposiciones es posible desprender lo que se conoce como el principio de juez competente y natural, el cual se constituye no sólo como una garantía del debido proceso sino como un presupuesto de éste,<sup>127</sup> y consiste básicamente en que las personas tienen derecho a ser juzgadas por tribunales ordinarios y conforme a los procedimientos legalmente establecidos.<sup>128</sup>

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado enfáticamente que el juez natural deriva su existencia y competencia de la “ley”, por lo que en un Estado de Derecho corresponde *exclusivamente* al Poder Legislativo la facultad de regular a través de las leyes la competencia de los juzgadores.<sup>129</sup> El principal objetivo de esta garantía es que las personas sean juzgadas por tribunales ordinarios establecidos *con anterioridad* y bajo normas procesales legalmente establecidas, evitando el uso de tribunales especiales o *ad hoc*.<sup>130</sup> Con ello, no sólo se garantiza la legalidad, sino también la imparcialidad y la objetividad del tribunal.

### B. Principios de imparcialidad e independencia

El principio de juez competente y natural se vincula estrechamente con el principio de imparcialidad, el cual se deriva igualmente de los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución General<sup>131</sup> y 8.1 de la Convención Ameri-

---

127 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Párr. 98.

128 *Ibidem*, párr. 75.

129 *Ibidem*, párr. 76.

130 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

131 Artículo 17. [...]

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de

cana.<sup>132</sup> En términos generales, esta garantía tiene como objetivo asegurar que el juez o tribunal que conozca del asunto actúe con la mayor objetividad posible al resolver un caso sujeto a su jurisdicción.<sup>133</sup>

Al desentrañar los alcances del artículo 17 constitucional, la Suprema Corte mexicana ha sostenido que el principio de imparcialidad “es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas”.<sup>134</sup> Adicionalmente, ese principio exige que quien juzgue una contienda se aproxime a los hechos de la causa careciendo de prejuicios en lo subjetivo y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva.<sup>135</sup>

Los conceptos de imparcialidad e independencia no son intercambiables. Si bien ambos se encuentran íntimamente relacionados, la Corte Interamericana ha sido

---

manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[...].

132 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[...].

133 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

134 Tesis 1a./J. 1/2012 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, tomo 1, página 460, registro digital: 160309.

135 Esta distinción proviene originalmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver: Corte EDH, *Caso Morice Vs. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Fifth Section), Application No. 29369/10, 11 de julio de 2013, párr. 71; y Corte EDH, *Caso De Cubber Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 9186/80, 26 de octubre de 1984, párr. 26, cuya doctrina en este aspecto también ha sido retomada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana véase también: Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párr. 189, el cual ha explicado que el principio de imparcialidad tiene un *aspecto subjetivo*, consistente en que el juzgador debe carecer de cualquier prejuicio personal; pero también tiene un *aspecto objetivo*, entendido como el deber de ofrecer garantías suficientes para que no exista duda legítima sobre su imparcialidad, por lo que hasta las apariencias podrían jugar un rol importante en este aspecto. Ello es así, pues lo que se busca es proteger la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos de una sociedad democrática y, particularmente, a las partes del caso en cuestión.

enfática en cuanto a que cada uno goza de su contenido jurídico propio.<sup>136</sup> Así, la independencia judicial se diferencia de la imparcialidad en tanto que aquella implica proteger al sistema judicial y a sus integrantes de intervenciones o restricciones indebidas en el ejercicio de su función por órganos ajenos al Poder Judicial, lo que implica una serie de garantías relativas al nombramiento e inamovilidad de los juzgadores; mientras que el principio de imparcialidad implica que un juzgador o los integrantes de un tribunal no tengan un interés o involucramiento directo en la controversia, una posición tomada o una preferencia por alguna de las partes<sup>137</sup>.

## 2. *Garantías procesales epistemológicas o de verdad*

### A. Principio de contradicción

A partir de la reforma constitucional de 2008, el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución General establece que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por diferentes principios, entre los que se encuentra el *principio de contradicción*. Dicho principio tiene como objetivo garantizar que las partes en un proceso penal se encuentren en igualdad de oportunidades ante el juez, de manera que tanto la fiscalía como el acusado puedan presentar y argumentar sus respectivas teorías del caso, apoyados en los datos o medios de prueba que consideren pertinentes y conducentes, y el juez pueda tomar postura sobre los puntos opuestos sujetos a debate.<sup>138</sup>

La Suprema Corte ha sostenido que dicho principio se manifiesta en dos vertientes complementarias entre sí. La primera, como un *derecho a la defensa*, implica que todas las partes involucradas en un proceso penal deben tener el derecho a expresar sus argumentos y a ofrecer sus pruebas, así como la oportunidad de someter a refutación y contra argumentación toda aquella información, actos o pruebas de la contraparte. La segunda vertiente, entendida como una *garantía de formación de la prueba*, se aplica específicamente a la producción de la prueba testimonial y exige que la contraparte del oferente de la prueba cuente con la oportunidad de conainterrogar al testigo sobre el contenido de sus afirmaciones, con el propósito de controvertir la credibilidad de su testimonio.<sup>139</sup>

---

136 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. op. cit., párrs. 54 a 56.

137 *Idem*.

138 Tesis 1a. CCL/2011 (9a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VI, marzo de 2012, Tomo 1, página 290, registro digital 160186.

139 Tesis 1a. XLIX/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 953, registro digital 2017052.



## B. Principio de inmediación

El principio de contradicción se encuentra íntimamente ligado con un diverso principio rector del procedimiento penal acusatorio y adversarial: el principio de inmediación. El desarrollo específico de este principio podemos encontrarlo en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la propia Constitución, en donde se establece que “[t]oda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”. Así, como señala la Suprema Corte, el principio de inmediación “presupone que todos los elementos de prueba vertidos en un proceso y que servirán para decidir sobre la responsabilidad penal de una persona, deben ser presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia”.<sup>140</sup>

La introducción de este principio en el texto constitucional buscó erradicar una de las prácticas más comunes del antiguo sistema penal mixto, consistente en que la dirección de la mayoría de las audiencias era delegada por el juez a un secretario del juzgado, lo que evidentemente incluía el desahogo y valoración del material probatorio.<sup>141</sup> De esta manera, a través del principio de inmediación se buscó asegurar que la misma persona que dictara sentencia fuera la que tuvo un contacto personal y directo con las pruebas ofrecidas y desahogadas por las partes.<sup>142</sup> Con todo, como ha reconocido la propia Suprema Corte, este principio no es exclusivo de la etapa de enjuiciamiento, sino que se extiende también a las audiencias preliminares del juicio.<sup>143</sup>

## C. Derecho de defensa

Hasta antes de la reforma de 2008, la Constitución mexicana permitió que las personas acusadas de un delito fueran asistidas por una “persona de confianza”, aunque no fuera profesionista en derecho. Esto cambió al instaurarse el sistema penal acusatorio mediante la reforma de 18 de junio de 2008,<sup>144</sup> pues el artículo

---

140 Tesis 1a./J. 54/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 68, julio de 2019, Tomo I, página 184. registro digital 2020268.

141 Tesis 1a./J. 55/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo I, página 725. registro digital 2018012.

142 Tesis: 1a. LVI/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 972. registro digital 2017075.

143 Tesis: 1a./J. 28/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 56, julio de 2018, Tomo I, página 252. registro digital 2017367.

144 Aunque desde 2013, la SCJN señaló que esto debía ser garantizado también en el sistema mixto. Véanse los amparos directos en revisión 207/2012 (Ponente: Olga Sánchez Cordero)

20, apartado B, inciso VIII, de la Constitución<sup>145</sup> ahora establece expresamente el derecho de las personas imputadas a una “defensa adecuada por abogado [o abogada]”, quien podrá ser designado o designada por el acusado o la acusada libremente desde el momento de la detención y, en caso de que no quiera o no pueda, a que se le designe uno de oficio por el Estado. En el ámbito internacional, este derecho se encuentra también reconocido y protegido en el artículo 8.2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>146</sup> y en el numeral 14.3, inciso d), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.<sup>147</sup>

---

y 2886/2012 (Ponente: Arturo Zaldívar), ambos resueltos por Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y fallados el 10 de junio de 2013.

145 Artículo 20

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público.

También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y [...].”

146 Artículo 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:

[...]

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...].

147 Artículo 14

[...]

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

[...].

Al analizar el contenido de este derecho, la Suprema Corte<sup>148</sup> —atendiendo a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana—<sup>149</sup> ha establecido que una defensa adecuada debe contar con un elemento formal y uno material. El primero se relaciona con lo que se conoce como la *defensa técnica* (es decir, proporcionada por un licenciado o licenciada en derecho);<sup>150</sup> mientras que el segundo establece que la defensa requiere ser *efectiva* (actuar diligente).<sup>151</sup> Además, ha reconocido que este derecho también comprende dar oportunidad a todo inculpado de que su defensor tenga oportunidad de participar en todas las etapas del proceso, aportar pruebas, presentar medios de impugnación, exponer argumentos y utilizar los beneficios procesales que la legislación correspondiente establezca para la defensa.<sup>152</sup>

---

148 Amparo directo en revisión 2886/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 10 de junio de 2013.

149 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, *op. cit.*, nota 130, y Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

150 La misma SCJN ha señalado que el documento idóneo para acreditar la competencia técnica del abogado defensor es el título profesional de Licenciado en Derecho, emitido por la institución docente legalmente autorizada para ello. Véanse los amparos directos en revisión 3044/2012 y 3111/2014, resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponentes: Olga María del Carmen Sánchez Cordero y José Ramón Cossío Díaz, respectivamente, resueltos el 7 de febrero de 2014 y 25 de marzo de 2015, de acuerdo con el orden.

Aunado a ello, se ha señalado por el mismo Tribunal, que las autoridades judiciales tienen la obligación de verificar que la persona que asiste al imputado cuenta con la calidad de licenciado en derecho. Véase la contradicción de tesis 1/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelta el 27 de mayo de 2020.

151 La SCJN ha señalado que este aspecto consiste en a satisfacción por parte del abogado defensor de un estándar mínimo de diligencia en el cumplimiento de sus deberes profesionales. Estos deberes consisten en proteger y promover los intereses del inculpado de acuerdo con las circunstancias fácticas (pruebas, hechos, etc.) y normativas (posibilidades jurídicas como recursos, beneficios, etc.) del caso. Véase los amparos directos en revisión 1182/2018 y 1183/2018, resueltos por Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resueltos el 3 de mayo de 2019.

Empero, no toda deficiencia o error en la conducción de la defensa implica una vulneración al derecho a gozar de una defensa adecuada en su aspecto material. Una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o el resultado desfavorable del proceso penal respecto a los intereses del inculpado [que haya sido condenado], no es, por sí misma, razón suficiente para afirmar que se vulneró el derecho en cuestión. En cambio, se debe comprobar o demostrar una negligencia inexcusable o una falla manifiesta. Ver: Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

152 Véase los amparos directos 8/2008 (Ponente: Olga Sánchez Cordero), 9/2008 (Ponente: José Ramón Cossío Díaz), 10/2008 (Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo y 33/2008 (Ponente: José Ramón Cossío Díaz), resueltos por Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fallados los primeros tres el 12 de agosto de 2009 y el último, 4 de noviembre de 2009.

En cuanto a la vertiente material, la Corte ha sostenido que no cualquier deficiencia del defensor o defensora ocasiona una violación al derecho de defensa, sino que debe tratarse de una *negligencia inexcusable o manifiesta incapacidad*. Para ello, el órgano jurisdiccional debe evaluar si se ha presentado alguno de los siguientes indicios: (a) ausencia sin justificación evidente de medios de prueba; (b) silencio inexplicable de la defensa; (c) ausencia de interposición de recursos; (d) omisión de asesoría; (e) desconocimiento técnico del procedimiento penal del abogado o abogada y (f) ausencia o abandono total de la defensa. En caso de que se advierta que la defensa ha incurrido en una negligencia inexcusable, el órgano jurisdiccional debe preguntar al acusado o acusada si desea cambiar de defensor o defensora y, en caso de que decida mantenerle, nombrar a un defensor o defensora pública que colabore con la defensa particular a fin de evitar que puedan vulnerarse sus derechos.<sup>153</sup>

Es importante resaltar que este derecho guarda una estrecha relación con el derecho humano al *debido proceso*, consagrado en el artículo 14 de la Constitución General, pues forma parte del núcleo duro de garantías que el Estado debe salvaguardar para poder estar en aptitudes de modificar las esferas jurídicas de los involucrados en el proceso.<sup>154</sup> De esta manera, se le obliga a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.<sup>155</sup>

En adición a la defensa técnica y material, nuestra Constitución comprende un conjunto de *garantías específicas de defensa*,<sup>156</sup> como son: derecho a la no autoincriminación; el derecho a la notificación, contacto y asistencia consular; y, el derecho a contar con un intérprete en caso de ser necesario (especialmente tratándose de personas pertenecientes a grupos y comunidades indígenas), los cuales han sido considerados por la Suprema Corte como una especie genérica del derecho de defensa. A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos.

---

153 Tesis: 1a. CI/2019 (10a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 72, noviembre de 2019, Tomo I, página 364. registro digital 2021097.

154 Este “núcleo duro” se compone por las siguientes garantías: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas. Ver amparo directo en revisión 2206/2019, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 22 de septiembre de 2021.

155 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, *op. cit.*, nota 130; y Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, *op. cit.*, nota 154.

156 Contradicción de tesis 29/2004-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, resuelta el 22 de septiembre de 2004.

a. *Derecho a la no autoincriminación*

Tanto el artículo 20, apartado B, fracción II, de la Constitución General<sup>157</sup> como el numeral 8.2, inciso g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>158</sup> consagran el derecho de todo inculpado a declarar o guardar silencio. Al respecto, la Suprema Corte ha interpretado esta garantía como el derecho que tiene todo inculpado a *no ser obligado a declarar*, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan; razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura.<sup>159</sup> Adicionalmente, la Primera Sala ha señalado que de esta garantía se desprende que la imposibilidad de inferir la culpabilidad del imputado o imputada “a partir de su pasividad oral o escrita”; es decir: su derecho a guardar silencio no puede ser utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos que se le imputan.<sup>160</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza; es decir, que no se limita el supuesto de que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción que sea capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, lo que implica la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial.<sup>161</sup> De igual modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación como estándares que tienen como base fundamental el derecho al debido proceso, al grado que ha considerado este derecho como un derecho absoluto.<sup>162</sup>

---

157 Artículo 20

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

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; [...].

158 Artículo 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, y [...]”.

159 Contradicción de tesis 29/2004-PS, *op. cit.*, nota 159.

160 *Idem.*

161 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, *op. cit.*, nota 152.

162 Corte EDH, *Case John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, 49.

*b. Derecho a una defensa culturalmente adecuada y a contar con intérprete indígena*

El artículo 2 de la Constitución consagra diversas garantías a favor de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de nuestro país, una de las cuales es el derecho que tienen a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y a que se tomen en cuenta sus usos y costumbres, en el marco de lo que establece la Constitución. Para garantizar lo anterior, el artículo 2, apartado A, fracción VIII, de la Constitución establece el derecho de las personas indígenas y afromexicanas a contar en todo momento con intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. En similares términos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 12 que los Estados que deberán garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes u otros medios eficaces.<sup>163</sup>

Al interpretar esta garantía, la Suprema Corte ha sostenido que el derecho a una *defensa culturalmente adecuada* en materia penal exige que la persona indígena cuente con un intérprete que conozca su lengua y cultura, además de un defensor o defensora encargada de llevar la defensa técnica. Ambos personajes deben estar unidos, pues participan de los intereses del indígena sujeto a proceso penal. En el caso particular del intérprete, no basta con que se trate de un mero “traductor”, sino que es indispensable que tenga conocimientos amplios y profundos de la lengua y la cultura tanto de origen como de destino, pues será a través de él que la persona indígena podrá ser escuchada plenamente en todos los actos y por todos los actores del proceso penal —juez, ministerio público, defensor, testigos, etcétera—.<sup>164</sup>

*c. Derecho a la notificación, contacto y asistencia consular*

Derivado de lo dispuesto en el artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,<sup>165</sup> la Primera Sala ha sostenido que, en el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en te-

---

163 En el mismo sentido las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, llevadas a cabo del 4 al 6 de marzo de 2008, disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/MM\\_Transparencia/ReglasdeBrasilia-2008.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/MM_Transparencia/ReglasdeBrasilia-2008.pdf)».

164 Amparo directo 48/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 28 de noviembre de 2012.

165 Artículo 36. Comunicación con los nacionales del estado que envía.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

ritorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado se encuentra obligado a concederle un estándar mínimo de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental, es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre, lo que se ha concretado como el derecho a la notificación, contacto y asistencia consular, cuya importancia radica en ser un derecho instrumental para la defensa de otros derechos o intereses de personas extranjeras, de manera que estén en condiciones de enfrentar un proceso penal en plenas condiciones de igualdad.<sup>166</sup>

Al analizar el contenido y los alcances de este derecho fundamental, la Primera Sala ha sostenido que de él se derivan diversos *derechos específicos* para garantizar la adecuada defensa de las personas extranjeras,<sup>167</sup> entre los que se encuentran: i) el derecho de la persona extranjera a ser informada de manera clara, completa y sin dilación por las autoridades competentes sobre los diferentes derechos y alternativas que tiene por su calidad de extranjero y haciéndole saber que puede contactar a su oficina consular; ii) el derecho de la persona extranjera a decidir sobre si ejerce o no su derecho de contactar al consulado respectivo; iii) el derecho a que, una vez que la persona extranjera decida que sí desea contactar a la oficina consular correspondiente, la autoridad competente realice la comunicación de forma inmediata y a través de todos los medios a su alcance; y, por último, iv) el derecho de la persona extranjera a que la autoridad garantice la comunicación,

---

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

166 Amparo directo en revisión 517/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 23 de enero de 2013.

167 Tesis 1a./J. 96/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, página 204. registro digital 2015594.

visita y contacto entre ésta y la oficina consular de su país, es decir, la permitir la asistencia consular en sentido estricto.

#### D. Derecho a la presunción de inocencia

Tras la reforma constitucional de 2008, el derecho a la presunción de inocencia cuenta ya con un fundamento *expreso* en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución General.<sup>168</sup> Previo a dicha reforma, no existía referencia directa alguna a este derecho fundamental en el texto constitucional. Sin embargo, ello no impidió que la Suprema Corte reconociera dicho derecho que se contenía de manera *implícita* en la Constitución.<sup>169</sup> El mencionado derecho también se encuentra reconocido expresamente en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre;<sup>170</sup> el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>171</sup> y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>172</sup>

Al interpretar la presunción de inocencia, la Primera Sala ha señalado que se trata de un derecho fundamental de carácter “poliédrico”,<sup>173</sup> pues cuenta con

168 Artículo 20.

[...]

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;

[...].

169 Amparo en revisión 1293/2000, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, resuelto el 15 de agosto de 2002.

170 Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

[...].

171 Artículo 14

[...]

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

[...].

172 Artículo 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:

[...].

173 Amparo en revisión 349/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de septiembre de 2012.



diversas caras, manifestaciones o vertientes, cada una de las cuales se encuentra dirigida a garantizar o regular distintos aspectos del proceso judicial. En particular, la Primera Sala ha identificado *cuatro vertientes* del derecho a la presunción de inocencia:<sup>174</sup>

- i. Como *regla probatoria*: define los requisitos que deben cumplir cada uno de los medios de prueba para considerarlos válidos para ser utilizados en un juicio (tales como la relevancia o la licitud) y los requisitos que en general debe cumplir el ofrecimiento y desahogo de esas pruebas (tales como el respeto a los principios de publicidad, contradicción e intermediación).
- ii. Como *estándar probatorio o regla de juicio*: comporta una regla que ordena a los jueces a absolver a una persona cuando no se hayan presentado pruebas de cargo suficientes para acreditar *más allá de toda duda razonable* la existencia del delito y la responsabilidad de esa persona. Se compone de dos elementos: a) el estándar de prueba propiamente de dicho, que determina cuánta evidencia es suficiente para condenar a una persona (prueba “más allá de toda duda razonable”); y b) una regla de carga de prueba, que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga dicho estándar (al Ministerio Público o la fiscalía).
- iii. Como *regla de trato procesal*: conforme a la cual toda persona debe ser *tratada* como inocente hasta en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria, por lo que, por regla general, se prohíben acciones que supongan una anticipación de pena (como es el caso de la prisión preventiva, cuando se impone no por razones procesales o cautelares, sino meramente punitivas o de prevención general).
- iv. Como *regla de trato extraprocesal*: conlleva la obligación del Estado y de los particulares (como medios de comunicación), de no exhibir o tratar a una persona como culpable, hasta en tanto no exista condena firme.

### 3. Garantías procesales no epistemológicas o de libertad

#### A. Garantías del derecho a la libertad personal

El artículo 7.1 de la Convención Americana contiene el derecho a la libertad y seguridad personales.<sup>175</sup> Dicho artículo ha sido interpretado por la Corte Inte-

---

174 *Idem.*

175 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.  
[...].

americana en el sentido de que protege un ámbito muy específico de la libertad: el derecho a la libertad física, la cual protege “los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”.<sup>176</sup> En este contexto, la seguridad se entiende como “la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”.<sup>177</sup>

Por ello, el resto del referido artículo 7 contiene una serie de garantías que deben cumplirse al privar a una persona de su libertad física, como son las siguientes: a) las condiciones para la privación de la libertad deben estar fijadas con anterioridad en las constituciones o leyes de los Estados (artículo 7.2); b) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (artículo 7.3); c) deben informarse los motivos de la detención (artículo 7.4); d) debe llevarse a la persona detenida sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley (artículo 7.5); e) debe existir la posibilidad de recurrir ante un juez o tribunal para que decida sobre la legalidad del arresto o detención (artículo 7.6); y f) nadie puede ser detenido por deudas (artículo 7.7).

En México, el artículo 16 de la Constitución<sup>178</sup> consagra un régimen general de libertades a favor de la persona, entre las que se encuentra la libertad personal, entendida como libertad de movimiento o libertad deambulatoria. Este derecho fundamental ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que sólo puede ser limitado bajo determinados supuestos de *excepcionalidad*.<sup>179</sup> Así, en diversos precedentes la Corte ha sostenido que existe una *regla general* en el sentido de que toda privación de la libertad física por parte del Estado debe estar precedida por una orden dictada por autoridad judicial, la cual admite únicamente dos *excepciones* reconocidas taxativamente en la misma Constitución: las detenciones en flagrancia y por caso urgente.<sup>180</sup> En ese sentido, a continuación nos referiremos tanto a la regla general, como a estas dos excepciones.

---

176 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 53.

177 *Idem*.

178 Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo. [...].

179 Amparo en revisión 703/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 6 de noviembre de 2013.

180 *Idem*.

*a. Detenciones derivadas de mandato judicial previo (orden de aprehensión, arraigo y detención provisional con fines de extradición)*

Por regla general, toda privación de la libertad deambulatoria o de movimiento de una persona derivada de la probable comisión de un delito (es decir, toda detención propiamente dicha), debe estar precedida de un *mandato judicial previo*.<sup>181</sup> En nuestro país, este mandato judicial puede adoptar diversas formas, como son: a) la orden de aprehensión (artículo 16, párrafo tercero); b) la orden de arraigo (artículo 16, párrafo octavo); y c) la detención provisional con fines de extradición (artículo 119, párrafo tercero).<sup>182</sup> Por razón de extensión, en lo que sigue únicamente nos referiremos a la primera de ellas, por ser la más usual en los procedimientos penales.<sup>183</sup>

La *orden de aprehensión* es, junto con el citatorio y la orden de comparecencia, una de las formas de conducción del imputado o imputada al proceso penal.<sup>184</sup> Se trata de una orden judicial que tiene como finalidad que la persona investigada sea llevada ante un juez o una jueza de control, para que la fiscalía formule imputación en su contra. Para que dicha orden pueda ser librada, el tercer párrafo del artículo 16 constitucional dispone que ésta deberá: a) provenir necesariamente de una autoridad judicial; b) estar precedida por una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el cual deberá ser sancionado por la ley penal con pena privativa de libertad; y c) deberán obrar datos de prueba suficientes que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Además, al tratarse de un acto de molestia sobre la libertad personal de los ciudadanos, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 16 constitucional la decisión de la autoridad judicial deberá estar *debidamente fundada y motivada*, a fin de otorgar seguridad y certeza jurídica sobre sus alcances.

*b. Flagrancia y controles preventivos*

En nuestro sistema jurídico existen únicamente dos excepciones a la *regla general* según la cual toda privación de la libertad debe estar precedida de una orden

181 En México existen otras formas de detención administrativa que no serán materia de este estudio, como son el arresto administrativo hasta por 36 horas y las detenciones migratorias.

182 Esta última fue reconocida como otra excepción a la libertad deambulatoria en el amparo en revisión 528/2016. Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 9 de octubre de 2019.

183 Además, en la fecha en la que se escriben estas líneas están pendientes de resolución dos casos ante la Corte Interamericana en la que se debatirá la convencionalidad del arraigo.

184 Contradicción de tesis 300/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelta el 22 de enero de 2020.

judicial. La primera de estas excepciones se encuentra en el quinto párrafo del artículo 16 constitucional, la cual establece que “[c]ualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido”. Dicha excepción se encuentra también desarrollada en el artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>185</sup>

La Suprema Corte mexicana ha sostenido que para que una detención en flagrancia sea constitucionalmente válida debe actualizarse alguno de los siguientes supuestos: (i) que se observe *directamente* al autor del delito cometer la acción en ese preciso instante —es decir, durante el *iter criminis*—; o bien (ii) que se persiga al autor del delito que se acaba de cometer y existan elementos objetivos que hagan posible identificarlo y corroborar que en el momento inmediato anterior se encontraba cometiendo el delito.<sup>186</sup> En ningún caso es válido detener a una persona con base en *simples sospechas* de que ha cometido un delito; para investigar un supuesto hecho delictivo o, peor aún, por cualquier motivo relacionado con su mera actitud o apariencia.<sup>187</sup> Tampoco resulta válido detener a una persona en aquellos supuestos que solían denominar los códigos procesales estatales como “flagrancia equiparada”.<sup>188</sup>

Un tema interesante es el relativo a la *prueba o evidencia* de la flagrancia, es decir: ¿cómo puede un agente y, eventualmente, el Ministerio Público acreditar ante un órgano jurisdiccional que existió flagrancia delictiva? Al respecto, la Primera Sala ha señalado que los jueces no deben limitarse a verificar si la persona detenida se encontraba efectivamente cometiendo un delito, sino que deben analizar

---

185 Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

186 Amparo directo en revisión 4380/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 19 de marzo de 2014.

187 Amparo en revisión 648/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortíz Mena, resuelto el 8 de julio de 2015.

188 Amparo directo en revisión 6024/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 2 de septiembre de 2015.

la *evidencia* con la que contaban los elementos aprehensores al momento de la detención y, en su caso, la *forma* en la que obtuvieron dicha evidencia.<sup>189</sup> Así, aunque *a posteriori* sea posible concluir que la persona efectivamente se encontraba cometiendo un delito, si los agentes no contaban en ese momento con evidencia que mostrara esta circunstancia, ello necesariamente conllevará a la declaración de ilegalidad de la detención.<sup>190</sup>

Lo anterior nos conduce a la doctrina de los llamados *controles preventivos provisionales*. En síntesis, dicha doctrina indica que, derivado de sus facultades constitucionales en materia de seguridad pública, las autoridades policiales pueden tener diferentes *niveles de contacto* con una persona cuando ante la *sospecha razonable* de que se está cometiendo un delito.<sup>191</sup> Esto, con la finalidad de prevenir algún posible delito, salvaguardar la integridad o la vida de los agentes de la policía o corroborar la identidad de alguna persona con base en información de delitos previamente denunciados ante la policía o una autoridad.<sup>192</sup>

En específico, la Suprema Corte ha señalado que existen *tres niveles de contacto* entre autoridades y particulares. El primer nivel se refiere a la simple *inmediación* o acercamiento entre el agente de seguridad y la persona, para efectos de investigación, identificación o de prevención del delito. A diferencia del primero, el segundo nivel ya implica una *restricción temporal* —aunque ésta puede darse en diferentes grados— al ejercicio de un derecho como la libertad personal, la propiedad, la libre circulación o la intimidad con la finalidad de salvaguardar la seguridad pública. Por último, el tercer nivel se refiere a la *detención* en sentido estricto de la persona.<sup>193</sup>

Al respecto, la Suprema Corte ha señalado que en aquellos casos en los que exista una *sospecha razonable* de que se está o se acaba de cometer un delito, las autoridades pueden incidir y restringir temporalmente los derechos de las personas (especialmente su libertad deambulatoria y su intimidad), con la finalidad de garantizar la seguridad pública o su propia integridad. Esta intervención puede ser de *mayor o menor grado* dependiendo de las circunstancias del caso concreto,

---

189 Amparo directo en revisión 3623/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de agosto de 2015.

190 *Idem*.

191 Una sospecha razonable es aquella que se deriva de criterios objetivos —información, hechos y circunstancias— a partir de los cuales pudiera razonablemente inferirse la posibilidad de que se está cometiendo un delito y se distingue de la sospecha simple, entendida como aquella derivada de criterios subjetivos del agente de autoridad, como podrían ser prejuicios sobre una persona por su vestimenta, apariencia, color de piel, pertenencia étnica o religiosa, etcétera.

192 Amparo directo en revisión 3623/2014, *op. cit.*, nota 192.

193 *Idem*.

y puede ir desde la simple detención temporal y la inspección superficial de la persona, sus posesiones o vehículos, hasta un registro más intenso, en aquellos casos en los que se advierta necesario con la finalidad de salvaguardar o evitar riesgos a bienes jurídicos.<sup>194</sup>

Cabe aclarar que la existencia de una *sospecha razonable* no justifica por sí misma la detención de una persona, sino únicamente una restricción temporal a su libertad deambulatoria o intimidad, durante el tiempo que sea estrictamente necesario para la revisión. Sin embargo, si derivado de dicha inspección la autoridad percibe la comisión de un delito flagrante (como podría ser la posesión de instrumentos u objetivos ilícitos) entonces podrá pasar al siguiente nivel de contacto que, como se dijo, es la detención propiamente dicha. Con todo, para que la detención en flagrancia sea válida, la autoridad debe justificar que el control preventivo provisional derivó de una *sospecha razonable* y no de una mera corazonada y menos aún de apreciaciones discriminatorias.<sup>195</sup>

Finalmente, la Suprema Corte ha sostenido que cualquier detención aducida en flagrancia que no se realice bajo el respeto irrestricto del marco constitucional y convencional antes expuesto, deberá ser considerada como una *detención arbitraria* y, por tanto, *ilegal*. Esto último no sólo trae como consecuencia la ilegalidad de la detención misma —lo que en el caso del control de la detención en audiencia inicial debe ocasionar la libertad inmediata de la persona y eventualmente la imposición de sanciones disciplinarias—,<sup>196</sup> sino también la nulidad y/o exclusión de todos los datos y medios de prueba obtenidos de manera directa e inmediata con motivo de dicha detención (de ahí el carácter *no epistemológico* de esta garantía). Esto último de conformidad con la regla de nulidad y/o exclusión de la prueba ilícitamente obtenida.<sup>197</sup>

### *c. Detenciones con motivo de caso urgente*

La segunda excepción a la regla general, según la cual toda privación de la libertad personal o debe estar necesariamente precedida de una orden judicial, se encuentra en el sexto párrafo del artículo 16 constitucional, el cual establece que “[s]ólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón

---

194 *Idem.*

195 *Idem.*

196 Contradicción de tesis 312/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelta el 1 de mayo de 2017.

197 *Idem.*

de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder". Dicha figura se encuentra regulada en el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>198</sup>

Al analizar esta figura, la Suprema Corte ha sostenido que se trata de una restricción al derecho a la libertad personal que tiene un carácter extraordinario y excepcional.<sup>199</sup> Así, para que concurra una detención por caso urgente, debe siempre existir: a) una orden *previa* a la detención, b) emitida por el *Ministerio Público* con la debida fundamentación y motivación, y c) habiendo concurrido los requisitos constitucionales para tal efecto.<sup>200</sup>

Por lo que hace al momento en que debe dictarse la orden de caso urgente, la Corte ha sido enfática en que ésta debe expedirse *antes* de que se lleve a cabo la detención, por lo que no resulta constitucionalmente admisible que el Ministerio Público emita una orden de detención por caso urgente para justificar o validar una detención ilegal que ya ha sido ejecutada previamente por un agente de po-

---

198 Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurran los siguientes supuestos:

I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad. Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

199 Amparo directo en revisión 3506/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 3 de junio de 2015.

200 *Idem*.

licía.<sup>201</sup> Además, estas órdenes solamente pueden ser expedidas por el Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad y fundando y motivando su proceder; encontrándose estrictamente vedado para cualquier otra autoridad —incluso aquellas que realizan funciones de seguridad pública— ordenar la detención de personas presuntamente involucradas en hechos delictivos.<sup>202</sup>

Al igual que con las detenciones en flagrancia, el incumplimiento de los requisitos constitucionales expuestos al momento de dictar una orden de caso urgente tendrá como consecuencia la ilegalidad de la detención, lo que implica que la persona deberá ser puesta en libertad y las autoridades involucradas serán objeto de las responsabilidades administrativas o penales que correspondan.<sup>203</sup> Adicionalmente, se ha establecido que tampoco podrán admitirse ni valorarse aquellos elementos de prueba que hayan sido obtenidos con motivo de la detención ilegal o tengan una relación con ésta, al tratarse de *pruebas ilícitas*.<sup>204</sup>

*d. Derecho de toda persona detenida a ser puesta a disposición sin demora ante una autoridad competente*

El artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>205</sup> establece la obligación de llevar sin demora a la persona detenida ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. En esta misma línea, el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional dispone que “[l]a autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad”, especificándose que el incumplimiento de esta disposición “será sancionada por la ley penal”. De acuerdo con esta disposición, toda persona detenida por orden de aprehensión debe ser puesta de manera *inmediata* ante el *juez* que haya emitido la orden. En estos casos no existe el deber de calificar o ratificar su legalidad en audiencia inicial, en tanto que el control judicial tiene lugar de manera previa o *ex ante*.<sup>206</sup>

---

201 *Idem*.

202 *Idem*.

203 Contradicción de tesis 312/2016, *op. cit.*, nota 199.

204 *Idem*.

205 Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

206 Ello, sin perjuicio de que el juez de control esté en aptitud de analizar otros elementos o circunstancias que pudieran dar lugar a violaciones a derechos humanos, como podría ser preci-



Por su parte, el párrafo quinto del artículo 16 constitucional dispone que en los casos de detención en flagrancia se deberá poner al detenido “sin demora a disposición de la autoridad civil más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”, lo cual se encuentra previsto también en los artículos 113 y 147 del Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>207</sup> Tal obligación se refiere a los casos de detenciones en flagrancia y caso urgente, en el entendido de que en estos casos recaerá en el Ministerio Público la obligación de verificar, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos constitucionales correspondientes. Ello, con independencia de que posteriormente el juez o la jueza de control califique la legalidad de la detención en el proceso (en este caso, el control judicial es *a posteriori*).<sup>208</sup>

La importancia de esta garantía radica en el hecho de que una persona detenida debe estar el menor tiempo privado de su libertad sin que exista alguna instancia de control y vigilancia, tanto de las razones que motivaron la detención como de los derechos humanos que en general le asisten como inculgado.<sup>209</sup> Una dilación en la puesta a disposición de una persona detenida ante este tipo de autoridades encargadas del control y vigilancia aumenta considerablemente las probabilidades de que esa persona sea objeto de malos tratos o incluso tortura. Por ello, la Suprema Corte ha reconocido que una dilación en la puesta a disposición genera una “*presunción de coacción*” y constituye un elemento relevante a considerar en los casos en los que se alegue la comisión de actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>210</sup>

---

samente una dilación en su puesta a disposición, o bien un uso excesivo de la fuerza durante la ejecución de la detención o la existencia de tortura u otro tipo de malos tratos, en cuyo caso deberá actuar en consecuencia y verificar su trascendencia dentro del proceso penal, así como disponer lo que corresponda en su esfera de competencia para que dichas conductas sean sancionadas en la vía correspondiente.

207 Artículo 113. Derechos del Imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;

[...].

Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

[...]

[C]uando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato ante el Ministerio Público, quien realizará el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición

208 Amparo en revisión 703/2012, *op. cit.*, nota 182.

209 Amparo directo en revisión 2470/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 18 de enero de 2012.

210 Amparo directo en revisión 2397/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de noviembre de 2014.

En cuanto a sus alcances, la Suprema Corte ha sostenido que se actualizará una violación a este mandato constitucional cuando la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad competente para definir su situación jurídica, sin que existan *motivos razonables* que imposibiliten dicha puesta a disposición inmediata.<sup>211</sup> De acuerdo con el Alto Tribunal, tales motivos razonables únicamente pueden tener su origen en “*impedimentos fácticos, reales y comprobables*” y deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades.<sup>212</sup>

Nuevamente, la violación al derecho fundamental de puesta a disposición del indiciado ante el Ministerio Público conlleva la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez.<sup>213</sup>

## B. Garantías del derecho a la integridad personal

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tutela el derecho a la integridad personal,<sup>214</sup> el cual tiene una vinculación estrecha con la dignidad inherente al ser humano, así como con otros derechos como la vida y la libertad personal. De acuerdo con dicha disposición, el derecho a la integridad personal protege a la persona de afectaciones en tres ámbitos: físicas, psicológicas y morales.<sup>215</sup> De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la infracción a este derecho puede tener diversas connotaciones de *grado* y cuyas se-

---

211 Amparo directo en revisión 2470/2011, *op. cit.*, nota 212.

212 *Idem.*

213 Amparo directo en revisión 3403/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 4 de diciembre de 2013.

214 Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

215 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 175.

cuelas variarían atendiendo a factores *endógenos* —referidos a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos— y *exógenos* —referidos a las circunstancias particulares de la víctima, tales como la edad, el sexo, el estado de salud y cualquier otra circunstancia personal.<sup>216</sup>

Atendiendo a estos factores, una violación al derecho a la integridad puede abarcar desde la tortura hasta otro tipo de vejaciones o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario acorde al comportamiento de una persona detenida por agentes estatales e, incluso, la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida siempre y cuando éste sea lo suficientemente real e inminente.<sup>217</sup> Así, derivado de su carácter fundamental en la esfera del ser humano y el grave impacto que puede llegar a tener una conducta de esta naturaleza, se ha sido establecido que el derecho a la integridad personal tiene un carácter inderogable y no puede ser suspendido en ninguna circunstancia.<sup>218</sup>

#### *a. Prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*

La prohibición universal de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes tiene como objeto y finalidad principal la protección al derecho a la integridad personal, al punto que podría entenderse como una especie de derecho derivado de este último.<sup>219</sup> Dado que la tortura constituye un ataque especialmente grave y reprochable a la dignidad humana, su prohibición ha alcanzado un lugar preponderante en el derecho internacional, al punto de que hoy en día constituye un delito de *lesa humanidad*<sup>220</sup> y pertenece al ámbito del *ius cogens*.<sup>221</sup> Esto último significa que la prohibición en cuestión es *absoluta, inderogable y no puede ser suspendida en ninguna circunstancia*, incluso tratándose de situaciones extremas, como la guerra, la amenaza de guerra, la lucha contra el terrorismo o cualquier otro delito, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto

---

216 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. *op. cit.*, nota 73, párr. 388.

217 Amparo directo en revisión 4530/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 30 de septiembre de 2015.

218 *Ídem*.

219 Amparo directo 9/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 12 de agosto de 2009.

220 *Ídem*.

221 Amparo en revisión 257/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 3 de octubre de 2018.

interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.<sup>222</sup>

La prohibición absoluta de la tortura se encuentra plasmada en los artículos 20, apartado B, fracción II, y 22 de la Constitución General,<sup>223</sup> así como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>224</sup> el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>225</sup> y el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>226</sup> Sin embargo, en ninguno de estos ordenamientos encontramos un concepto o definición de lo que debe entenderse por tortura o, en su caso, por tratos crueles, inhumanos o degradantes. Para ello, debemos acudir al artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,<sup>227</sup> así como los artículos 2 y 3 de la Convención

222 *Ídem.*

223 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:

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; [...].

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado [...].

224 Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

225 Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

226 Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

[...]

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[...].

227 Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,<sup>228</sup> de los cuales es posible extraer algunos elementos comunes que contribuyen a identificar los actos que pueden clasificarse como tortura, en específico que: (i) exista la *intención* de generar (ii) sufrimientos *físicos o mentales* (iii) con *cualquier* finalidad y (iv) que sean cometidos por servidores públicos o, en su caso, particulares con la instigación, consentimiento o aquiescencia de los primeros. Además, ambas convenciones excluyen de la definición de tortura aquellos dolores, penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones o medidas legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Una cuestión compleja consiste en *distinguir* los actos de tortura de los tratos crueles, inhumanos o degradantes —en adelante, comprendidos dentro de la expresión “malos tratos”—. Si bien los instrumentos internacionales definen lo que debe entenderse por tortura, no sucede lo mismo con los “malos tratos”. Algunos organismos internacionales han intentado trazar algunas distinciones partiendo, por ejemplo, de la gravedad o la intención.<sup>229</sup> En cualquier caso, ya sea que ca-

---

otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

228 Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura:

a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.  
b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

229 Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado la *gravedad* o *intensidad* de la conducta como el elemento diferenciador entre los malos tratos y la tortura, de tal forma que dependerá tanto del tipo de acto realizado como de las características de la víctima el que se clasifique una conducta en uno u otro sentido; aunque ha advertido que —derivado de las crecientes exigencias de protección a los derechos y libertades fundamentales— ciertos actos que en un momento pudieran ser calificados como tratos inhumanos o degradantes podrían ser calificados en un futuro como torturas. Véase Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 99. Por su parte, organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos han minimizado la importancia de realizar esta distinción tajante entre tortura y malos tratos, al señalar que no

lifiquemos una determinada conducta de tortura o de malos tratos, ésta siempre debe entenderse como expresa y estrictamente prohibida por la legislación nacional e internacional.<sup>230</sup>

Sobre este tema, de manera similar a la Corte Interamericana, la Suprema Corte ha sostenido que, con independencia de las sanciones penales que correspondan, en caso de que se tenga por demostrada la tortura o los malos tratos, deberá excluirse cualquier tipo de declaraciones, datos o información que haya derivado directamente de la tortura, así como cualquier otro elemento de prueba que haya derivado directa o indirectamente de aquellos.<sup>231</sup> Lo anterior incluye, por ejemplo, las declaraciones de testigos o cómplices que hayan sido víctimas de tortura y que tienen un impacto en el proceso penal de una determinada persona.<sup>232</sup>

### *b. Prohibición de uso excesivo de la fuerza*

Tanto la Corte Interamericana como Suprema Corte han reconocido que todo Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad de las personas y salvaguardar el orden público, de ahí que éste cuente con una facultad para hacer *uso de la fuerza pública* para lograr estos objetivos,<sup>233</sup> la cual es definida en nuestro país como “la inhibición por medios mecánicos o biomecánicos, de manera momentánea o permanente, de una o más funciones corporales que lleva a cabo una persona autorizada por el Estado sobre otra, siguiendo los procedimientos y protocolos que establecen las normas jurídicas aplicables”.<sup>234</sup> Dicha facultad,

---

resulta necesario hacer una distinción concreta entre las formas de trato prohibidas e incluso optar en la mayoría de los casos por no distinguir claramente entre actos que constituyen tortura y actos que constituyen malos tratos. Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 5. En la misma línea, el Comité contra la Tortura ha observado que, en la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura. Véase también Comité contra la Tortura, Observación General 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, párr. 3.

230 En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité contra la Tortura, el cual ha sostenido que las obligaciones para prevenir y sancionar la tortura y los malos tratos son indivisibles, interdependientes e interrelacionadas, por lo que éstas deben aplicarse indistintamente a los casos de tortura y de malos tratos. Véase Comité contra la Tortura, *op. cit.*, nota 232, párr. 3.

231 Amparo directo en revisión 4530/2014, *op. cit.*, nota 220.

232 *Idem*.

233 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 70. Véase también la acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, resueltas el 27 de marzo de 2017.

234 Artículo 3, fracción XIV, de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza.

sin embargo, no es absoluta y tiene como límite principal los derechos humanos de las personas.

En específico, la Corte Interamericana ha sostenido que “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana”,<sup>235</sup> es decir, el derecho a la integridad personal. Además, cuando la utilización de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada da lugar a la pérdida de la vida, puede reputarse como una privación arbitraria de la vida en contravención con el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>236</sup>

Actualmente, la facultad de uso de la fuerza de las instituciones que ejercen tareas de seguridad pública se encuentra regulada en la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza. De acuerdo con el artículo 4 de esta Ley, el uso de la fuerza se regirá en todo momento por cinco principios: I. Absoluta necesidad; II. Legalidad; III. Prevención; IV. Proporcionalidad; y V. Rendición de cuentas y vigilancia. Con todo, estos principios deben interpretarse y aplicarse en consonancia con los criterios que han desarrollado tanto la Corte Interamericana como la Suprema Corte en torno a las condiciones que deben existir en todo momento durante el despliegue del uso de la fuerza por parte del Estado.<sup>237</sup>

### C. Garantías del derecho a la vida privada

Los artículos 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>238</sup> y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>239</sup> prevén en términos prácticamente idénticos que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o

---

235 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

236 Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 261.

237 Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, *op. cit.*, nota 236.

238 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad  
[...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

239 Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

De manera muy similar, el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución General señala que “[n]adie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. La Suprema Corte ha interpretado que de esta disposición se desprende el derecho a la privacidad o intimidad, el cual tiene como objetivo el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que, por regla general, debe estar excluido del conocimiento, injerencias e intromisiones de los demás, con las limitantes que la propia Constitución General o, en su caso, las leyes, establecen para las autoridades.<sup>240</sup>

En este sentido, la Suprema Corte ha reconocido que este derecho tiene un contenido sumamente amplio, abarcando todas las posibles intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en este ámbito reservado de la vida.<sup>241</sup> Sin embargo, por razones de espacio, en este capítulo nos concentraremos en dos ámbitos que tiene una especial relevancia para las garantías penales: (i) las comunicaciones privadas y (ii) el domicilio.

### *a. Inviolabilidad de las comunicaciones privadas*

Por lo que hace al primero de los ámbitos de protección señalados, el propio artículo 16 constitucional, párrafos décimo segundo y décimo tercero,<sup>242</sup> estable-

---

240 Amparo directo en revisión 3244/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortíz Mena, resuelto el 28 de junio de 2017.

241 Amparo directo en revisión 2420/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 25 de agosto de 2011.

242 Artículo 16

[...]

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.



ce —como una derivación del derecho a la protección de la vida privada— una *garantía específica a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas*. En esta disposición se señala con toda claridad que las comunicaciones privadas son inviolables y que cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas será sancionada penalmente. Sin embargo, se entiende que el ámbito de protección de este derecho se dirige exclusivamente a terceros ajenos a la comunicación, los cuales pueden consistir tanto en particulares como en autoridades.

Al respecto, la Corte ha considerado que este derecho fundamental protege no sólo el *contenido* de la comunicación, sino también todos aquellos *datos* que identifican a la comunicación<sup>243</sup> (*metadatos*), pues de ellos es posible extraer información sobre las circunstancias en las que se realizó la comunicación en cuestión, lo que también puede afectar de modo directo o indirecto la privacidad de los comunicantes.<sup>244</sup> En todo caso, la violación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas conllevará, además de una eventual sanción penal, que la comunicación en cuestión sea considerada como prueba ilícita y, por tanto, que no pueda ser admitida en un juicio, en términos de lo que dispone el propio párrafo décimo segundo del artículo 16 constitucional.<sup>245</sup>

Es importante destacar que dicho precepto constitucional contiene dos excepciones o supuestos muy específicos en los que el contenido de una comunicación privada sí podrá ser válidamente admitida en juicio, a saber: (i) cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas; o (ii) cuando una autoridad judicial federal autorice a una diversa autoridad para realizar intervenciones a las comunicaciones privadas, siempre que se cumplan determinados requisitos.

### *b. Inviolabilidad del domicilio*

Del artículo 16 constitucional, párrafos primero y décimo primero,<sup>246</sup> es posible derivar un *derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. En este

---

243 Por ejemplo, el registro de los números marcados por un usuario de la red telefónica, la identidad de los interlocutores, la duración de la llamada telefónica o la identificación de una dirección de protocolo de internet (IP).

244 Amparo directo en revisión 3004/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 23 de enero de 2013.

245 Artículo 16, *op. cit.*, nota 245.

246 Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

contexto, la Suprema Corte ha aclarado que el concepto de “domicilio” debe interpretarse como “cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun cuando sea ocupado temporal o accidentalmente”. De esta manera, el elemento relevante para reconocer un domicilio —como un espacio constitucionalmente protegido— recae exclusivamente en el “destino” o “uso” que se le otorgue al mismo, sin que resulte relevante su ubicación, configuración física, su naturaleza de bien mueble o inmueble, el tipo de título jurídico que ampara su uso o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolla la vida privada en el mismo.<sup>247</sup> Incluso, la Corte ha admitido que el legislador expanda dicha protección a otro tipo de “lugares cerrados” (como lo hace el Código Nacional de Procedimientos Penales).

En todos estos casos, la Constitución establece una protección reforzada a la vida privada a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio. De acuerdo con la jurisprudencia nacional, los únicos supuestos en los que una autoridad se encuentra justificada para intervenir el domicilio son: a) que exista una orden judicial expedida en términos del párrafo décimo primero del artículo 16 constitucional; b) que se trate de la comisión de un delito flagrante; c) que se busque proteger la vida, la integridad o la libertad de las personas; o bien, d) que se cuente con la autorización del ocupante del domicilio.<sup>248</sup>

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Conforme a lo expresado a lo largo del presente capítulo, a continuación, se plantean algunos cuestionamientos para incitar al lector a continuar reflexionando en torno a la importancia, contenido y alcances de las garantías penales: ¿Por qué es importante el reconocimiento y tutela de las garantías penales, sustantivas y procesales, en un Estado constitucional y democrático de derecho? ¿Cuál es la estructura normativa de las garantías penales en México? ¿Se trata de reglas o de principios? ¿Es posible ponderar las garantías penales de las personas acusadas de la comisión de un delito (como la presunción de inocencia, el principio de taxatividad o la inviolabilidad de las

---

[...]

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

[...].

247 Amparo directo en revisión 2420/2011, *op. cit.*, nota 244.

248 *Ídem*.

comunicaciones) frente a otros principios constitucionales, como son los derechos fundamentales de las víctimas del delito? ¿Qué ventajas o desventajas tendría? ¿Es admisible, conforme al principio de legalidad, la interpretación conforme a la Constitución de leyes penales, específicamente aquellas que contienen tipos penales y penas? ¿Es indispensable que el juicio de amparo proceda frente a actos del sistema penal acusatorio para que las garantías penales estén debidamente garantizadas? ¿Qué alternativas existen? ¿Contiene la Constitución mexicana una teoría sobre los “fines” de la pena? ¿Qué importancia podría tener en la confección legislativa del derecho penal? ¿La regla de exclusión de pruebas ilícitas contenida en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución, es una regla absoluta o admite excepciones? En su caso, ¿cuáles y por qué?

## Fuentes

- Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado: la definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011.
- Bulygin, Eduardo, *En defensa del Dorado: respuesta a Fernando Atria*, en F. Atria, et al., *Lagunas en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Carbonell, Miguel, *Nueva Interpretación del Principio Constitucional de Legalidad en Materia Penal*, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, Núm. 6, Tercera Época, México.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 4a ed., Madrid, Trotta, 2004.
- , *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10a ed., Madrid, Trotta, 2011.
- , *El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018.
- Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 5a ed., Barcelona, Gedisa, 2017.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio, 2011.
- Gascón, Marina, *La actividad judicial: problemas interpretativos*, en Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*, Palestra editores, Lima, 2003.
- , *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, 3a ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Grez, Pablo, *Garantías penales (límites sustantivos al ius puniendi)*, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Guastini, Riccardo, *La interpretación de los documentos normativos*, trad. César E. Moreno More, México, CIIJUS, 2018.
- , *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 4a Ed., 2016.

- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Argentina, Ediciones Didot, 2018.
- Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.
- Jiménez de Asua, Luis, *Lecciones de Derecho penal*, Harla, México, 1997.
- Khulen, Lothar, *Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía*, en Montiel, Juan Pablo, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Lopera, Gloria, *El principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- Montaner, Raquel, *La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad*, Montiel, Juan Pablo, (coord.), en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Montiel, Juan Pablo, *Estructuras analíticas del principio de legalidad*, en InDret: Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2017.
- , *Analogía favorable al reo. Fundamentos límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Colombia, Universidad de Los Andes-Ibañez, 2011.
- Moreso, José Juan, *Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)*, en Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, número 24, Universidad de Alicante, 2001.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal: Parte General, 9a. edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Ochoa Romero, Roberto A., *Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Tipificación de Conductas Ilícitas*, en García Ramírez, Sergio et al (coord.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, UNAM-IIJ, México, 2014.
- Prieto Sanchis, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- Quintino Zepeda, Rubén, *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Arquinza, 2021.
- Rauter, Thomas, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Springer, Suiza, 2017.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997.
- Precedentes emitidos por la Suprema Corte De Justicia De La Nación

## Pleno

- Acción de inconstitucionalidad 125/2017, Ponente: Javier Laynez Potisek, resuelta el 2 de junio de 2020.
- Acción de inconstitucionalidad 147/2017, Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelta el 15 de octubre de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 148/2017, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelta el 7 de septiembre de 2021.
- Acción de inconstitucionalidad 196/2020, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 11 de mayo de 2021.

- Acción de inconstitucionalidad 20/2003, Ponente: Juan Díaz Romero, resuelta el 19 de septiembre de 2005
- Acción de inconstitucionalidad 23/2017, Ponente: Eduardo Medina Mora, resuelta el 7 de octubre de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 25/2016 y sus acumuladas 27/2016 y 28/2016, Ponente: Alberto Pérez Dayán, resuelta el 27 de marzo de 2017.
- Acción de inconstitucionalidad 51/2018, Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, resuelta el 22 de agosto de 2019.
- Acción de inconstitucionalidad 9/2011, Ponente: Sergio Valls Hernández, resuelta el 31 de enero de 2013
- Acción de inconstitucionalidad 91/2019 y sus acumuladas, Ponente: José Fernando González Salas, resuelta el 8 de marzo de 2021.
- Acción de inconstitucionalidad 97/2019, Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, resuelta el 8 de junio de 2020.
- Amparo directo en revisión 207/2012, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 10 de junio de 2013.
- Amparo directo en revisión 2206/2019, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena , resuelto el 22 de septiembre de 2021.
- Amparo directo en revisión 2886/2012, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 10 de junio de 2013.
- Amparo directo en revisión 2886/2012, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 10 de junio de 2013.
- Amparo en revisión 1293/2000, Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, resuelto el 15 de agosto de 2002.
- Contradicción de tesis 11/2001-PL, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelta el 2 de octubre de 2001.
- Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, resuelta el 2 de junio de 2010.

### **Primera Sala**

- Amparo directo 10/2008, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, resuelto el 12 de agosto de 2009
- Amparo directo 33/2008, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 4 de noviembre de 2009.
- Amparo directo 47/2019, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 30 de enero de 2019.
- Amparo directo 48/2012, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 28 de noviembre de 2012.
- Amparo directo 49/2017, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 30 de enero de 2019.
- Amparo directo 8/2008, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 12 de agosto de 2009
- Amparo directo 9/2008, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 12 de agosto de 2009.
- Amparo directo en revisión 1182/2018, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 3 de mayo de 2019.
- Amparo directo en revisión 1183/2018, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 3 de mayo de 2019.

- Amparo directo en revisión 119/2014, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 3 de abril de 2019.
- Amparo directo en revisión 181/2011, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 6 de abril de 2011.
- Amparo directo en revisión 2255/2015, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 7 de marzo de 2016.
- Amparo directo en revisión 2397/2014, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de noviembre de 2014.
- Amparo directo en revisión 2420/2011, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 25 de agosto de 2011.
- Amparo directo en revisión 2470/2011, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 18 de enero de 2012.
- Amparo directo en revisión 3004/2012, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 23 de enero de 2013.
- Amparo directo en revisión 3033/2018, Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat, resuelto el 3 de marzo de 2021.
- Amparo directo en revisión 3044/2012, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, resuelto el 7 de febrero de 2014.
- Amparo directo en revisión 3111/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 25 de marzo de 2015.
- Amparo directo en revisión 3244/2016, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 28 de junio de 2017.
- Amparo directo en revisión 3403/2012, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 4 de diciembre de 2013.
- Amparo directo en revisión 3506/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 3 de junio de 2015.
- Amparo directo en revisión 3623/2014, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de agosto de 2015.
- Amparo directo en revisión 3731/2015, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 2 de diciembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 4031/2013, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 12 de marzo de 2014.
- Amparo directo en revisión 4380/2013, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 19 de marzo de 2014.
- Amparo directo en revisión 4384/2013, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto el 29 de junio de 2016.
- Amparo directo en revisión 4503/2018, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 13 de febrero de 2020.
- Amparo directo en revisión 4530/2014, Ponente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 30 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 4770/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 30 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 517/2011, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 23 de enero de 2013.

- Amparo directo en revisión 5999/2017, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelta el 25 de abril de 2018.
- Amparo directo en revisión 6022/2017, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 22 de mayo de 2019.
- Amparo directo en revisión 6024/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 2 de septiembre de 2015.
- Amparo directo en revisión 6312/2018, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelto el 22 de enero de 2020.
- Amparo directo en revisión 7390/2018, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 9 de septiembre de 2020.
- Amparo directo en revisión 85/2014, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelta el 4 de junio de 2014.
- Amparo directo en revisión 92/2018, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelta el 2 de diciembre de 2020.
- Amparo en revisión 121/2021, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 29 de septiembre de 2021.
- Amparo en revisión 1248/2016, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 25 de octubre de 2017.
- Amparo en revisión 1265/2017, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 5 de septiembre de 2018.
- Amparo en revisión 1370/2005, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 26 de octubre de 2005.
- Amparo en revisión 161/2021, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, resuelto el 25 de agosto de 2021.
- Amparo en revisión 1911/2009, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 23 de septiembre de 2009.
- Amparo en revisión 253/2014, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 5 de noviembre de 2014.
- Amparo en revisión 257/2018, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelto el 3 de octubre de 2018.
- Amparo en revisión 333/2007, Ponente: Sergio Valls Hernández, resuelto el 20 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 349/2012, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 26 de septiembre de 2012.
- Amparo en revisión 361/2007, Ponente: Juan Silva Meza, resuelto el 20 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 391/2007, Ponente: Juan Silva Meza, resuelto el 27 de junio de 2007.
- Amparo en revisión 448/2010, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 13 de julio de 2021.
- Amparo en revisión 528/2016, Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto el 9 de octubre de 2019.
- Amparo en revisión 648/2013, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 8 de julio de 2015.
- Amparo en revisión 703/2004, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo, resuelto el 26 de enero de 2005.
- Amparo en revisión 703/2012, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto el 6 de noviembre de 2013.
- Amparo en revisión 860/2010, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 2 de febrero de 2011.
- Amparo en revisión 999/2007, Ponente: Olga Sánchez Cordero, resuelto el 21 de noviembre de 2007.

Contradicción de tesis 29/2004-PS, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, resuelta el 22 de septiembre de 2004.

Contradicción de tesis 300/2019, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, resuelta el 22 de enero de 2020.

Contradicción de tesis 312/2016, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, resuelta el 1 de mayo de 2017.

Contradicción de tesis 39/2003-PS, Ponente: Humberto Román Palacios, resuelta el 7 de enero de 2004.

### **Tesis aisladas**

Tesis P. IX/95, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo I, mayo de 1995, página 82, registro digital: 200381.

Tesis 1a. CLXIII/2005, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, página 711, registro digital: 176400.

Tesis 1a. CCL/2011 (9a.), Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VI, marzo de 2012, Tomo 1, página 290, registro digital 160186.

Tesis P. XVI/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, página 358, registro digital: 2002971

Tesis 1a. CCXXVIII/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo XXII, julio de 2013, tomo 1, página 563, registro digital: 2004023.

Tesis 1a. CCCXXXVIII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, página 978, registro digital: 2010423.

Tesis: 1a. XXXII/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 40, marzo de 2017, tomo I, página 437, registro digital: 2013953,

Tesis 1a. XLIX/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 953, registro digital 2017052.

Tesis: 1a. LVI/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 972. registro digital 2017075.

Tesis: 1a. CI/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 72, noviembre de 2019, Tomo I, página 364. registro digital 2021097.

### **Tesis jurisprudenciales**

Tesis 1a./J. 29/2002, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2006, página 17, registro digital: 186895.

Tesis 1a./J. 50/2003, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XVIII, septiembre de 2003, página 126, registro digital: 183287.

Tesis 1a./J. 83/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2014, página 170, registro digital: 180326.

Tesis 1a./J. 1/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XIX, marzo de 2004, página 151, registro digital: 181935.

Tesis 1a./J. 21/2004, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo XX, julio de 2004, página 26, registro digital: 181222.

Tesis P./J. 130/2007, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 8, registro digital: 170740.



- Tesis 1a./J. 92/2009, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, tomo XXX, página 161, registro digital: 165831.
- Tesis: 1a./J. 5/2008, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, página 129, registro digital: 170393.
- Tesis 1a./J. 1/2012 (9a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, tomo 1, página 460, registro digital: 160309.
- Tesis 1a./J. 4/2013 (9a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2003, página 413, registro digital: 159862.
- Tesis 1a./J. 19/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, mayo de 2016, tomo II, página 925, registro digital: 2011648.
- Tesis 1a./J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, página 354, registro digital: 2005918.
- Tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, julio de 2014, página 131, registro digital: 2006867.
- Tesis 1a./J. 96/2017 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, página 204. registro digital 2015594.
- Tesis 1a./J. 54/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 68, julio de 2019, Tomo I, página 184. registro digital 2020268.
- Tesis 1a./J. 55/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo I, página 725. registro digital 2018012.
- Tesis: 1a./J. 28/2018 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 56, julio de 2018, Tomo I, página 252. registro digital 2017367.

Precedentes emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

- , Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- , Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- , Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- , Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- , Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- , Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.
- , Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- , *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- , Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

- , *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- , *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- , *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- , *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- , *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- , *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.
- , *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- , *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- , *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.
- , *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.
- , *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Precedentes emitidos por otros órganos internacionales

Comité contra la Tortura, Observación General 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte.

Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Corte EDH, *Caso De Cubber Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 9186/80, 26 de octubre de 1984.

- , *Case John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, 49
- , *Caso Morice Vs. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Fifth Section), Application No. 29369/10, 11 de julio de 2013.

Tribunal Supremo Español, STS 140/2002, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de febrero de 2002.

- , STS 692/2008, resuelto por la Primera Sala de lo Civil el 17 de julio de 2008.
- , STS 1026/2009, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de octubre de 2009.
- , STS 1078/2012, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 8 de noviembre de 2012.
- , STS 953/2013, resuelto por la Segunda Sala de lo Penal el 16 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional Español, sentencia 101/2012, resuelta el 8 de mayo de 2012.

## Capítulo 10

# El derecho contra la discriminación

Ana María Ibarra Olguín\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN. 1. Distinciones en las NPC o en los resultados. Discriminación directa y discriminación indirecta. 2. Distinciones basadas en categorías protegidas. 3. Distinciones injustificadas. III. ESQUEMA DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. 1. Primer momento: formulación de un caso *prima facie*. 2. Segundo momento: bloqueo y refutación del caso *prima facie*. IV. IRRAZONABILIDAD DE LAS DISTINCIONES. 1. Niveles de escrutinio. 2. Gradas de análisis del test de igualdad. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La idea liberal de la igualdad en sentido amplio supone que todas las personas merecen igual respeto y protección porque cada una de ellas posee las mismas características moralmente relevantes. Ronald Dworkin, seguido por Deborah Hellman y otros, postula este principio con la frase de “equal concern and respect”.<sup>1</sup> Con todo, se advierte que no existe una comprensión única de la igualdad. Los argumentos al respecto en la teoría constitucional descansan en diversas concepciones filosóficas de igualdad moral y política sobre qué igualdad queremos alcanzar.<sup>2</sup>

Aunque existen múltiples respuestas a esta interrogante, dos propuestas fundamentales explican el ideal de la igualdad como un estadio que se quiere alcanzar formalmente (igualdad formal) o materialmente (igualdad material). Como veremos también, estos objetivos morales son los que permiten dotar de contenido a la cláusula que prohíbe la discriminación.

De acuerdo con la igualdad formal o igualdad como consistencia, todas las personas deben ser tratadas de manera uniforme.<sup>3</sup> Esta concepción está comprometida con ofrecer a cada persona un trato igualitario con independencia de su

---

\* Magistrada de Circuito. Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN).

1. Véase Dworkin, Ronald, *Thaking rights seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, p. 180.

2. Véase Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2014.

3. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson Civitas, p. 209.

posición original o de la diferente situación en que se encuentre. La igualdad formal no se hace cargo de los obstáculos históricos que han enfrentado diversos grupos, ni del hecho de que muchos de ellos recientemente han adquirido derechos de participación política. Digamos que esta visión elude las diferencias que de facto enfrentan los grupos, por ejemplo, las condiciones de pobreza, o las dificultades estructurales que impiden a diferentes sectores acceder a sus derechos.<sup>4</sup>

En contraste, la noción de igualdad material o sustantiva tiene como objetivo alcanzar la igualdad en la realidad, no solo en las normas. Esta visión reconoce la discriminación del pasado y las dificultades que muchas personas enfrentan para acceder a sus derechos. Por tanto, resulta insuficiente que una norma trate a todas las personas de igual manera o que una práctica establezca los mismos requisitos para acceder a algún beneficio. Desde esta perspectiva, las normas, políticas y prácticas deben hacerse cargo de las desigualdades sociales. Así, una norma o práctica puede ser irrazonable si no incorpora esta visión contextual o social.

La igualdad material se proyecta de dos maneras: como igualdad de resultados o igualdad de oportunidades. La primera comprensión busca que cada persona tenga los mismos beneficios, así se usen diferentes mecanismos para alcanzar ese objetivo: “Está enfocada primordialmente en lograr una justa distribución de los recursos”.<sup>5</sup> Busca resultados igualitarios en el grupo más que beneficios para un individuo en particular. Sin embargo, “la igualdad de resultados no necesariamente debe ser lograda a través de mecanismos que supongan tratos preferentes para los grupos en una posición desaventajada. Puede ser alcanzada a través de entrenamientos, u otras medidas”.<sup>6</sup>

La igualdad de oportunidades, en cambio, intenta que las posibilidades de acceso al poder y derechos sean las mismas para todos.<sup>7</sup> En oposición a la igualdad de resultados, no pretende que los bienes o beneficios obtenidos sean los mismos. Esta concepción busca el mismo punto de partida, pero no el mismo punto de llegada. Dadas las desventajas históricas que ciertos grupos han enfrentado, sus posibilidades de éxito son mínimas. Esta visión no se limita a prescribir las mismas oportunidades para todas las personas, sino que amerita detectar y remover los obstáculos que impiden acceder en igualdad de condiciones a estas oportunidades. Para que estos grupos obtengan los mismos beneficios que otros, deben ser eliminadas las barreras que impiden el acceso a estos derechos.<sup>8</sup>

---

4 2-9.

5 *Ibid.*, p. 14.

6 *Id.*, p. 16.

7 Rae, Douglas et al., *Equalities*, 1981.

8 Véase Westen, Peter, *The Concept of Equal Opportunity*, 95 *Ethics* 837-850, 1985.

Estas visiones fueron explicadas por la Suprema Corte de México, en el amparo directo en revisión 1464/2013.<sup>9</sup> En este precedente se destacó que la igualdad formal implica la protección de las personas en contra de distinciones o tratos arbitrarios, mientras que la igualdad sustantiva implica alcanzar la paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real de los derechos humanos.<sup>10</sup> Para lograrla, se vuelve necesario remover los distintos obstáculos de toda índole que enfrentan algunos grupos vulnerables en el goce y ejercicio de sus derechos.<sup>11</sup>

Las fundaciones filosóficas del derecho a la igualdad se encuentran detrás de la adjudicación que realizan los tribunales. Algunas cortes se conforman con que las normas o prácticas sean formalmente igualitarias, mientras que otras exigen que estas no generen resultados disparados o admiten la necesidad de optar por acciones afirmativas. Es decir, estas posiciones morales se proyectan en la aceptación de la discriminación indirecta, la posibilidad de recurrir a acciones afirmativas, o el aligerar las cargas probatorias a los demandantes.

En el presente capítulo no me haré cargo de estas justificaciones, pero no puede desconocerse que detrás de cada toma de decisión está un juicio moral acerca de qué tipo de igualdad queremos alcanzar. Este ensayo describe la práctica de las cortes y tribunales para dotar de contenido a una prohibición más concreta que el principio genérico de igualdad, la prohibición de la discriminación. Desde ahí postulo: I. que se distingue entre el principio de igualdad y la fórmula jurídica que prohíbe la discriminación. En ese sentido, me centraré en advertir los componentes de la discriminación: 1. Una norma, práctica o criterio (NPC) que establece distinciones en el ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes. Estas distinciones pueden ser expresas (discriminación directa) o implícitas (discriminación indirecta). 2. Las distinciones están basadas en categorías protegidas. 3. Las distinciones se encuentran injustificadas. Luego, II. expondré un esquema común de adjudicación del derecho contra la discriminación. Finalmente, desarrollaré III. la forma en que los tribunales analizan la razonabilidad de las distinciones, a través de diferentes niveles de escrutinio y el famoso test de igualdad.

---

9 SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013, p. 41.

10 *Ibid.* p. 42.

11 Este criterio fue reiterado por la Suprema Corte en diversos precedentes, como los amparos directos en revisión 3327/2013, 1125/2014 y 6055/2014, así como en el amparo directo 19/2014, generando jurisprudencia. Otros asuntos que retomaron el criterio son el amparo en revisión 405/2019 y la acción de inconstitucionalidad 8/2014.

## II. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Las ideas morales de la igualdad se proyectan en el plano jurídico en dos principios fundamentales: el principio general de la igualdad que prescribe la igualdad de todos y todas ante los derechos y deberes previstos por el ordenamiento jurídico.<sup>12</sup> A su lado, y más tarde, se incorpora la cláusula que prohíbe la discriminación, al considerar aún más gravoso el que se negaran derechos o bienes jurídicamente relevantes a las personas, simplemente por tener algún rasgo o característica que los hiciera diferentes al grupo predominante.<sup>13</sup>

En esa línea, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos dos cláusulas que protegen cada uno de estos principios. El artículo 24 establece un mandato general de igualdad de trato o igualdad ante la ley.<sup>14</sup> Mientras que el artículo 1.1 establece la prohibición de discriminación basada en un listado de categorías, respecto de los derechos protegidos por la Convención.<sup>15</sup> Esto es, el principio de igualdad se predica en cuanto al trato que merecemos todas las personas. La discriminación protege, de manera reforzada, a ciertos grupos protegidos.

La comprensión de la discriminación no es pacífica.<sup>16</sup> A juicio de algunos autores “esta área del derecho no constituye más que un conjunto desordenado de reglas, estándares, juicios e intuiciones, y algo más, que directamente apelan a principios generales”.<sup>17</sup> Otros apelan a una teoría general de la discriminación, útil para todas las realidades jurídicas.<sup>18</sup> En este capítulo se desarrollará el de-

12 Desde las primeras declaraciones de derechos a finales del siglo XVIII, el principio de igualdad ante la ley ha sido uno de los postulados básicos del constitucionalismo. Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson Civitas, p. 191.

13 De acuerdo con dicha tesis, la discriminación se entendería desde una lógica de “subordinación”, mediante la cual, el contexto histórico y sistemático colocaría a un grupo social particular en una situación de desventaja por el simple hecho de pertenecer a ese colectivo.

14 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

15 “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

16 Véase Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2014.

17 Rutherglen, George, “Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2014, p. 137.

18 Véase Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2015.

recho contra la discriminación desde el derecho positivo, es decir, a partir de su formulación en las Convenciones y desde los casos paradigmáticos de algunos tribunales constitucionales e internacionales.<sup>19</sup>

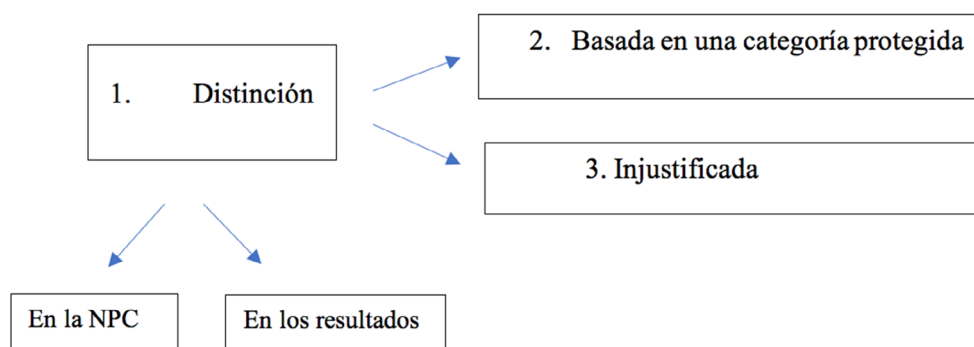
En ese plano descriptivo, en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos existe la prohibición de hacer distinciones basadas en una lista de categorías protegidas. Como se mencionó, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe cualquier distinción injustificada, basada en ciertas categorías, en el ejercicio de derechos y libertades establecidas en la propia Convención. La Convención Europea sobre Derechos Humanos y el Capítulo Africano de los Derechos de las Personas replican prácticamente la misma prohibición.<sup>20</sup>

En la Constitución mexicana, artículo 1o., párrafo 5, se indica que:

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

- 
- 19 En Estados Unidos véase U.S. Supreme Court, *Griggs et Al. v. Duke Power Co., cit.*; Washington, Mayor of Washington, D.C., *Et Al., v. Davis Et Al.* 426 U.S. 229, 1976; *Ricci v DeStefano* 129 S.Ct. 2658, 2009; y Texas Department of Housing and Community Affairs v Inclusive Communities Project, Inc, cit. De Canadá Ont. Human Rights Comm. V. Simpsons-Sears, 1985; y British Columbia (*Public Service Employee Relations Commission*) v *British Columbia Government Service Employee's Union, cit.* De Reino Unido, U.K., *Supreme Court, James v. Eastleigh Council*, 753; y *Essop v. Home Office* (UK Border Agency), 27 (appeal taken from EWCA Civ), 2017; De la Corte de Justicia de la Unión Europea, Case C-109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199; Judgment of 12 February 1974 (Case 152-73, point 11); *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Judgment of 13 May 1986 (Case 170/84, point 31); *Regina v. Secretary of State for Employment*, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, Judgment of 9 February 1999, (Case C 167/97, points 51, 57, 62, 65 and 77). Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nachova and others v. Bulgaria* y *D.H. and others v the Czech Republic*, IV Eur. Ct. H.R., §188, 2007.
- 20 Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han establecido las siguientes fórmulas jurídicas. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe toda distinción injustificada en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en el Convenio por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, patrimonio, nacimiento u otra condición. En el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se prohíbe toda distinción injustificada en el goce de los derechos y libertades establecidos en la Convención por motivos de sexo, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 2 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe toda distinción injustificada en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en la Carta por motivos de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

Desde esta perspectiva descriptiva, la cláusula de discriminación *prohíbe cualquier distinción injustificada y basada en una categoría protegida, en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes*. Así, para establecer un caso de discriminación es necesario mostrar: 1) si hay una distinción en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes, 2) si esa distinción está basada en una categoría protegida, y 3) si esa distinción es irrazonable. Como se explicará más adelante, la distinción se puede advertir a) directamente en la norma, práctica o criterio enjuiciado (NPC), o bien, b) indirectamente en los efectos que genera. En el siguiente esquema podemos observar cada uno de los componentes de la fórmula que prohíbe la discriminación.



Esta definición, sin embargo, resulta vaga y ambigua a la vez. De su lectura no podemos determinar cómo y dónde se manifiestan las distinciones, si en la norma, práctica o criterio (NPC), o bien manifestarse en los resultados. Es decir, si la discriminación solo se proyecta cuando las normas, prácticas o criterios “expresamente” hacen distinciones o niegan derechos, o bien, cuando éstos son neutrales, pero causan un impacto adverso en los grupos especialmente protegidos.

A su vez, aunque los distintos textos constitucionales y convencionales establecen un listado de categorías protegidas, no es pacífico si este listado es cerrado o si puede ser ampliado a través de las decisiones judiciales. De igual manera, varía el nivel de escrutinio de las distinciones. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la discriminación motivada por la raza de las personas amerita un escrutinio estricto de constitucionalidad, mientras que aquella basada en el género de las personas demanda un nivel de análisis intermedio.<sup>21</sup>

21 Cfr. Latapie, Ricardo, “Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en García Huerta, Daniel Antonio (coord.), *Construir*



Finalmente, la determinación de la razonabilidad o justificación de las distinciones dependerá del *test de igualdad*, que implica el análisis de los argumentos y la evidencia que muestren la legitimidad, idoneidad y necesidad de la distinción. Con todo, existen diferencias respecto a la forma de descargar este test, sus niveles de análisis y formas de aplicación.

La interpretación de cada uno de estos elementos es diversa en la práctica de los tribunales. En ese sentido, resulta pertinente el cuestionamiento de si es siquiera posible reconstruir un entendimiento común del derecho contra la discriminación. En mi opinión, hay rasgos comunes que comparten los tribunales que han liderado el derecho contra la discriminación, a través de sus resoluciones paradigmáticas.<sup>22</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Suprema de México, en general, se han adherido a estas interpretaciones.

En las siguientes secciones se explicarán cada uno de los aspectos que conforman la cláusula contra la discriminación: 1) las distinciones, 2) distinciones basadas en categorías protegidas y 3) distinciones no justificadas.

### ***1. Distinciones en las NPC o en los resultados. Discriminación directa y discriminación indirecta***

La fórmula contra la discriminación prohíbe distinciones injustificadas, basadas en categorías protegidas. ¿Dónde advertimos las distinciones? En este apartado se desarrollarán dos manifestaciones de la discriminación: la directa, que se presenta en normas, prácticas o criterios (NPC) que no son neutrales y que afectan a un grupo en forma expresa, y la indirecta, que se advierte en los resultados diferenciados que generan esas NPC a pesar de estar enunciadas de manera neutral.

En el siglo XX, la fórmula de no discriminación que prohíbe distinciones irrazonables se adhirió a una concepción formal de la igualdad. Por tanto, se enfocó en las normas y prácticas que discriminan abiertamente a los grupos protegidos. Pronto sería evidente que abordar las prácticas expresamente discriminatorias es insuficiente para alcanzar una igualdad sustancial.<sup>23</sup> En este sentido, se cuestio-

---

*la igualdad: reflexiones en clave judicial*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2022.

22 Como se explicó, esta reconstrucción o afirmación se hace a partir del estudio de los casos citados en la nota al pie 8, y su correlación con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

23 Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 2.

naron las prácticas que desplazaban a un grupo de un determinado beneficio o derecho, a pesar de ser aparentemente neutrales. El caso que inaugura esta manifestación de la discriminación es *Griggs v. Duke Power Co.* de la Suprema Corte de los Estados Unidos.<sup>24</sup> En 1968 la Ley de Derechos Civiles proscribió la segregación racial. En esa línea, la compañía Duke Power estableció como requisitos para acceder a las posiciones tradicionalmente ocupadas por personas blancas: un examen de conocimientos y una educación secundaria. Como era de esperarse, casi ningún afroamericano acreditó dichos requisitos, en tanto históricamente les fue negado el derecho a la educación. La Corte Suprema reprochó este resultado afirmando que “la Ley prohíbe no sólo la discriminación manifiesta, sino también las prácticas que son justas en forma, pero discriminatorias en su funcionamiento”.<sup>25</sup> En efecto, la compañía Duke Power estableció una política neutral que en la práctica impidió la integración racial. Se encontró, además, que esos requerimientos no eran necesarios para el “funcionamiento del negocio”. A este tipo de discriminación se le conoció como “impacto desproporcionado”.

La prohibición de prácticas que negaban derechos a grupos protegidos a través de los resultados que generaban fue adoptada por otros tribunales, y conceptualizada como discriminación indirecta. Paradójicamente, su desarrollo ha sido limitado o interpretado estrictamente en Estados Unidos.<sup>26</sup> Se observa en la Corte Suprema una débil mayoría que admite este tipo de discriminación en los casos de discriminación legal,<sup>27</sup> al tiempo que no se admiten este tipo de casos tratándose de discriminación constitucional.<sup>28</sup>

En general, la discriminación directa ocurre siempre que una regla, práctica, o criterio niega derechos a un grupo en particular. Muchas veces estas diferenciaciones se traducen en negaciones evidentes de derechos o bienes jurídicamente relevantes. Por ejemplo, en la regla “sólo los varones mayores de 18 años pueden votar”, se sobreentiende que se les niega a las mujeres el derecho al voto. A esta manifestación de la discriminación se le conoce como discriminación por exclusión tácita. Otras reglas o prácticas establecen distinciones de manera expresa.

---

24 U.S. Supreme Court, *Griggs et Al. v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424, 1971.

25 *Id.* P. 431.

26 En su último caso, *Departamento de Vivienda y Asuntos Comunitarios de Texas v. Proyecto de Comunidades Inclusivas, Inc.*, 7576 U.S., (2015), la Corte señaló que es el demandante quien debe demostrar que existe otra alternativa disponible que el demandado no ha tomado para eludir la discriminación indirecta.

27 En *Departamento de Vivienda y Asuntos Comunitarios de Texas v. Proyecto de Comunidades Inclusivas, Inc.*, 7576 U.S., (2015), la mayoría conformada por Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan reconoció que las reclamaciones de impacto dispar son perceptibles bajo la Ley de Vivienda Justa.

28 Véase Washington, Mayor of Washington, D.C., *Et Al., v. Davis Et Al.* 426 U.S. 229, 1976.

Por ejemplo, la regla que señala que “la edad de jubilación para las mujeres es de 60 años y la de los hombres de 65”, o las convocatorias laborales que precisan que “las personas con discapacidad deben abstenerse de aplicar” otorgan derechos en forma diferenciada con base en un rasgo protegido, como el género, o, literalmente, niegan el derecho a un grupo históricamente discriminado, como las personas con discapacidad. A estos tipos o formas de discriminación se les conoce como discriminaciones directas. Las normas o prácticas no son neutrales. De su propia lectura se derivan exclusiones, diferenciaciones u obstáculos evidentes.

En ocasiones, las distinciones o exclusiones no están en las normas, prácticas o criterios, en tanto están formuladas en términos neutrales o dirigidas hacia todas las personas. No obstante, una vez puestas en acción, generan efectos diferenciados, negando a la mayoría de los miembros de un grupo protegido el ejercicio de algún derecho. Por ejemplo, la regla que señala que “sólo las personas que trabajan tiempo completo tienen derecho a la pensión por jubilación” no dice nada acerca del rasgo género, pero su aplicación ocasionó que en Europa, en los años en que estaba vigente, impidiera que un gran número de mujeres accediera a este beneficio.<sup>29</sup> Las mujeres tomaban trabajos de tiempo parcial para dedicarse el resto del tiempo al cuidado del hogar y de sus hijos. A este tipo de discriminación que sólo se advierte en los resultados que genera se le conoce como discriminación indirecta.

La discriminación indirecta plantea importantes preguntas morales y epistémicas: ¿qué tipo de igualdad protege la prohibición de discriminar indirectamente? ¿Qué la causa? ¿Cómo se prueba? ¿Quién es responsable y quién responde por ella? ¿Cómo se subsana? Estas preguntas han sido ampliamente debatidas tanto en la literatura como por muchos tribunales alrededor del mundo.<sup>30</sup>

Existen varios entendimientos de esta forma de discriminación. La visión americana observa la forma en que está redactada la norma, práctica o criterio, si es abiertamente discriminatorio o es neutral. La europea en cambio, parte de la forma en que se manifiestan los resultados, si afectan a la totalidad del grupo protegido o sólo a una parte desproporcionada de éste.

Según la visión estadounidense, “la discriminación directa o el trato dispar se trata de un trato desigual. La discriminación indirecta o impacto dispar se ocupa

---

29 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, CJEU, Sentencia del 13 mayo de 1986, Caso 170/84, punto 31.

30 Véase Collins, Hugh y Khaitan, Tarunabh, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

de la desigualdad en los resultados”.<sup>31</sup> Así, se califica como discriminación indirecta cuando la NPC es un requisito neutro que, a pesar de estar redactado sin establecer diferencia alguna, genera resultados desproporcionados entre los grupos. Por ejemplo, el caso de *Griggs v. Duke Power Co*, donde ningún afroamericano pasó un examen de conocimientos aplicado de manera aparentemente neutral.

En contraste, en Europa, la discriminación directa ocurre incluso cuando la NPC está redactada en forma neutral, pero afecta negativamente a *todos* los miembros del grupo. En *James v. Eastleigh Borough Council*, por ejemplo, existía una política neutral que permitía acceder gratuitamente a los jubilados a las piscinas públicas. No obstante, y en términos de la Ley del Trabajo, las mujeres se jubilan a los 60 años, mientras que los hombres a los 65.<sup>32</sup> La Corte Suprema de Reino Unido consideró que éste era un caso de discriminación directa porque *afectaba de forma injustificada a todos* los hombres entre 60 y 65 años.

De acuerdo con el profesor Khaitan, “se puede, por tanto, decir que la discriminación es directa cuando el [grupo] afectado está constituido en su totalidad por miembros de un grupo protegido”. La discriminación indirecta ocurre, en cambio, cuando se afecta de manera desproporcionada a los miembros de un grupo protegido.<sup>33</sup> Esto es, se afecta a muchos de ellos, pero no a todos.

Bajo estas concepciones, varias situaciones podrían constituir, al mismo tiempo, casos de discriminación directa e indirecta, según la perspectiva con que se analicen. Por ejemplo, bajo la comprensión estadounidense, el caso *James v. Eastleigh Borough Council*, antes detallado, podría considerarse como discriminación indirecta porque la NPC o el requisito para acceder a la alberca se formuló en términos neutrales. Mientras que, desde el punto de vista europeo, es un caso de discriminación directa, pues el requisito afecta a todos los hombres entre 60 y 65 años. De cualquier modo, cuanto más un caso de discriminación indirecta afecte a una mayor proporción de personas de un grupo especialmente protegido, más cercano será a un caso de discriminación directa.

Las dificultades para determinar los límites entre la discriminación indirecta y directa fueron eliminadas por la Suprema Corte de Canadá en el precedente conocido como *Firefighters case*.<sup>34</sup> En este precedente, el estado de Ontario exigía a todos los miembros del grupo de bomberos cierta resistencia aeróbica para

---

31 Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 31.

32 U.K., Supreme Court, Lord Bridge of Harwich, *James v. Eastleigh Council*, 753.

33 Véase Collins, Hugh y Khaitan, Tarunabh, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

34 Canada, Supreme Court, British Columbia (*Public Service Employee Relations Commission*) vs. *British Columbia Government Service Employees Union*, 1999, 3 SCR 3.

ascender al puesto de capitán. Al aplicarse este requisito ninguna mujer cumplió con la exigencia. La Corte Suprema de Canadá encontró que este requisito no estaba justificado, en tanto era excesivo e innecesario para el ejercicio adecuado del puesto. No obstante, al realizar el análisis del caso, la Corte determinó que el objetivo de ambas manifestaciones de la discriminación, directa e indirecta, es el mismo y, por ese motivo, el razonamiento adjudicativo y las cargas argumentativas y probatorias deben ser iguales.

A mi juicio, es adecuado distinguir la discriminación indirecta en función de cómo se expresa la NPC, de manera neutra o encubierta, sin tener en cuenta si afecta o no a la totalidad del grupo especialmente protegido. Lo relevante de la discriminación indirecta es la paradoja que crea y cómo se puede resolver: una práctica igualitaria que es, sin embargo, discriminatoria.

Ya sea que uno demande un resultado desproporcionado o una forma encubierta de discriminación, lo cierto es que la discriminación indirecta es una forma no convencional, poco clara y compleja que desplaza a los miembros de grupos minoritarios respecto a determinados derechos o beneficios. Esto es lo que la hace particularmente difícil de probar.

La Baronesa Hale, Ministra de la Corte Suprema de Reino Unido, quien escribió la opinión en los casos conjuntos de *Essop* y *Naeem*, señaló la distinción entre discriminación directa e indirecta en estas llamativas palabras: “La discriminación directa es comparativamente simple: es tratar a una persona menos favorablemente de lo que se trataría a otra persona, por una característica particular protegida que tiene el primero. Sin embargo, la discriminación indirecta no es tan simple. Su objetivo es evitar reglas y prácticas que no estén dirigidas o en contra de personas con una característica protegida particular, pero que tienen el efecto de ponerlas en desventaja. [Su prohibición], es una forma de tratar de ‘nivelar el campo de juego’”.<sup>35</sup>

Así, mientras en los casos de discriminación directa hay una distinción expresa, en la discriminación indirecta sólo puede observarse esta distinción a través de sus resultados. Para simplificar, la discriminación indirecta surge cuando una NPC (norma, práctica o criterio) neutral genera un impacto negativo y desproporcionado en los miembros de un grupo especialmente protegido.

En México, la Corte Suprema ha estudiado muy pocos casos de discriminación indirecta.<sup>36</sup> La mayoría de su doctrina se centra en casos de discriminación abier-

---

35 *Essop v. Home Office* (UK Border Agency) [2017] UKSC 27 (appeal taken from EWCA Civ).  
*Naeem v. Secretary of State for Justice* [2017] UKSC 27 (appeal taken from EWCA Civ).

36 Tratándose de la Corte Suprema de México, se encuentran dos casos, el amparo directo 9/2018, donde se resolvió la seguridad social obligatoria para las trabajadoras del hogar, y el amparo

ta.<sup>37</sup> Con todo, existen pronunciamientos claros para admitir que este tipo de distinciones encubiertas contravienen la prohibición de la discriminación. Al resolver el amparo directo en revisión 1464/2013, determinó que la discriminación directa ocurre cuando existe una distinción en la aplicación o en una norma que obedece explícitamente a una de las categorías prohibidas por el artículo 1o. constitucional. Por su parte, la discriminación indirecta ocurre en casos en los que “la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra”, pero tiene un efecto que deriva en una exclusión desproporcionada para un determinado grupo social, sin ninguna justificación.<sup>38</sup> En precedentes posteriores, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que existen tres requisitos para actualizar un caso de discriminación indirecta: “1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta negativamente de manera desproporcionada a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar”.<sup>39</sup>

La Corte IDH tampoco ha desarrollado ampliamente la discriminación indirecta. De acuerdo con Silvia Serrano, la Corte IDH ha considerado esta manifestación de la discriminación en dos casos:

Uno fue el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, en el que la Corte explicó este tipo de discriminación, y analizó el impacto diferenciado de la prohibición de la fertilización in vitro en las personas con afecciones de salud y en las personas con bajos recursos.<sup>40</sup> Otro caso en el que la Corte IDH se refirió al impacto desproporcionado por motivos de género es el caso *Yarce y otras vs. Colombia*.<sup>41</sup> En este caso se determinó que [...] del contexto acreditado se desprende que el desplazamiento forzado en Colombia tuvo afectaciones diferenciadas o desproporcionadas sobre las mujeres en razón de su género.<sup>42</sup>

---

directo 18/2021, sobre la indemnización por causa de muerte al concubino con matrimonio vigente.

- 37 Véanse los *Cuadernos de Jurisprudencia*, números 6, 7 y 10, sobre igualdad y no discriminación. Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020 y 2021.
- 38 SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013, p. 41.
- 39 SCJN, Amparo Directo 19/2014, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014, p. 43. Reiterado en: Amparo Directo en Revisión 4909/2014, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, Amparo Directo en Revisión 83/2015, Amparo Directo en Revisión 4465/2015 y Amparo Directo en Revisión 2730/2015. Tesis 1a./J. 100/2017 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, p. 225.
- 40 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 299.
- 41 Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 243.
- 42 Cfr. Silvia Serrano, “Una mirada comparada a la discriminación indirecta: consensos, divergencias y desafíos” en García Huerta, Daniel Antonio (coord.), *Construir la igualdad: reflexiones en clave judicial*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2022.

## 2. Distinciones basadas en categorías protegidas

Como se ha explicado, el derecho contra la discriminación es una especificación de la cláusula general de igualdad, que prohíbe distinciones basadas en ciertos rasgos, con base en los cuales se ha negado una igual ciudadanía o el acceso y ejercicio de determinados derechos. Así, la discriminación reconoce estos patrones históricos de abuso y denigración. Estas categorías se han incorporado en los diferentes textos convencionales y constitucionales en diferentes momentos.<sup>43</sup> Normalmente estos rasgos son raza, color, sexo, religión, origen étnico y nacionalidad.<sup>44</sup> Existe, sin embargo, un desacuerdo sobre si este listado debe ser cerrado o si puede ampliarse de acuerdo con las necesidades sociales.<sup>45</sup>

La determinación de si una distinción —ya sea en las normas, prácticas o en los resultados que estas generan— está “basada en” categorías protegidas también puede ser de fácil o difícil discernimiento. En otras palabras, este componente se refiere a que se niega o excluye de un derecho a un grupo de personas precisamente porque estas comparten un rasgo que ha sido históricamente demeritado. Por ejemplo, porque son personas de una minoría étnica o religiosa, o simplemente porque pertenecen a grupos distintos al grupo que se ha encontrado en el poder, y al que le ha correspondido tomar las decisiones políticas que rigen todavía la vida social. Esta exclusión ha tenido como base el considerar a estos grupos como personas con menor dignidad, y se reproduce y pervive porque se ha arraigado en nuestras sociedades en preconcepciones y prejuicios acerca de las cualidades de estas personas. Así que el determinar si las distinciones establecidas en las NPC están basadas en estos rasgos protegidos se refiere a que la negación o exclusión de derechos o beneficios tiene de fondo la errónea concepción de que “no somos iguales” ni tenemos la misma dignidad.

En la doctrina norteamericana, la idea de que se niegan derechos “because of” o “due to” determinados “grounds” ha sido ligada a la prueba de la intención de discriminar.<sup>46</sup> Esto es, existe un caso de discriminación cuando se muestra la in-

---

43 La Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido gradualmente que ciertas formas de clasificación deben tratarse como formas “sospechosas” de diferenciación. *Human Rights Review*, UCL, 88.

These criteria are also found in international law.

44 For example, the Universal Declaration of Human Rights has listed them in determined characteristics: a) acquired naturally (race, color, sex); b) culturally conditioned (language, religion, birth, social origin); c) legally conditioned (national origin); d) personally decided (political opinions or of any kind).

45 Véase, Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

46 *Ont. Human Rights Comm. V. Simpsons-Sears*, 1985; S.C.R. 536 (Can).

tención de causar un daño a los miembros del grupo protegido. Se argumenta que la intención está ausente en la discriminación indirecta, mientras que es evidente en los casos de discriminación directa. Así, la discriminación directa debe estar anclada en la culpa o responsabilidad individual del demandado, mientras que, en la discriminación indirecta, el responsable pudo actuar de buena fe, y aun así generar un resultado adverso a los miembros del grupo protegido.

No obstante, en la jurisprudencia europea se ha prescindido de la prueba de la intencionalidad en los juicios de derechos humanos, enfocándose en mostrar si la NPC afecta al grupo protegido.<sup>47</sup> Así, cuando hablamos de discriminación directa, es relativamente sencillo conectar la afectación con el rasgo protegido. O bien, la NPC excluye a un grupo al proteger a otro, o expresamente distingue entre grupos. Por tanto, basta leer la forma en que está redactada la norma o política, o dirigido el acto presuntamente discriminatorio para determinar si la distinción está basada en prejuicios contra grupos históricamente discriminados. Por ejemplo, si sólo se otorga el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales, se entiende que se excluye de esta institución a las parejas homosexuales, al tener un prejuicio respecto de qué clase de unión es digna de formar una familia.

En la discriminación indirecta en cambio, la afectación al grupo protegido está oculta o es más difícil de descifrar. Muchas normas o políticas, formuladas neutralmente, pueden, sin embargo, generar un impacto adverso y desproporcionado a un grupo siquiera considerado por los creadores de la NPC. Un examen de aptitud o conocimientos para disponer ascensos o espacios en escuelas y centros laborales puede no tener como objetivo el perjudicar a grupos protegidos, y no obstante hacerlo.

Con todo, en el centro de la prohibición de la discriminación se encuentra la afectación a estos grupos protegidos. La Corte Suprema mexicana ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre este elemento. Las categorías protegidas se encuentran en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, y comprenden el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. De los precedentes de la Corte puede advertirse que: i) identifica estos rasgos con cualidades permanentes de las personas, de las cuales no pueden pres-

---

47 Véase, por ejemplo, U.K., Supreme Court, Lord Bridge of Harwich, *James v. Eastleigh Council*, 753. Cuestión que se replica en los casos estudiados, con excepción de la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos.



cindir a riesgo de afectar su identidad, y ii) admite que este listado no es exhaustivo, sino que puede ampliarse de acuerdo con las necesidades sociales.<sup>48</sup>

Por su parte, en el caso *I.V vs. Bolivia* y en su *Opinión Consultiva 24*, la Corte IDH indicó que las categorías que ameritan protección se basan en: “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.<sup>49</sup> Asimismo, ha establecido la posibilidad de que se amplíe el listado de este artículo, en virtud de una interpretación evolutiva y del principio *pro homine*.<sup>50</sup>

Es importante hacer notar que es un criterio vinculante de la Suprema Corte el asimilar las categorías protegidas del artículo 1o. constitucional con las categorías sospechosas.<sup>51</sup> Esto quiere decir que si se establece una distinción basada en estos criterios, se asumirá, *prima facie*, que es una distinción injustificada y por tanto discriminatoria. Asimismo, se demanda que se realice un estricto de igualdad.<sup>52</sup> Volveré sobre estos aspectos más adelante.

Respecto al desarrollo o protección que ameritan estos grupos, la Corte mexicana ha generado una abundante doctrina en cuanto al rasgo de género. Tal y como podemos ver en los *Cuadernos de Jurisprudencia* del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, la Corte ha protegido la igualdad de las mujeres en múltiples ámbitos: familiar, laboral, político, militar y penal.<sup>53</sup> Muchos de estos precedentes se refieren a las relaciones familiares. Así, ha determinado la inconstitucionalidad de aplicar estereotipos de género al momento de determinar la guar-

48 Entre otros casos, véase el Amparo Directo en Revisión 597/2014 donde se establecieron las categorías sospechosas y el propósito de las mismas dentro de nuestro ordenamiento jurídico: “La razón de tener un catálogo de categorías sospechosas es resaltar –de manera no limitativa– que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociadas con estos atributos o características”.

49 Silvia Serrano, “La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH”, en *Discriminación. Piezas para armar*, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2021, p. 284.

50 *Ibid.* p. 281.

51 Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1462.

52 Ibarra, Ana María y Latapie, Ricardo, “10 años contra la discriminación en la doctrina de la Suprema Corte en México”, en *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos en México*, Tirant, 2022, p. 693.

53 Véase cuaderno de jurisprudencia número 7, *Igualdad y no discriminación. Género*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

da y custodia de los hijos,<sup>54</sup> la necesidad de reconocer la doble jornada laboral en pensiones alimenticias y compensatorias<sup>55</sup> así como la posibilidad de que los hijos puedan llevar el apellido materno en primer lugar,<sup>56</sup> por citar sólo algunos ejemplos. El desarrollo de la protección que merecen otros grupos ha sido más escaso.

### 3. *Distinciones injustificadas*

La discriminación es una diferenciación irrazonable, arbitraria, injustificada. El problema estriba en la vaguedad del concepto *razonabilidad*: “Ciertamente, lo razonable se opone a lo caprichoso, lo arbitrario, lo insensato, lo falto de realismo”.<sup>57</sup>

La fórmula prohíbe distinciones injustificadas, lo que *a contrario sensu*, admite tratos diferenciados razonables. Esta posibilidad fue admitida en las decisiones de las cortes desde muy temprano, por ejemplo, en el caso *Griggs v Duke Power Co.*, la Suprema Corte de Estados Unidos estableció el *business necessity* como un criterio razonable para establecer diferenciaciones.<sup>58</sup> Más aún, la doctrina de los diferentes tribunales se ha concentrado precisamente en resolver esta cuestión a través del famoso test de igualdad.

En ese sentido, desde *Griggs*, la Corte Suprema de Estados Unidos admitió que el demandado puede mostrar que la práctica impugnada está relacionada o es necesaria para el correcto ejercicio de su negocio.<sup>59</sup> Así, en los casos de discriminación en el ámbito laboral, se fueron admitiendo defensas relacionadas con la “necesidad de los negocios”. En casos posteriores se estableció que los demandados debían probar que las distinciones perseguían un objetivo legítimo y necesario.<sup>60</sup>

54 Véanse, por ejemplo, SCJN, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2012, p. 26; SCJN, Amparo Directo en Revisión 2252/2013, 4 de diciembre de 2013, p. 45.

55 Véanse a manera de ejemplo, SCJN, Amparo Directo en Revisión 2764/2016, resuelto en sesión de 22 de marzo de 2017; SCJN, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, resuelto en sesión de 20 de mayo de 2015; SCJN, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, resuelto en sesión de 14 de octubre de 2015; SCJN, Amparo Directo en Revisión 3073/2015, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016; SCJN, Amparo Directo en Revisión 4465/2015, resuelto en sesión de 16 de noviembre de 2016.

56 Véanse: SCJN, Amparo en Revisión 208/2016, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016; Amparo en Revisión 646/2017, resuelto en sesión de 10 de enero de 2018; SCJN, Amparo en Revisión 656/2018, resuelto en sesión de 14 de noviembre de 2018, SCJN, Amparo en Revisión 653/2018, resuelto en sesión de 17 de octubre de 2018; SCJN, Amparo en Revisión 992/2018, resuelto en sesión de 27 de marzo de 2019.

57 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson Civitas, p. 201.

58 U.S. Supreme Court, *Griggs et Al. v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424, 1971.

59 *Ibidem*.

60 U.S. Supreme Court, *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project*, *cit*.

En Europa, las directivas contra la discriminación no establecen líneas específicas de defensa;<sup>61</sup> sin embargo, en los casos resueltos a lo largo de la Unión Europea, se observa la necesidad de que los casos *prima facie* se superen mostrando que las distinciones persiguen un objetivo legítimo, que son necesarias para alcanzar dicho propósito y, además, que son proporcionales.<sup>62</sup>

Este análisis de la razonabilidad de las distinciones se aplica con diferentes niveles de escrutinio de acuerdo con el grupo afectado. Esto es, se considera *a priori* más gravoso que se establezcan distinciones basadas en la raza que en el estado civil de las personas, por ejemplo. El análisis de igualdad detona un test en varios pasos, en los que se busca resolver si hay buenas o imperiosas razones para establecer esa distinción, conectadas racional o estrechamente con el objetivo que se busca, y si son necesarias.

En el siguiente apartado, se desarrollará un esquema de adjudicación del derecho contra la discriminación directa e indirecta, en el que se explicará con más detalle la forma en que los tribunales tienen por probados cada uno de los elementos de la cláusula que prohíbe la discriminación. Finalmente, en el capítulo III volveré sobre la irrazonabilidad de las distinciones, la cual se analiza a través del test de igualdad y de diferentes niveles de escrutinio.

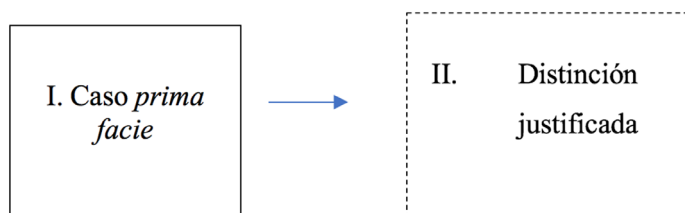
### III. ESQUEMA DE ADJUDICACIÓN DEL DERECHO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Una vez explicados los elementos que conforman la cláusula contra la discriminación: 1) distinciones, 2) categorías protegidas y 3) injustificadas, se desarrollará en este apartado el esquema de su adjudicación. Esto es, ¿de qué manera se muestran en juicio cada uno de estos elementos? Este modelo describe la práctica observada en los casos paradigmáticos de algunas cortes. Así, se advierten dos momentos probatorios: en el primero, se establece la presunción de discriminación, al presentar un caso *prima facie*. En el segundo, se refuta esta presunción, ya sea bloqueando la presunción o mostrando al tribunal que la distinción se encuentra justificada.

---

61 European Commission, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level*, Bruselas, EC, 2014, p. 76.

62 ECHR, *Nachova and others v. Bulgaria*; *D.H. and others v. the Czech Republic* y *Essop v. Home Office* (UK Border Agency), cit. Canada, Supreme Court, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, cit.

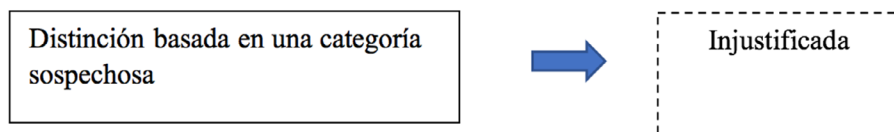


¿Qué elementos construyen el caso *prima facie* contra la discriminación? En la adjudicación de la discriminación, identifico al caso *prima facie* con el hecho base de las presunciones: “Una presunción se compone de un hecho base y un hecho presumido. Esto es, a partir de ciertos hechos conocidos (P) puede asumirse la existencia de ciertos hechos desconocidos (Q). Así, cuando la prueba de un caso está regida por una presunción, basta probar P para mostrar Q”.<sup>63</sup> Así, a partir de ciertos elementos se presume que existe un caso de discriminación, y en un segundo momento puede refutarse esta conclusión anticipada.

### 1. Primer momento: formulación de un caso *prima facie*

Para mostrar que existe un caso *prima facie* de discriminación, el demandado debe mostrar que existe una NPC que establece una distinción y que ésta se encuentra basada en una categoría protegida. Tratándose de discriminación directa, basta con señalar la norma o práctica impugnada que de manera expresa niega derechos o bienes jurídicamente relevantes a una persona que pertenece a un grupo especialmente protegido. Por ejemplo, puede indicarse que la norma que establece que sólo las parejas heterosexuales pueden casarse es presuntamente discriminatoria porque impide que las parejas homosexuales accedan a la institución del matrimonio. Esta norma niega un derecho debido a la preferencia sexual, rasgo que está protegido en la Constitución mexicana por el artículo primero. Este desplazamiento o diferenciación es presuntamente injustificado, y es por tanto discriminatorio. Será el demandado, en este caso el Estado, quien debe superar esa presunción. El siguiente esquema muestra el caso *prima facie* de discriminación directa que activa la sospecha de inconstitucionalidad.

63 Ullmann-Margalit, Edna, “On presumption”, *The Journal of Philosophy*, vol. 80, núm. 3, 1983, p. 145. La traducción es mía.



No obstante, en otras latitudes no todas las categorías protegidas son categorías sospechosas.<sup>64</sup> En otras palabras, no todas las distinciones basadas en características protegidas generan esta presunción e invierten la carga de la prueba al demandado. En México, la Suprema Corte ha entendido que todos los rasgos establecidos en el artículo 1o. constitucional activan esta sospecha de inconstitucionalidad y, además, su escrutinio debe realizarse a través del test estricto de igualdad.<sup>65</sup>

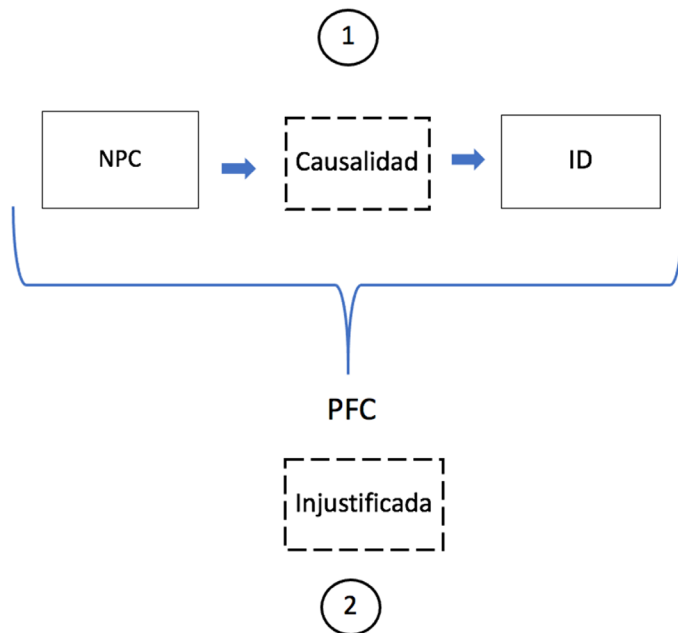
Ahora bien, tratándose de discriminación indirecta, no basta establecer la existencia de una norma práctica o criterio, porque recordemos que éstas están redactadas en forma neutral; es necesario mostrar que esa NPC genera un impacto desproporcionado en un grupo especialmente protegido. Así, el demandante debe mostrar: 1) que existe una norma, práctica o criterio, 2) el impacto desproporcionado en el grupo protegido al que demandó pertenece y 3) que dicho impacto está de alguna manera conectado o correlacionado con la NPC.<sup>66</sup>

64 Sapag, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado", 2008, p. 168.

65 IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). 169877. Tesis: 1a./J. 37/2008, *Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Novena Época, Tomo XXVII, abril de 2008, p. 175; IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESCRITO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO. 010315. Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, p. 1462; CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO. 2012589. Tesis: P./J. 10/2016 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Pleno, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, p. 8.

66 En Estados Unidos véase *Griggs et al. v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971); *Washington, Mayor of Washington, D.C., et al., v. Davis et al.* 426 U.S. 229 (1976); *Ricci v DeStefano* 129 S.Ct. 2658 (2009); y *Texas Department of Housing and Community Affairs v Inclusive Communities Project, Inc* 135 S Ct 2411, 576 US, (2015). De Canadá *Ont. Human Rights Comm. V. Simpsons-Sears* (1985) 2 S.C.R.; y *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employee's Union* (1999) 3 SCR 3. De Reino Unido, *James v. Eastleigh Council*, 753; y *Essop v. Home Office (UK Border Agency)* [2017] UKSC 27. De la Corte de Justicia de la Unión Europea, *Case C-109/88 Danfoss* [1989] ECR I-3199; Judgment of 12 February 1974 (Case 152-73, point 11); *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Judgment of 13 May 1986 (Case 170/84, point 31); *Regina v. Se-*

En el siguiente esquema se advierten los elementos del caso *prima facie* de discriminación indirecta. Como se observa, al mostrarse que existe una NPC conectada de algún modo con un impacto desproporcionado, se asume o presume: 1) que la NPC “causó” el impacto diferenciado ID y 2) que tal efecto “está injustificado” y es por tanto discriminatorio.



Sin lugar a duda, la dificultad probatoria de la discriminación indirecta radica en mostrar a la Corte que existe un impacto diferenciado conectado de alguna manera con la NPC impugnada. En la práctica de los tribunales se observa que admiten evidencia estadística para probar que determinado grupo protegido fue afectado de manera desproporcionada.<sup>67</sup> Por ejemplo, la Corte mexicana acudió a

*cretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, Judgment of 9 February 1999, (Case C167/97, points 51, 57, 62, 65 and 77). De la Corte Europea de Derechos Humanos, *Nachova and others v. Bulgaria y D.H. and others v the Czech Republic*.  
 67 Este tipo de evidencia ha sido admitida en las Directivas contra la Discriminación de la Unión Europea, Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997. No obstante, en la Unión Europea se ha mencionado que es la única evidencia que puede mostrar impactos diferenciados, sin embargo, también se ha enfatizado en las distintas jurisdicciones de la Unión Europea, en que no es la única manera de establecer un caso *prima facie* de discriminación indirecta. Véase Kitching, Kevin, *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners*, London, Interights, 2011, p. 37.

estudios del INEGI para establecer que la norma que prevé un régimen no obligatorio de seguridad social para los trabajadores del hogar afecta en mucho mayor proporción a las mujeres, en tanto el 80% de este empleo está ocupado por mujeres.<sup>68</sup> Así, los estudios poblacionales y estadísticos resultan fundamentales para mostrar el efecto adverso.

Con todo, queda abierta la cuestión sobre qué grado de desproporción debe mostrarse, si una diferencia “estadísticamente significativa” o “estadísticamente alta”.<sup>69</sup> De igual manera, los tribunales no demandan que se muestre el mecanismo a través del cual las normas o prácticas impugnadas generan ese resultado o afectan de manera desproporcionada al grupo protegido.<sup>70</sup> Por ejemplo, puede ser que las mujeres se empleen en trabajos de medio tiempo porque se dedican al cuidado del hogar y de los hijos en mayor proporción que los hombres. Así que una disposición que otorgue el derecho de pensión por jubilación solo a los trabajadores de tiempo completo afectará de forma adversa al grupo de las mujeres.<sup>71</sup> Sin embargo, en muchos casos, descubrir estos factores puede resultar muy complejo. Muchas veces, son factores ocultos y estructurales difíciles de discernir los que causan estos impactos adversos.<sup>72</sup>

## 2. Segundo momento: bloqueo y refutación del caso *prima facie*

Aun cuando haya sido presentado un caso *prima facie* de discriminación directa o indirecta, el demandado puede presentar su defensa y bloquear o refutar esa presunción. Así, el demandado puede mostrar a la Corte que no se actualizaron los elementos que conforman el caso *prima facie* de discriminación, o bien, aceptar que, no obstante, existe una distinción o impacto diferenciado, el cual se encuentra justificado, pues existen suficientes y necesarias razones para mantenerlo.

Tratándose de discriminación directa, el demandado puede mostrar que la NPC no hace una distinción. En discriminación indirecta, puede mostrar que no hay un efecto adverso, explicando, por ejemplo, que las estadísticas o estudios presentados son incorrectos. También puede atacar la relación causal entre la

---

68 Véase Amparo directo 9/2018, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

69 Entre otros, ECHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic*, *cit.*

70 Véanse los casos referidos como paradigmáticos en nota al pie 8.

71 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, CJEU, Sentencia del 13 mayo de 1986, Caso 170/84, punto 31.

72 “Estos factores de desventaja suelen ser múltiples, difusos y afectar todo lo que hacemos, pero en formas muy sutiles... Es una combinación de estos factores escurridizos, lo que muchas veces genera impactos adversos a los grupos protegidos”. La traducción es mía. *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 205.

NPC controvertida y el impacto desproporcionado, mostrando, por ejemplo, que este resultado se debió a otro factor.

Si el demandado no puede desacreditar el caso *prima facie* de discriminación directa o indirecta, puede, todavía, mostrar la razonabilidad de la distinción. Como se mencionó, esta defensa se estudia a través del test de igualdad, que puede tener diferentes niveles de escrutinio. En adelante, se explicará la forma en que se descarga este análisis, así como los niveles de escrutinio que se ameritan.

## IV. IRRAZONABILIDAD DE LAS DISTINCIONES

### 1. Niveles de escrutinio

Como se adelantó, no todas las distinciones ameritan el mismo rigor de análisis. Si el trato diferenciado no está basado en una categoría protegida, se tratará de una violación al principio genérico de igualdad, por lo que sólo deberá verificarse que el trato no es absurdo o arbitrario, a través de un test simple de igualdad. En cambio, se analizarán con mayor rigor las distinciones cuando afecten a grupos especialmente protegidos, a través de un test intermedio o estricto de igualdad. Estos niveles de análisis y gradas del test de igualdad son explicados ampliamente en el artículo de Ricardo Latapie, sobre Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la SCJN, en el libro *Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.<sup>73</sup> En esta sección se abordará muy brevemente en qué consisten estas metodologías.

Los niveles de escrutinio implican el grado de rigor que emplea el juzgador para analizar las posibles justificaciones de las distinciones establecidas en las NPC o de los resultados desproporcionados. “La razón detrás de esta práctica es que las cortes norteamericanas han considerado que existen casos en los que se debe otorgar mayor deferencia al legislador, mientras que en otros se debe examinar su actuación de forma más rigurosa”.<sup>74</sup> Como veremos, estos niveles derivan en diferentes grados y pasos al descargar el test de igualdad.

En la práctica de los tribunales se advierten tres escrutinios: el ordinario, el intermedio y el estricto. Como se explicó líneas arriba, el escrutinio estricto se

---

73 Cfr. Latapie, Ricardo, “Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en García Huerta, Daniel Antonio (coord.), *Construir la igualdad: reflexiones en clave judicial*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2022.

74 Latapie, Ricardo, “¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad?”, en *Discriminación. Piezas para armar*, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 2021, p. 21.



aplica a todas las categorías sospechosas, generando una presunción de discriminación. En algunos países estas categorías son la raza y el origen étnico.<sup>75</sup> Debido al rigor de este escrutinio, se le ha considerado que es “estricto en teoría y fatal en los hechos”.<sup>76</sup> En México, todas las categorías protegidas en el artículo 1o. constitucional son categorías sospechosas, lo que implica que el análisis de las distinciones basadas en estos rasgos siempre amerita un escrutinio estricto.<sup>77</sup> El estudio ordinario se realiza respecto a cualquier distinción no basada en estas características. Finalmente, el escrutinio intermedio se aplica a aquellas categorías protegidas que no son sospechosas. El clásico ejemplo de este examen en Estados Unidos es el utilizado para estudiar las distinciones basadas en el sexo. En México no se observan ejemplos del escrutinio intermedio.

## 2. *Gradas de análisis del test de igualdad*

El test de igualdad se compone de una grada de finalidad, idoneidad y necesidad. Valga señalar que en ocasiones la Corte IDH y otros tribunales añaden una grada de proporcionalidad en sentido estricto. La Corte mexicana no tiene una práctica consistente respecto a la metodología para analizar las justificaciones de las prácticas o normas presuntamente discriminatorias. Algunas veces se adhiere a la aproximación estadounidense, y en otras, a la interamericana.<sup>78</sup> Con todo, tanto los niveles de escrutinio como las etapas del test de igualdad pueden entenderse a partir de las siguientes gradas.

### *La finalidad de la distinción*

La primera grada implica el análisis del fin que se persigue con la distinción. Si se trata de un escrutinio estricto, el fin debe ser imperioso o mandatado.<sup>79</sup> Si se

---

75 Richard H Jr Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA L Rev* 1267.

76 El profesor Gerald Gunther escribió esta famosa frase explicando la dificultad de superar un test estricto de igualdad. Gerald Gunther, *en* “Search of evolving doctrine on changing court: a model for a newer equal protection”, 86 *HARV. LAW REV.* 8, 1976.

77 Artículo 1: [...]

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

78 Véase, Latapie, Ricardo, “¿De qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad?”, en Ibarra, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, SCJN, 2021, pp. 143-210.

79 SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, págs. 56-57, párr. 156; SCJN, Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017, pág. 24; Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, pág. 28; Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de

aplica un escrutinio intermedio, el fin que se persigue debe ser importante, mientras que en el escrutinio simple, el fin sólo debe ser constitucionalmente admitido.

### *Adecuación entre medios y fines*

La segunda grada del escrutinio implica estudiar el grado de conexión entre el fin que se persigue y el medio que se elige para ello, en este caso, el establecimiento de una distinción o un impacto desproporcionado. Tratándose del análisis estricto, la medida estudiada debe estar totalmente encaminada a la consecución de su finalidad.<sup>80</sup> Cuando se aplica un escrutinio intermedio, se exige una conexión estrecha, en tanto que un análisis simple exige una conexión racional.

### *La necesidad de la distinción*

Esta tercera grada se analiza sólo en aquellos casos en que se aplica un escrutinio estricto. Esto es, los estudios intermedios y simples se agotan en la grada de idoneidad. En esta etapa se analiza si la medida impugnada es la menos restrictiva para llegar al fin que persigue.<sup>81</sup> Esto es, si no existen medios alternativos menos gravosos para alcanzar la finalidad de la distinción o impacto desproporcionado.

### *Proporcionalidad de la distinción*

Esta cuarta grada no se aplica bajo la lógica norteamericana, sin embargo, diversos tribunales, incluyendo la Corte mexicana y la interamericana, la incorporan en sus escrutinios. Esta etapa exige que “la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la disposición y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales”.<sup>82</sup>

Como se observa, la forma de probar la razonabilidad de las distinciones es básicamente la misma, tanto en discriminación directa como en discriminación indirecta. Sin embargo, queda por discutir si también resulta justificado emplear el escrutinio estricto en los casos de discriminación indirecta, ello porque puede resultar muy oneroso para el demandado que dos presunciones consecutivas jueguen en su contra, la de la causalidad y la de irrazonabilidad. De aplicarse el escrutinio estricto en discriminación indirecta, el demandante únicamente tendría que mostrar la existencia de una NPC y el impacto desproporcionado, para que

---

2016, pág. 16, párr. 32; SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, pág. 51; SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión 21 de agosto 2018, pág. 16.

80 SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2012.

81 *Ibidem.*

82 Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión de 29 de noviembre de 2017, pág. 12, párr. 28.

el demandado tuviera que refutar bajo razones muy poderosas la presunción de discriminación.

No obstante lo anterior, parece que los tribunales admiten la posibilidad de aplicar un escrutinio estricto a la justificación de las prácticas que generan un impacto desproporcionado, en los casos de categorías sospechosas. En *DH and Others*, la Corte Europea de Derechos Humanos reiteró que las diferencias de trato basadas en raza, color u origen étnico ameritan la aplicación de un escrutinio estricto.<sup>83</sup> De igual manera, la Corte mexicana aplicó un test estricto de igualdad al estudiar el impacto desproporcionado en las mujeres que generaban las normas que excluían a los trabajadores del hogar del régimen obligatorio de seguridad social.<sup>84</sup>

El siguiente esquema muestra un resumen de estas gradas, según los diferentes niveles de análisis.

### Test de igualdad<sup>85</sup>

Escrutinio leve <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fin legítimo</li> <li>• Adecuación potencial de la medida</li> </ul>	Se aplica tratándose de violaciones genéricas al principio de igualdad. Esto es, cuando se alegan distinciones que no están basadas en categorías protegidas.
<b>Escrutinio intermedio</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fin importante</li> <li>• Que la medida esté sustancialmente relacionada con la consecución del fin</li> </ul>	No se aplica en México porque todas las categorías protegidas ameritan un escrutinio estricto. En otras latitudes se aplica al rasgo de género.
<b>Escrutinio estricto</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Finalidad constitucionalmente mandatada</li> <li>• Que la medida esté estrechamente relacionada con la consecución del fin</li> <li>• Que no exista otra medida para lograr el fin</li> </ul>	Se aplica a las distinciones basadas en las categorías protegidas por el artículo 1o. constitucional. En otros países se aplica a aquellas categorías que generan una sospecha de inconstitucionalidad.

83 *D.H. and others v. the Czech Republic*, 2007-IV Eur. Ct. H.R., 196.

84 Amparo Directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018, pág. 35.

85 *Cfr.* Latapie, Ricardo, “Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en García Huerta, Daniel Antonio (coord.), *Construir la igualdad: reflexiones en clave judicial*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2022.

## V. CONCLUSIONES

En los párrafos anteriores se intentó mostrar la estructura de la fórmula que prohíbe la discriminación: i) una distinción expresa en la NPC o en los resultados, ii) basada en una categoría protegida, iii) que es además irrazonable o se encuentra injustificada. Se explicó cada uno de estos elementos y la forma en que se adjudican, así como su conexión con el test de igualdad. Esta ruta conceptual describe la práctica de algunos de los tribunales que han liderado el derecho contra la discriminación, a través de sus resoluciones emblemáticas. En mayor o menor medida, las Cortes mexicana e interamericana se han adherido a esta comprensión.

La descripción de estos elementos pretende diseccionar el derecho contra la discriminación y, a partir de este marco, invitar a abordar la literatura que profundiza en cada uno de los puntos críticos de este derecho. Así, dentro de esta fórmula podemos ubicar a los textos que indagan la discriminación indirecta, la prueba de la discriminación, las categorías protegidas, la intencionalidad, entre muchos otros aspectos que fueron al menos referidos. De igual manera, esta ruta puede servir para discutir y resolver los casos que se presentan en la cotidianidad de los tribunales.

Con todo, quedan fuera de este esquema discusiones sobre los fundamentos filosóficos de la discriminación; u otros tipos de discriminación, como la discriminación estructural y la interseccional, así como las formas de reparar la discriminación. Desde luego, el estudio que aquí se presenta describe la práctica judicial y no apela a ninguna visión normativa del derecho contra la discriminación.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

A partir de los elementos antes expuestos, queda en el aire o puede profundizarse sobre: ¿Qué tipo de igualdad persigue la discriminación indirecta: la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados? ¿Pueden los particulares ser demandados por actos discriminatorios? ¿Es adecuado para la práctica mexicana adherirse a la concepción estadounidense de la discriminación indirecta? ¿Cuál es el papel de la evidencia en los casos contra la discriminación? ¿Es correcta la determinación de la Corte mexicana de entender a todas las categorías protegidas como categorías sospechosas? ¿Cuáles son las diferencias entre el test de igualdad y el test de proporcionalidad?

### Fuentes

Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, CJEU, Sentencia del 13 mayo de 1986, Caso 170/84, punto 31.

- Collins, Hugh y Khaitan, Tarunabh, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, en *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 299.
- Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 243.
- Diez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson Civitas.
- Directivas contra la Discriminación de la Unión Europea, Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997.
- Dworkin, Ronald, *Thaking rights seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- European Comission, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level*, Bruselas, EC, 2014.
- Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2014.
- Ibarra, Ana María y Latapie, Ricardo, “10 años contra la discriminación en la doctrina de la Suprema Corte en México”, en *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos en México*, Tirant, 2022.
- Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 2015.
- Kitching, Kevin, *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners*, London, Interights, 2011.
- Latapie, Ricardo, “¿De qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad?”, en Ibarra, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, SCJN, 2021.
- Rutherglen, George, “Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford University Press, 2014.
- Sapag, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, 2008.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2012.
- SCJN, Amparo en Revisión 581/2012, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2012.
- SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 2252/2013, 4 de diciembre de 2013.
- SCJN, Amparo Directo 19/2014, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, resuelto en sesión de 20 de mayo de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, resuelto en sesión de 14 de octubre de 2015.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 3073/2015, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016. SCJN, Amparo Directo en Revisión 4465/2015, resuelto en sesión de 16 de noviembre de 2016.
- SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017.
- SCJN, Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017.

SCJN, Amparo en Revisión 208/2016, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 2764/2016, resuelto en sesión de 22 de marzo de 2017.

SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión de 29 de noviembre de 2017.

SCJN, Amparo en Revisión 646/2017, resuelto en sesión de 10 de enero de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 653/2018, resuelto en sesión de 17 de octubre de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 656/2018, resuelto en sesión de 14 de noviembre de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 992/2018, resuelto en sesión de 27 de marzo de 2019.

SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019.

Silvia Serrano, “La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH”, en *Discriminación. Piezas para armar*, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Westen, Peter, “The Concept of Equal Opportunity”, 95 *Ethics* 837-850, 1985.

Ullmann-Margalit, Edna, “On presumption”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 80, núm. 3, 1983.

## Capítulo 11

# El derecho a la igualdad de género

Fabiana Estrada Tena\*

**SUMARIO:** I. MARCO CONCEPTUAL. 1. Género. 2. Perspectiva de género. 3. Interseccionalidad. II. MARCO JURÍDICO. III. GÉNERO EN LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 1. Derecho a decidir, derechos sexuales y reproductivos. A. Derecho a interrumpir el embarazo. B. Derecho a la información. C. Técnicas de reproducción asistida y el derecho a decidir. D. Objeción de conciencia. 2. Igualdad de género en el trabajo. A. Perspectiva de género en el juicio laboral. B. Trabajo del hogar. C. Pensiones. D. Guarderías. E. Estabilidad laboral en el embarazo. 3. Derecho familiar. A. Violencia familiar. a. Una aproximación a la violencia de género en el ámbito familiar. b. Perspectiva de género y violencia familiar. c. Violencia y derecho a la igualdad. d. Medidas de protección. B. Alimentos. a. Perspectiva de género en los juicios de alimentos. C. Guarda y custodia. D. Patria potestad. E. Filiación. F. Uniones. G. Compensación. 4. Derecho penal. A. Perspectiva de género y tipos penales. B. La perspectiva de género en la investigación de delitos. C. La perspectiva de género en el proceso penal. 5. Derecho electoral. A. Principio de paridad como mandato de optimización. B. Paridad horizontal. IV. CONCLUSIONES.

En una democracia constitucional las instituciones aspiran a brindar justicia a todas las personas con independencia de sus condiciones o circunstancias particulares. Garantizar un trato justo y sin distinciones arbitrarias es parte fundamental del constitucionalismo. De acuerdo con este principio de neutralidad el Estado no debe tener “favoritos”, simplemente debe ser imparcial.<sup>1</sup>

Con todo, décadas de teoría política<sup>2</sup> y jurídica<sup>3</sup> feminista muestran que existe muy poco de neutralidad en el derecho y sus instituciones. Por el contrario, su evolución está profundamente marcada por los prejuicios y estereotipos que han imperado a lo largo de la historia y, como consecuencia, el derecho hoy niega o desconoce sistemáticamente las experiencias y necesidades de las mujeres. Al igual que la educación, las religiones o las ciencias, el derecho reproduce y justifica este-

---

\* Magistrada de circuito, comisionada como Coordinadora General de Asesores de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde tiene a su cargo las áreas de Derechos Humanos, Género, Relaciones Institucionales y el Centro de Estudios Constitucionales.

1 Sunstein, Cass R., “Neutrality in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, vol. 92, enero de 1992, núm. 1, p. 1.

2 Pateman, Carole, *El desorden de las mujeres: Democracia, feminismo y teoría política*, Prometeo Libros, 2018.

3 MacKinnon, Catharine A., *Women’s Lives, Men’s Laws*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

reotipos de género que violentan, marginan o invisibilizan a las mujeres en todos los espacios de la vida social.<sup>4</sup>

La experiencia cotidiana de las mujeres<sup>5</sup> al interactuar con el derecho confirma que la discriminación histórica en su contra permanece vigente, profundamente arraigada en el instrumento mismo que debería servir para garantizar la libertad de todas las personas.

Como puede advertirse, no se trata de un problema menor. En palabras de Alda Facio y Lorena Fires: “la universalidad de la subordinación femenina, el hecho de que exista y que involucre los ámbitos de la sexualidad, la afectividad, la economía y la política [...] da cuenta de que estamos ante algo muy profundo, e históricamente enraizado [...] que no podemos erradicar con un simple reacomodo de algunos roles en lo sexual o social”.<sup>6</sup>

Desde tal perspectiva, es claro que la igualdad de género, entendida sencillamente como el goce efectivo de los mismos derechos sin importar el género, no será una realidad mientras las instituciones jurídicas sigan asumiendo visiones estereotipadas de lo masculino y lo femenino; mientras sigan en pie las estructuras que se encuentran en el origen de la desigualdad y la discriminación.

Esto pone de manifiesto las limitaciones del principio de *igualdad formal ante la ley*. Prohibir distinciones arbitrarias y privilegios injustificados no basta para combatir las causas profundas de la desigualdad y corregir las desventajas históricas que la alimentan. El paradigma de la igualdad formal —por sí sólo— mantiene intactas las dinámicas de dominación masculina que propician una ciudadanía de segunda clase para las mujeres.

En contraste, la *igualdad sustantiva* implica reconocer los patrones socio-culturales que alimentan, perpetúan y reproducen la desigualdad estructural en contra de las mujeres y otros grupos históricamente discriminados en su diversidad. A partir de este enfoque, se hace necesaria la adopción de medidas contundentes para remediar las desventajas históricas, desterrar el estigma, los estereotipos y las violencias de género, incrementar la participación y las voces de las mujeres en su diversidad, y lograr un cambio estructural.<sup>7</sup> Se trata de hacer del derecho “un instrumento transformador que desplace los actuales mo-

---

4 Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm. 6, primavera 2005, pp. 259-294.

5 Sin desconocer que las identidades individuales de las mujeres moldean también sus experiencias, por lo que el derecho no afecta a todas las mujeres de la misma manera.

6 *Supra* nota 4, pág. 260.

7 Fredman, Sandra, “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, Issue 3, julio de 2016, pp. 712-738.



delos sexuales, sociales, económicos y políticos”<sup>8</sup> imperantes hacia un arreglo social plenamente igualitario, en el que hombres y mujeres ejerzan sus derechos en libertad, y tengan las mismas oportunidades para elegir y desarrollar su proyecto de vida.

En ese contexto, el papel de las personas juzgadoras es fundamental para materializar la igualdad en los casos concretos que les toca resolver, mediante sentencias que incorporen y hagan operativa la igualdad sustantiva. Lo anterior implica reconocer frontalmente la desigualdad histórica y persistente entre hombres y mujeres, la forma en que se erige como una barrera para el ejercicio de los derechos y la urgencia de transformar los roles tradicionales de la mujer para alcanzar la igualdad. Las personas juzgadoras deben adoptar medidas positivas que permitan desterrar los estereotipos y transformar la cultura para consolidar una cancha pareja entre hombres y mujeres. Es su labor tomar en cuenta las violencias sistemáticas que amenazan la integridad y la vida de las mujeres todos los días, y anulan el ejercicio de sus derechos, pues de lo contrario un acceso real a la justicia será ilusorio.

Desde hace algunos años, la doctrina constitucional de la Suprema Corte ha estado comprometida con revertir los patrones de opresión en contra de las mujeres y reorientar la función de todas las personas operadoras de justicia para actuar con perspectiva de género. Hoy en día, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no puede entenderse sin referencia a esta extensa jurisprudencia que lo ha dotado de contenido y efectividad.

La doctrina desarrollada por la Corte rechaza los estereotipos de género, toma en cuenta la realidad de las mujeres e interpreta la Constitución de tal manera que los derechos sean efectivos a la luz de dicha realidad. Mediante su jurisprudencia, la Corte “ha puesto de relieve sus intereses y su presencia en los ámbitos en los que han sido históricamente excluidas o invisibilizadas”.<sup>9</sup>

Este capítulo busca dar cuenta de esa doctrina, construida a partir de los criterios y parámetros más importantes de los últimos años. No pretendo agotar en su totalidad la jurisprudencia de la Corte sobre igualdad de género, sino presentar las grandes áreas temáticas en las que existe un desarrollo constitucional importante, con líneas jurisprudenciales definidas para orientar la actividad jurisdiccional.

---

8 *Supra* nota 6.

9 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “10 años de derechos”, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis, “La reforma constitucional sobre derechos humanos en México. Una evaluación con perspectiva de género”. Editorial Tirant lo Blanch, México, 2022, pp. 28.

Con esa finalidad en mente, el capítulo se divide en tres partes. En primer lugar, reparo brevemente en el marco conceptual mínimo para adentrarse en la doctrina constitucional sobre igualdad de género, particularmente en las nociones contemporáneas de género y perspectiva de género. En segundo lugar, ofrezco un breve recuento del marco jurídico internacional y doméstico relevante en materia de igualdad de género con énfasis en los sistemas y cuerpos legales de protección, en los que subrayo los principios y las normas sustantivas más importantes. Como veremos, la creación de estos instrumentos refleja la historia de la lucha de las mujeres en todo el mundo por conquistar sus derechos y garantizar sus libertades; por alcanzar la igualdad y combatir las violencias específicas que enfrentamos por el solo hecho de ser mujeres, particularmente en México y América Latina.

En tercer lugar, el capítulo se enfoca dar cuenta del desarrollo jurisprudencial de la igualdad y la perspectiva de género en la doctrina constitucional de la Suprema Corte. Para tal efecto divido los precedentes de la Corte en cinco campos temáticos: derechos sexuales y reproductivos, derecho laboral, derecho familiar, derecho penal y derecho electoral. No desconozco que varios subtemas pueden estar comprendidos dentro de más de una materia, como es el caso de violencia, que también podría analizarse desde la perspectiva de la materia penal. Con todo, la clasificación que se presenta atiende esencialmente al desarrollo jurisprudencial de la Corte y al objetivo de exponer con exhaustividad los criterios que integran las diversas líneas jurisprudenciales.

Espero que este capítulo contribuya a comprender la igualdad de género como un ideal a alcanzar a través de la función interpretativa. Como un derecho que se ha ido construyendo a partir del desarrollo de principios, estándares y parámetros orientados a transformar la realidad de las niñas y mujeres en nuestra sociedad. Como una exigencia del principio de dignidad humana, aún pendiente de alcanzar.

## I. MARCO CONCEPTUAL

### 1. Género

Para entender el concepto de *género* es importante distinguirlo del concepto de *sexo*. El *sexo* se ha concebido tradicionalmente como el elemento que distingue a las personas como *mujeres* u *hombres*, el cual se asigna al nacer con base en

criterios estrictamente biológicos.<sup>10</sup> De acuerdo con lo anterior, se ha entendido que en la especie humana hay dos sexos. Con todo, la literatura contemporánea muestra que dichos criterios biológicos deben entenderse como un espectro que tiene como extremos lo *masculino* y lo *femenino*, pero que tiene una variedad extensa de puntos intermedios.<sup>11</sup>

Si antes se asumía que lo que definía a una persona como *mujer* u *hombre* —y determinaba que se comportara y percibiera como tal— dependía precisamente del sexo asignado al nacer,<sup>12</sup> hoy sabemos que la identidad de hombre o de mujer consiste en una construcción cultural y social, que se explica más claramente mediante la noción de *género*. Este concepto implica el conjunto de roles o atributos asignados socialmente a las personas a partir de su sexo. En otras palabras, el género es lo que, entre otras cosas, impone a las personas, en función de su sexo, mandatos sociales sobre cómo deben ser, verse, comportarse, a qué deben dedicarse, cómo deben relacionarse entre sí, qué debe gustarles, etcétera.<sup>13</sup> En la actualidad sabemos, además, que el género no necesariamente corresponde con el sexo asignado al nacer, pues no es un reflejo de los rasgos biológicos de una persona, sino también una vivencia interna y profunda de su identidad que merece respeto y que debe ser plenamente reconocida por las instituciones y la sociedad.

Es importante señalar que, como construcciones culturales que son, las nociones tradicionales de lo *masculino* y lo *femenino* están profundamente cargadas de estereotipos inspirados en una supuesta superioridad del hombre sobre la mujer. En definitiva, “la atribución que se hace de cualidades y habilidades para cada sexo es claramente desigual: mientras ‘lo debido’ para los hombres es la valentía, la toma de decisiones, el ámbito público, las tareas trascendentes, etcétera, ‘lo debido’ para las mujeres es la vulnerabilidad, el silencio, las labores de crianza, el ámbito privado (doméstico), las tareas secundarias, entre otras.”<sup>14</sup> Esta construcción estereotipada del género favorece un contexto desigual que se replica en diversos ámbitos de la vida de las personas: familiar, religioso, educativo, político, legal, entre otros.<sup>15</sup>

---

10 Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, p. 3.

11 *Ibidem*, pp. 3 y 4.

12 *Ibidem*, p. 10.

13 *Ibidem*, pp. 10 y 11.

14 *Ibidem*, p. 13.

15 *Ídem*.

## 2. *Perspectiva de género*

La perspectiva de género, como método de análisis, se configura como una nueva forma de entender la realidad social, dejando atrás la visión parcial a la luz de la cual está construida (la del “hombre blanco, cristiano, propietario, heterosexual y educado”) y, en su lugar, busca visibilizar la manera en que esta realidad ha excluido históricamente a las mujeres.<sup>16</sup>

A pesar de que el concepto de perspectiva de género no está regulado expresamente en la CEDAW ni en la Convención Belém do Pará, el sustento normativo de los deberes que genera se desprende de diversas recomendaciones generales del Comité CEDAW y de las obligaciones a cargo de los Estados parte previstas en la Convención Belém do Pará.<sup>17</sup>

En el ámbito nacional, la perspectiva de género ha sido construida vía jurisprudencial. En relación con la justificación del uso de esta herramienta, la Corte ha apuntado que: “para garantizar el acceso al derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres sin discriminación alguna, el Estado tiene la carga de probar que al impartir justicia la aplicación de una regla de derecho no conlleva a un impacto diferenciado en el tratamiento de las personas involucradas en la litis por razón de género”.<sup>18</sup> Así, la Corte ha señalado que, de advertirse “posibles desventajas ocasionadas por estereotipos culturales o que expresamente den cuenta de denuncias por violencia por género en cualquiera de sus modalidades, las autoridades del Estado deben implementar un protocolo para ejercer sus facultades atendiendo a una perspectiva de género”.<sup>19</sup>

En esta línea, la Corte precisó las bases metodológicas para juzgar con perspectiva de género en los siguientes términos: i) identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría; (iii) ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género; (iv) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; (v) aplicar los estándares de

---

16 *Ibidem*, p. 79.

17 Consultar la Recomendación General 33 del Comité CEDAW, 3 de agosto de 2015, párrs. 3 y 8; y artículos 7, incisos e), f) y g); y 8, incisos a), b) y c) de la Convención Belém do Pará.

18 Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013, p. 27.

19 *Idem*.

derechos humanos de todas las personas involucradas; y (vi) evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente.<sup>20</sup>

En relación con la vinculatoriedad de la perspectiva de género, la Suprema Corte ha precisado que “dicho método de análisis implica una obligación intrínseca de la labor jurisdiccional, por lo que es obligatoria y aplicable para todos los casos aun si las partes no la solicitan”.<sup>21</sup>

En este sentido se trata de una herramienta metodológica a partir de la cual las personas operadoras jurídicas deben desempeñar sus funciones siempre que estén de por medio los derechos de las mujeres, a fin de asegurar su goce efectivo.

### 3. *Interseccionalidad*

Otro concepto central a la doctrina sobre igualdad de género es el de interseccionalidad, que se refiere al análisis multidimensional de la discriminación que experimentan ciertas mujeres como resultado de los efectos combinados de otros factores de discriminación. Se trata de un término que fue acuñado para visibilizar la doble discriminación que enfrentaban las mujeres negras en Estados Unidos por razones de sexo y raza.<sup>22</sup>

---

20 Las cuales consisten en: (i) Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (ii) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría; (iii) Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género; (iv) Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; (v) Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas; y (vi) Evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente. Esta metodología quedó plasmada en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) de rubro: “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, página 836. Registro digital 2011430: «<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011430>».

21 Expediente varios 1396/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de mayo de 2015 (2015), pp. 74 a 81 y 91 a 96.

22 Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)».

El análisis interseccional permite advertir cómo la particular situación de una persona —su condición social, religión, etnia, identidad de género, discapacidad, etc.— la coloca en una posición en la que experimenta una discriminación única y diferente de la de otras personas. Se trata de una herramienta que permite analizar los problemas desde una perspectiva integral, evitando conclusiones reduccionistas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*<sup>23</sup> lo explicó así:

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que “la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres.” En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos).

## II. MARCO JURÍDICO

En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, desde la Carta de Naciones Unidas (1945) se reafirmó “la fe en [...] la igualdad de derechos de hombres y mujeres”<sup>24</sup> y por primera vez se hizo referencia a la prohibición de discriminación por motivos de sexo.<sup>25</sup> Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la declaración sin distinción alguna.<sup>26</sup>

---

23 Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

24 Preámbulo, Carta de las Naciones Unidas: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas reueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...]”.

25 Carta de las Naciones Unidas. “Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y [...]”.

26 Declaración Universal de los Derechos Humanos. “Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,

En gran medida, el reconocimiento de la igualdad de género en el plano internacional fue el logro de un grupo de mujeres que lucharon por sentar los cimientos para avanzar en la protección de sus derechos<sup>27</sup> y que lograron la creación de un organismo internacional dedicado exclusivamente a este propósito: la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés).<sup>28</sup>

Entre otros instrumentos,<sup>29</sup> la CSW participó en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>30</sup> así como en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), en la que se proclamó que la discriminación en contra de las mujeres era injusta y que era incompatible con el bienestar de la familia y de la sociedad.<sup>31</sup>

Con todo, no se abordó integralmente el problema de la discriminación,<sup>32</sup> sino hasta 1979, cuando se aprobó la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que entre sus puntos más importantes:

- Reconoce la persistente desigualdad histórica entre hombres y mujeres; que la discriminación contra la mujer constituye un obstáculo para su pleno desarrollo; y que es necesario modificar los papeles tradicionales del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia a fin de lograr la igualdad plena.<sup>33</sup>
- Define por primera vez el concepto de “discriminación contra la mujer”, previendo que ésta se da no sólo cuando existe el *propósito* de menosc-

---

idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

27 ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1996), “The United Nations and the advancement of Women 1945-1996”, p. 10. Disponible en: «<https://digitallibrary.un.org/record/214867>».

28 *Ibidem*, pp. 12-14.

29 Tales como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953; la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957; la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios de 1962; entre otros.

30 *Ibidem*, p. 15.

31 *Preámbulo*, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>».

32 Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/protocolos/archivos/202011/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)».

33 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Preámbulo*. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>».

bar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos, sino también cuando se produce ese *resultado*.<sup>34</sup>

- Prevé obligaciones de carácter positivo de gran amplitud a cargo de los Estados parte, tales como: asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad; la adopción de todas las medidas adecuadas para modificar o derogar normas, usos y prácticas que constituyan discriminación, así como medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto (acciones afirmativas).<sup>35</sup>
- Establece obligaciones a cargo de los Estados parte para modificar patrones socioculturales con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en estereotipos de género.<sup>36</sup>
- Especifica las áreas en las que se deberá garantizar que no exista discriminación en contra de las mujeres (en los ámbitos público y político, educativo, laboral, de atención médica, económico, social y familiar).<sup>37</sup>
- Establece un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, inicialmente encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención y de emitir recomendaciones de carácter general.<sup>38</sup> Posteriormente, mediante el Protocolo Facultativo de la CEDAW (1999), se le otorgó la facultad para conocer de las comunicaciones enviadas por personas o grupos de personas en las que aleguen ser víctimas de violaciones a los derechos protegidos en la Convención.<sup>39</sup>

El desarrollo normativo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos vino a complementar la CEDAW. En una reunión de la CSW en 1989, la Presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) detectó que la CEDAW no

---

34 CEDAW, “Artículo 1. A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

35 CEDAW, artículo 2, incisos a), e), f) y artículo 4.1.

36 CEDAW, artículo 5, inciso a).

37 CEDAW, artículos 7 al 16.

38 CEDAW, artículo 17.

39 Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/default-title>».



contemplaba el tema de violencia contra las mujeres.<sup>40</sup> Con el fin de hacer frente a esta preocupación, en 1990 se adoptó la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer” y cuatro años después se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”,<sup>41</sup> que en sus aspectos más relevantes:

- Reconoce, por primera vez, el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, que comprende el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.<sup>42</sup>
- Define la violencia contra las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.<sup>43</sup>
- Reconoce a la violencia como una forma de impedir y anular el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y como manifestación de los patrones socioculturales de conducta basados en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en papeles estereotipados.<sup>44</sup> Asimismo, reconocen distintos tipos de violencia en contra de las mujeres.<sup>45</sup>
- Contempla deberes específicos a cargo de los Estados Parte a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.<sup>46</sup>
- Prevén mecanismos interamericanos de protección: a) informes nacionales que los Estados parte deben remitir sobre las medidas adoptadas para cumplir la Convención; b) opiniones consultivas que los Estados parte y la CIM pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de la Convención; y c) denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a los deberes de los Estados parte.<sup>47</sup>

---

40 Poole, L., “Génesis de la Convención de Belém do Pará. Educar y promover el rechazo a la violencia”, *Milenio, suplemento Todas*, 2013, pp. 9-10. Disponible en: «[http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole\\_Todas.pdf](http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole_Todas.pdf)».

41 *Idem*.

42 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (1994), Preámbulo y artículos 3, 4 y 5. Disponible en: «<https://www.oas.org/uridico/spanish/tratados/a-61.html>».

43 Convención de Belém do Pará, artículo 1.

44 Convención de Belém do Pará, Preámbulo y artículo 8, inciso b).

45 Convención de Belém do Pará, artículo 5.

46 Convención de Belém do Pará, artículo 7.

47 Convención de Belém do Pará, artículos 10, 11 y 12.

En adición a la CEDAW y a la Convención de Belém Do Pará, se han emitido diversos tratados y protocolos internacionales que, independientemente de su temática principal, han buscado otorgar una protección diferenciada a las mujeres.<sup>48</sup>

En cuanto al ámbito nacional, el estándar normativo en materia de género parte del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1º constitucional, así como de su artículo 4º que reconoce la igualdad entre el hombre y la mujer.<sup>49</sup> Además, México ha ratificado tanto la CEDAW como la Convención Belém Do Pará, por lo que los derechos humanos contenidos en aquéllas son parte de la Constitución, de conformidad con el artículo 1º constitucional y la contradicción de tesis 293/2011.<sup>50</sup> Otras normas nacionales relevantes en materia de género son la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (2003); la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006); y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007) y su Reglamento (2008).

### III. GÉNERO EN LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

#### 1. *Derecho a decidir, derechos sexuales y reproductivos*

El derecho a decidir, así como los derechos sexuales y reproductivos encuentran reconocimiento en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero su contenido se construye a partir de la interacción compleja de diversos derechos. Primeramente, derivan del derecho al libre desarrollo

---

48 Véase, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, artículos 12, 20, inciso e), y 23; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 6, 16.2, 16.5, y 28.2 b); y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, artículos 2, inciso a), y 9.1. inciso b).

49 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), “Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

“Artículo 4. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. [...]”.

50 Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2013).

de la personalidad, paradigma sobre el cual se fundamentan la reflexión teórica y el desarrollo de los derechos humanos desde el final del siglo XX y del cual, a su vez, han derivado los derechos a la libertad y autonomía reproductiva, así como a la integridad personal, a un proyecto de vida, a la información, a una vida libre de violencia, a la salud, entre otros.

En materia de género, como se asentó en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995), la mujer y toda persona con capacidad de gestar se consideran en una posición de vulnerabilidad debido a los estereotipos que se suelen asignar a la función reproductora y la responsabilidad de la anticoncepción.

A ello se suma el hecho biológico de que su libertad y su derecho a un proyecto de vida pueden ser, en cierta medida, condicionadas y vinculadas por el embarazo. Por ello, los derechos a decidir, sexuales y reproductivos de las mujeres han sido objeto de debate en las últimas décadas y, si bien de manera paulatina, la jurisprudencia en México ha optado por favorecer el desarrollo de una protección integral de la mujer, aún hay un largo camino que recorrer para garantizarlos de manera efectiva a todas las personas.

## A. Derecho a interrumpir el embarazo

La Suprema Corte ha analizado el derecho a interrumpir el embarazo en distintos momentos. Asimismo, lo ha hecho en supuestos específicos (por ejemplo, en casos en los que el embarazo deriva de una violación), y desde una perspectiva más general, al reconocer el derecho a la interrupción del embarazo en todos los supuestos en los que se encuentra constitucionalmente protegido.<sup>51</sup>

Así, en un primer momento la Corte analizó en 2011 la constitucionalidad de las normas que protegían la vida desde el momento de la concepción.<sup>52</sup> A pesar de que los asuntos generaron importantes discusiones y posicionamientos en el sentido de que existe un derecho humano a la interrupción del embarazo, las acciones fueron desestimadas al no alcanzar la votación mayoritaria para invalidar los preceptos impugnados.

---

51 Proyecto de sentencia presentado por la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar en el Amparo en Revisión 1388/2015.

52 Acción de inconstitucionalidad 11/2009, que fue desestimada al no alcanzar votación mayoritaria para declarar la invalidez del artículo 7 de la Constitución de Baja California. En la sesión del siguiente día, 29 de septiembre, se discutió la acción de inconstitucionalidad 62/2009 que proponía la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Constitución de San Luis Potosí, sin embargo, también fue desestimada.

Después, al resolver el amparo en revisión 45/2018,<sup>53</sup> la Primera Sala consideró inconstitucional una porción normativa del artículo 158, fracción II, del Código Penal para el Estado de Hidalgo que condicionaba la posibilidad de abortar de las víctimas de violación a que previamente se hubiera denunciado el delito, al considerar que dicha norma estaba basada en estereotipos nocivos de género, entre ellos el de no credibilidad de la víctima y la estigmatización de la conducta femenina en contextos de violación, reflejos directos de la discriminación estructural y el fenómeno de revictimización.

Finalmente, en septiembre de 2021 el Pleno de la Suprema Corte reconoció de una vez por todas el derecho fundamental a la interrupción del embarazo. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 148/2017,<sup>54</sup> el Pleno de la SC-JN declaró la invalidez de una norma que tipificaba como delito el aborto autoprocurado o consentido, al concluir que la penalización “limita de manera innecesaria y desproporcionada”<sup>55</sup> el derecho de las mujeres y personas con capacidad de gestar de decidir ser o no ser madre. Aunque la Corte encontró un fin constitucionalmente legítimo en esa norma, consistente en la protección de la vida en gestación, advirtió que la medida legislativa no lograba esa finalidad, pues produce efectos nocivos como “[la] puesta en riesgo de la vida e integridad de la mujer y personas con capacidad de gestar, criminalización de la pobreza, y descarta otras opciones de tutela de carácter menos lesivo que parten del trabajo conjunto con la mujer embarazada o persona gestante y que reconocen el ámbito privado en que desenvuelve el vínculo único que existe entre ella y el producto de la concepción”.<sup>56</sup>

Con esta importante sentencia de la Suprema Corte se establece la correlación y la compatibilidad entre los derechos de las mujeres, por un lado, y el interés en la protección del feto por el otro. Como lo estableció la Corte, “para dotar la protección efectiva del *nasciturus* las acciones públicas a cargo del Estado Mexicano deben encaminarse a proteger efectivamente los derechos de las mujeres y de las personas con capacidad de gestar” y, en este sentido, el plazo para practicar el aborto sería “un mecanismo para equilibrar los elementos que coexisten y brindar un ámbito de protección tanto al concebido como a la autonomía reproductiva”.<sup>57</sup>

---

53 Sentencia recaída al Amparo en Revisión 45/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat, 23 de febrero de 2022.

54 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 7 de septiembre de 2021.

55 *Idem.*

56 *Idem.*

57 *Idem.*

## B. Derecho a la información

El derecho a la información es instrumental al ejercicio de los derechos reproductivos y sexuales, particularmente el acceso a los servicios de salud reproductiva. Contar con información sobre sus derechos promueve la autonomía personal de las mujeres y posibilita el ejercicio de su libertad de expresión y libre desarrollo de la personalidad, al mismo tiempo que les protege de *praxis* deshumanizantes y discriminatorias como la violencia obstétrica, la cual consiste en una forma específica de violencia contra las mujeres y personas gestantes, que se invisibiliza ante las prácticas arraigadas en los servicios de atención a la salud reproductivas.

La Suprema Corte ha subrayado la importancia del consentimiento previo, pleno, libre e informado, entendido como un “proceso de etapas concatenadas”<sup>58</sup> y no como un simple acto de aceptación<sup>59</sup> al realizar procedimientos para inducir métodos anticonceptivos permanentes. Ello en armonía con instrumentos internacionales como la sentencia I.V. contra Colombia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW),<sup>61</sup> entre otros.<sup>62</sup>

58 Así se resolvió en los siguientes asuntos:

- Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2162/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 15 de junio de 2016.
- Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1064/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 26 de mayo de 2021.
- Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 93/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de octubre de 2011.
- Sentencia recaída al Amparo Directo 51/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Jorge María Pardo Rebolledo, 13 de marzo de 2013.

59 Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1064/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 26 de mayo de 2021.

60 Corte IDH, Caso I.V Vs. Bolivia. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016”, serie 329. Disponible en: «[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf)».

61 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/75D/138/2018 “Decisión adoptada por el Comité en virtud del artículo 4, párrafo 2 c), del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 138/2018”. Disponible en: «[https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ESP/CEDAW\\_C\\_75\\_D\\_138\\_2018\\_31403\\_S.docx](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ESP/CEDAW_C_75_D_138_2018_31403_S.docx)».

62 Por ejemplo, las siguientes resoluciones:

— Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/75D/138/2018 “Decisión adoptada por el Comité en virtud del artículo 4, párrafo 2 c), del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 138/2018”. Disponible en: «<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/082/24/PDF/N2008224.pdf?OpenElement>».

— Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso V.C. Vs. Eslovaquia, No. 18968/07. Sentencia de 8 de noviembre de 2011, Disponible en: «<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/do>



tante es violatorio del derecho de las mujeres a tomar decisiones en relación con su propio cuerpo ya que “perpetúa el estereotipo de que los varones tienen derecho sobre el cuerpo de la mujer, particularmente, sobre la capacidad reproductiva de sus cónyuges o concubinas”.<sup>66</sup> Asimismo, hizo hincapié en que es indispensable favorecer, en el ámbito normativo, la autonomía de la mujer gestante y su libertad e independencia decisional, y recalcó que la exclusión de las parejas del mismo sexo y de personas solteras del acceso y uso de la técnica de reproducción asistida es violatoria de los derechos reconocidos por el artículo 4º constitucional.<sup>67</sup>

#### D. Objeción de conciencia

La Suprema Corte ha armonizado el ejercicio integral de la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud de las mujeres y personas gestantes con el derecho a la objeción de conciencia. Al resolver la acción de inconstitucionalidad 54/2018,<sup>68</sup> la Corte subrayó que es deber del Estado regular adecuadamente las prácticas de objeción de manera tal que no haya impedimento de acceso de las mujeres a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva, así como que haya la posibilidad de remitir los casos a otro proveedor capacitado que pueda prestar el servicio requerido. A propósito de ello, enfatizó que la atención integral de la salud sexual y reproductiva se funda en los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad,<sup>69</sup> los cuales deben ser garantizados y constantemente implementados por el Estado, que tiene la responsabilidad sobre el correcto ejercicio del derecho a la salud reproductiva y sexual.

### 2. Igualdad de género en el trabajo

Tradicionalmente tanto la regulación como las prácticas o decisiones en el ámbito del trabajo se han diseñado o llevado a cabo partiendo de estereotipos sobre los roles sociales que deben desempeñar las mujeres y los hombres o bien sobre las actividades que *pueden* o *prefieren* realizar en virtud de sus “diferencias naturales”.<sup>70</sup> Muchos de estos estereotipos persisten en la actualidad. A continuación,

---

66 *Idem.*

67 *Idem.*

68 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 21 de septiembre de 2021.

69 *Idem.*

70 Gómez Haydée y Vela Estefanía, “Perspectiva de género y derecho laboral”, en *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral*, 2021, pp. 9, 33-40. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/>

se exponen diversos casos en los que la Suprema Corte ha decidido sobre estas cuestiones, impulsando una doctrina comprometida con revertir los patrones de desigualdad que condicionan la vida de las mujeres en el ámbito laboral.

### A. Perspectiva de género en el juicio laboral

En el ámbito procesal laboral, particularmente, en materia de cargas probatorias, la Segunda Sala ha reconocido que atendiendo al deber de juzgar con perspectiva de género, si se reclama que el despido tuvo como origen un acto discriminatorio en razón de acontecer con posterioridad a que se informó del embarazo y la persona empleadora lleva a cabo un ofrecimiento de trabajo en el juicio laboral, el efecto de revertir la carga probatoria —que, por regla general, tiene el ofrecimiento de trabajo— carece de operatividad, “pues ante la desventaja de la parte actora, el patrón pierde este beneficio procesal y rige la regla general de que es a la demandada a quien le corresponde la carga de la prueba de acreditar la inexistencia del despido por ese motivo discriminatorio.”<sup>71</sup>

En esa misma lógica, la Segunda Sala ha determinado que atendiendo al principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 17 constitucional,<sup>72</sup> en la práctica es más probable que exista un despido con motivo del embarazo de una trabajadora a que ella renuncie de manera voluntaria. Por tanto, la autoridad jurisdiccional debe analizar la verosimilitud de la renuncia exhibida por el patrón cuando una trabajadora alegue que fue despedida con motivo de su embarazo, incluso cuando no haya objetado el contenido de su renuncia exhibida en juicio, para lo cual debe “examinar escrupulosamente si existen indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que resulta inverosímil que la trabajadora haya renunciado a su empleo”.<sup>73</sup>

La Sala concluyó que corresponde a la persona empleadora demostrar que la mujer embarazada “renunció de manera libre y espontánea; sin que en ningún caso el sólo escrito que la contenga sea suficiente para demostrar su excepción, aún

---

Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral\_0.pdf».

71 Contradicción de tesis 422/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de marzo de 2017, pp. 45-46.

72 CPEUM. “Artículo 17. [...]”

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. [...]”

73 Contradicción de tesis 318/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019, p. 33.



en caso de no haberse objetado o habiéndose perfeccionado, sino que se requieren elementos de convicción adicionales”.<sup>74</sup>

## B. Trabajo del hogar

Las personas trabajadoras del hogar son un grupo vulnerable y susceptible de sufrir discriminación y violencia, lo que cobra relevancia en materia de igualdad de género, ya que en nuestro país quienes llevan a cabo este tipo de trabajo son, en su mayoría, mujeres.<sup>75</sup> En este aspecto, la Segunda Sala fijó un criterio relevante en torno al régimen de seguridad social de las trabajadoras del hogar al analizar la constitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social que excluía el trabajo del hogar del régimen obligatorio del seguro social.<sup>76</sup>

En dicho precedente, la Corte señaló que para analizar si la exclusión de las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio resultaba discriminatoria debía llevarse a cabo un escrutinio estricto debido a que la regulación generaba una discriminación motivada por el género, pues a pesar de redactarse en términos neutrales, “la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres; de ahí que los efectos de las normas reclamadas tienen un impacto negativo que afecta preponderantemente a las mujeres trabajadoras y, por ende, genera un indicio de un trato discriminatorio contra la mujer.”<sup>77</sup>

La Corte concluyó que la norma reclamada no superaba el escrutinio constitucional, ya que implicaba una discriminación indirecta que carecía de justificación

---

74 Lo anterior quedó plasmado en la jurisprudencia 2a./J. 96/2019 (10a.), “TRABAJADORA EMBARAZADA. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA ADUCIENDO QUE LA ACTORA RENUNCIÓ Y ÉSTA DEMUESTRA QUE AL MOMENTO DE CONCLUIR EL VÍNCULO LABORAL ESTABA EMBARAZADA, EL SOLO ESCRITO DE RENUNCIA ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR QUE FUE LIBRE Y ESPONTÁNEA”, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, julio de 2019, Registro digital 2020317, «<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralIV2.aspx?ID=2020317&Clase=DetalleTesisBL>».

75 Moreno Ileana, *El trabajo del hogar*, en SCJN, *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral*, 2021, pp. 496 y 498. Disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral_0.pdf)».

76 Ley del Seguro Social. “Artículo 13. Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio:  
[...]

II. Los trabajadores domésticos; [...]”

77 Amparo directo 9/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2018, p. 34.

constitucional, pues el hecho de que realizaran un “trabajo especial” en forma alguna implicaba que pudieran encontrarse privadas de una adecuada cobertura de seguridad social [...]”.<sup>78</sup>

Consecuentemente, la Sala declaró la inconstitucionalidad del precepto y, planteó al Instituto Mexicano del Seguro Social que, al término de un año, implementara un programa piloto para diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar siguiendo determinados lineamientos.<sup>79</sup>

### C. Pensiones

En materia de pensiones, la Suprema Corte ha resuelto que establecer requisitos de edad y tiempo de servicios inferiores para las mujeres en comparación a los que exigen para los hombres para acceder a una pensión jubilatoria,<sup>80</sup> no vulnera el derecho de igualdad y no discriminación, al tratarse de una medida que favorece a las mujeres atendiendo a la realidad social que enfrentan.<sup>81</sup>

En este precedente, la Segunda Sala señaló que la igualdad sustantiva se configura como una dimensión del derecho humano a la igualdad “que tiene como objetivo remover o disminuir los obstáculos sociales, políticos o culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social”. Asimismo, señaló que la igualdad sustantiva, “se cumple a través de una serie de medidas de carácter administrativo o legislativo que tengan como finalidad última evitar que se siga dando la diferenciación injustificada, la discriminación sistemática o revertir los efectos de la marginación histórica y/o estructural del grupo social relevante [...]”.<sup>82</sup>

---

78 *Ibidem*, p. 35.

79 *Ibidem*, pp. 48 y 49.

80 Ley del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado. “DÉCIMO. A los Trabajadores que no opten por la acreditación de Bonos de Pensión del ISSSTE, se les aplicarán las siguientes modalidades:

I. A partir de la entrada en vigor de esta Ley hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve:

a) Los Trabajadores que hubieren cotizado treinta años o más y las Trabajadoras que hubieran cotizado veintiocho años o más, tendrán derecho a Pensión por Jubilación equivalente al cien por ciento del promedio del Sueldo Básico de su último año de servicio y su percepción comenzará a partir del día siguiente a aquél en que el Trabajador hubiese disfrutado el último sueldo antes de causar baja; [...]”

81 Amparo en revisión 405/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de octubre de 2019.

82 *Ibidem*, p. 28.

Por otro lado, determinó que, si bien se estaba en presencia de una distinción basada en una categoría sospechosa, no era procedente someterla a un escrutinio estricto sino a un análisis de razonabilidad, al tratarse de una norma que buscaba favorecer a un grupo vulnerable. Al respecto, explicó que aplicar un escrutinio estricto o reforzado “llevaría a nulificar la posibilidad de que el legislador adopte medidas encaminadas a la igualdad sustantiva de los grupos vulnerables o dentro de las categorías sospechosas.”<sup>83</sup>

Con base en lo anterior, la Sala determinó que la norma era constitucional porque “las condiciones que generan discriminación laboral y el doble rol social que históricamente se ha atribuido a las mujeres obligan al Estado a implementar medidas tendientes a disminuir esas condiciones de desigualdad material y, en tanto dichas condiciones no desaparezcan, a implementar otro tipo de medidas que favorezcan a las mujeres en relación con el ejercicio efectivo de los derechos laborales que les corresponden.”<sup>84</sup>

#### D. Guarderías

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha analizado normas que establecen requisitos diferenciados entre mujeres y hombres para recibir el servicio de guarderías,<sup>85</sup> tales como ser viudo; estar divorciado; ejercer la custodia de sus hijos, siempre y cuando no contraiga matrimonio o se una en concubinato; o, ejercer la patria potestad y la custodia de un menor y no pueda proporcionar atención y cuidados.<sup>86</sup>

Al respecto, la Corte advirtió que las normas cuestionadas generaban un trato diferenciado injustificado al restringir el derecho del hombre asegurado a recibir el servicio de guardería a determinados supuestos, lo que además derivaba de “la asignación a la mujer del rol de cuidado de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género, esto es, la preconcepción de que es a la mujer a la que corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los hijos, sin considerar que ésta es una responsabilidad compartida de los

---

83 *Ibidem*, p. 37.

84 *Ibidem*, p. 53.

85 Amparo en revisión 59/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de junio de 2016.

86 Véase los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 171 de la Ley Federal del Trabajo; 2, fracción IV, 3, 9 y 16 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería; y 8.1.3. de la Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería.

padres, que deben participar en igual medida”.<sup>87</sup> En efecto, los supuestos en que los hombres pueden acceder al servicio de guarderías suponen que no cuentan con una mujer que se haga cargo de sus hijos, “reafirmando la visión estereotipada y situación de desventaja que permea en la norma, reduciendo a la mujer al papel del cuidado del hogar y los hijos.”<sup>88</sup>

La Sala concluyó que no existe justificación legal, constitucional ni convencional que impida acceder al servicio de guarderías en igualdad de condiciones, por lo que imponer requisitos distintos a los hombres, viola los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la seguridad social.<sup>89</sup>

## E. Estabilidad laboral en el embarazo

En cuanto al derecho a la estabilidad en el empleo durante el embarazo, la Segunda Sala ha reconocido que la mujer embarazada y el producto del embarazo gozan de una protección especial dado que ésta se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por lo que “cualquier decisión que se tome desconociendo esta protección indebidamente, constituirá un caso de discriminación por razón de sexo.”<sup>90</sup>

En esa lógica, la Sala ha determinado que concluir el nombramiento de una trabajadora mientras goza de una licencia por maternidad se traduce en una actitud discriminatoria e ilegal que contraviene el principio de igualdad y no discriminación.<sup>91</sup> En ese sentido, corresponde a la persona empleadora hacer las gestiones necesarias para prorrogar o renovar el contrato por lo menos hasta la terminación de la licencia médica, a fin de permitir que la trabajadora goce de los tres meses de descanso, perciba su salario íntegro y conserve su empleo, “ya que si bien, por regla general, los trabajadores de confianza no tienen estabilidad en el empleo, lo cierto es que la propia Constitución les otorga el derecho a gozar de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social, como lo estatuye el propio artículo 123, apartado B), fracción XIV, constitucional.”<sup>92</sup>

---

87 Amparo en revisión 59/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de junio de 2016, p. 28.

88 *Ibidem*, p. 29.

89 *Ibidem*, pp. 30-31.

90 Amparo directo en revisión 5139/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de noviembre de 2018, p. 22.

91 *Ibidem*, p. 23.

92 *Ibidem*, pp. 19 y 20.

Por otra parte, la Segunda Sala ha analizado la cuestión relativa a si las mujeres que tienen partos prematuros tienen derecho a gozar del subsidio y la licencia por maternidad correspondiente a las semanas previas al parto.<sup>93</sup>

Al respecto, la Sala determinó que a fin de atender al parámetro mínimo convencional derivado del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo,<sup>94</sup> el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución General “debe interpretarse en el sentido de que la mujer embarazada tiene derecho a un descanso obligatorio de seis semanas anteriores a la fecha probable de parto y seis semanas posteriores a éste. No obstante, en el caso de que el periodo prenatal se recorte en virtud de que el parto se suscite antes de la fecha programada por el médico o bien, que la madre trabajadora se vea imposibilitada para disfrutarlo en virtud de un parto prematuro anterior a la mencionada etapa, el periodo prenatal que no pueda disfrutarse deberá otorgarse de manera conjunta con la etapa posnatal hasta completar el mínimo de doce semanas de descanso y su correspondiente pago periódico.”<sup>95</sup>

La Sala reconoció que las madres que tienen un parto prematuro presentan una doble necesidad de protección, pues si en condiciones normales una madre requiere de tiempo para recuperarse y procurar los cuidados del recién nacido, con mayor razón lo necesitan las madres de bebés prematuros, ya que regularmente presentan mayor fragilidad de salud y en muchas ocasiones está implicada una complicación de salud de la madre.<sup>96</sup>

En otro caso relativo al derecho a la estabilidad en el empleo durante el embarazo, la Segunda Sala determinó que de conformidad con el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución General, la trabajadora al servicio del Estado que esté embarazada tiene derecho a conservar su empleo durante el desarrollo de esa etapa, independientemente de su calidad de trabajadora de base o de confianza, por lo que se actualiza una excepción a la regla general consistente en que los trabajadores de confianza carecen de este derecho.<sup>97</sup>

Posteriormente, la Sala avanzó dicho criterio determinando que, a partir de esta excepción, tampoco existe prohibición constitucional de reinstalar en el empleo

---

93 Amparo en revisión 955/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de marzo de 2020.

94 Véase los artículos 46, 47, 49, 50, 51, 52 del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

95 Amparo en revisión 955/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de marzo de 2020, p. 25.

96 *Ibidem*, pp. 29 y 30.

97 Amparo directo 29/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de mayo de 2019, pp. 28-31.

a las mujeres que fueron despedidas por su condición de embarazo, a pesar de que tengan funciones de confianza.<sup>98</sup>

### 3. *Derecho familiar*

La materia familiar es una de las áreas en la cual se hacen más evidentes los distintos problemas relacionados con el género. En buena medida la complejidad del derecho familiar y su intersección con la igualdad de género obedece a los roles y estereotipos de género asignados a las personas integrantes de las familias, particularmente a las mujeres. Como lo advierten Sofía Treviño e Isabel Rubio, “uno de los principales determinantes de la desigualdad estructural por razones de género es precisamente la delegación o conscripción de la mujer a ‘lo doméstico’, a la crianza y cuidado de los hijos, a las labores del hogar, en lo que se denominó la división sexual del trabajo”.<sup>99</sup>

Toda vez que la familia se ha constituido como uno de los espacios principales de opresión y violencia por razones de género, la obligación de juzgar con el uso de la perspectiva de género ha encontrado su mayor desarrollo en el derecho familiar, aunque ello no implica que su aplicación sea exclusiva de esta materia. Por ello, este apartado comienza con un recuento breve de los criterios de la Corte en materia de violencia familiar. Con todo, como veremos, la Corte ha transformado prácticamente todas las instituciones del derecho de familia con su jurisprudencia, particularmente en la última década, por lo cual posteriormente se retoman los criterios en materia de alimentos, guarda y custodia, patria potestad, filiación, uniones, compensación y doble jornada.

#### A. *Violencia familiar*

Por mucho tiempo la violencia familiar fue tratada como un problema del ámbito privado, en el que el Estado no debía intervenir. Esta visión comenzó a cambiar con el “reconocimiento de las familias como grupos heterogéneos y desiguales con diferencias generacionales (por edad) e intereses de género diversos”, en los que “muchas de sus dinámicas no eran simples conflictos, sino comporta-

---

98 Amparo directo en revisión 1035/2021, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2021, párr. 30.

99 Treviño Fernández, Sofía y Rubio Rufino Isabel, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 6.

mientos discriminatorios y/o violentos que atentaban contra los derechos humanos de sus integrantes”.<sup>100</sup>

Este reconocimiento también permitió observar la existencia de impactos diferenciados de la violencia familiar en mujeres, niños, niñas y adolescentes. De esta manera la violencia familiar tomó un carácter adicional al ámbito privado y se instauró como una cuestión de interés público. La visibilización de los patrones que sigue la violencia, permitió advertir que es una cuestión de desigualdad y discriminación que exige ser atendida por el Estado.

### *a. Una aproximación a la violencia de género en el ámbito familiar*

La violencia familiar se define como “cualquier acto u omisión que se dirige a afectar o dañar psicológica, física, patrimonial, económica o sexualmente a cualquier integrante de la familia”.<sup>101</sup>

En términos generales, la Suprema Corte ha caracterizado a la violencia familiar de la siguiente manera:

- Presupone la existencia de una intención de dominar, someter, controlar, o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar.<sup>102</sup>
- Es un hecho ilícito, pues su realización transgrede normas de orden público, establecidas a nivel constitucional e internacional.<sup>103</sup>
- Genera diversas afectaciones que van más allá de la física o sexual, pues también comprende los daños morales, psicológicos e incluso patrimoniales, los cuales no sólo tienen consecuencias presentes, sino también futuras.<sup>104</sup>
- Su existencia en diversas ocasiones implica la existencia de víctimas indirectas.<sup>105</sup>

---

100 Fuentes Pérez, Dalia, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 245.

101 Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.

102 Amparo Directo en Revisión 3169/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 22 de enero de 2014.

103 Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.

104 *Idem.*

105 *Idem.*

- Generalmente tiene un anclaje en los componentes de género debido a las características de la estructura de este grupo social.
- Su protección se encuentra en el ámbito civil-familiar y penal (en cada una de ellas el objetivo del análisis, el tratamiento y las consecuencias jurídicas son distintas e independientes entre sí).<sup>106</sup>

### *b. Perspectiva de género y violencia familiar*

Como se mencionó anteriormente, la perspectiva de género ordena que las personas juzgadoras verifiquen la existencia de situaciones de poder o contextos de desigualdad por razón de género. Un efectivo acceso a la justicia requiere la remoción de las barreras y obstáculos preconcebidos en la legislación respecto a las funciones de uno u otro género, que materialmente pueden cambiar la forma de percibir, valorar los hechos y circunstancias del caso.<sup>107</sup>

En esta línea, la Corte ha establecido que la identificación de la violencia es una condición previa al análisis de cualquier análisis de fondo en asuntos familiares<sup>108</sup> y que esta es una obligación *ex officio* a cargo de todo órgano jurisdiccional. Es decir, no es indispensable que las partes aleguen la existencia de violencia familiar, pues ante indicios, los jueces y las juezas deben verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad “que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria”.<sup>109</sup>

Una importante acotación se encuentra en que la verificación de estos elementos debe realizarse tanto en las conductas de personas particulares, como en las que despliegan las autoridades y en el contenido de las normas jurídicas.<sup>110</sup> Además de lo anterior, las personas juzgadoras pueden hacer uso de herramientas como el parámetro de control de regularidad constitucional, aplicar la perspectiva de género y un enfoque interseccional.<sup>111</sup> La omisión de realizar dicho análisis or-

---

106 Fuentes Pérez, Dalia, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 251.

107 Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013.

108 Amparo en revisión 554/2013, amparo directo en revisión 4811/2015, amparo directo en revisión 912/2014, amparo directo en revisión 2655/2013, amparo directo 12/2012, amparo directo en revisión 6181/2013, amparo directo en revisión 4906/2017, amparo directo en revisión 5490/2016 y amparo directo en revisión 601/2017.

109 Amparo directo en revisión 1340/2015

110 *Idem.*

111 *Idem.*



dena a los tribunales la realización de una nueva valoración de los hechos y pruebas con perspectiva de género para dar cumplimiento al derecho a la igualdad.<sup>112</sup>

### *c. Violencia y derecho a la igualdad*

La Suprema Corte ha señalado que la violencia familiar no implica una cuestión de mera legalidad sino un análisis constitucional dirigido a garantizar el derecho a la igualdad y a una vida libre de violencia de las mujeres.

A partir de este reconocimiento, el Alto Tribunal ha estudiado la interrelación entre la violencia de género y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto se ha establecido que las manifestaciones discriminatorias dentro de la familia constituyen violencia familiar debido a que tienen como principal efecto el daño a la integridad psicoemocional de las víctimas.<sup>113</sup>

En este sentido, se ha establecido que el derecho a la igualdad y los derechos de la mujer a una vida libre de violencia son interdependientes puesto que “la igualdad es el presupuesto básico para el goce y ejercicio de otros derechos y porque los derechos humanos de género giran en torno a los principios de igualdad y no discriminación por condiciones de sexo o género”.<sup>114</sup>

De lo anterior es posible establecer que la protección de la igualdad es una de las obligaciones básicas en términos de acceso a la justicia. Es importante destacar que todo acto de violencia es un acto de discriminación, debido a que la distinción injustificada resulta necesaria para el fin último que es controlar a la persona, pero, no todo acto de discriminación deriva en violencia, ya que puede haber actos de distinción que no tengan como propósito dominar a la persona.<sup>115</sup>

### *d. Medidas de protección*

La Corte ha señalado que en asuntos de violencia familiar entran en juego diversos bienes como la integridad física o psicológica, la libertad y seguridad de las víctimas, ante lo cual, la previsión en la ley y la imposición de medidas de protección urgentes para las víctimas de violencia familiar no sólo es razonable, sino

---

112 *Idem.*

113 Amparo Directo en Revisión 3169/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 22 de enero de 2014.

114 Fuentes Pérez, Dalia, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 261.

115 *Idem.*

obligatorio, al existir mandatos convencionales y constitucionales de establecer medidas de protección, prevención, investigación y reparación.<sup>116</sup>

Lo anterior implica que no es necesario contar con un alto estándar respecto de los elementos que deben verificarse para dictar estas medidas de protección, pues basta que exista una de riesgo que comprometa los bienes y derechos de los integrantes del grupo familiar, sin que sea necesario que se actualice un daño,<sup>117</sup> sino que basta la posibilidad de que un daño probable ocurra en el futuro, por lo que las autoridades jurisdiccionales pueden imponer dichas medidas incluso si apenas advierten indicios leves sobre esta situación, además del propio dicho de la persona.<sup>118</sup>

Estas medidas de protección, emergentes o de carácter civil son mecanismos adecuados para prevenir el abuso físico o emocional en contra de las mujeres en el interior del hogar y responden al deber del Estado de actuar con debida diligencia en casos de violencia para proteger a las víctimas.<sup>119</sup>

Más aún, la Corte ha reconocido que las autoridades jurisdiccionales tienen la facultad de dictar medidas cautelares aunque no estén expresamente en la legislación, con el fin de salvaguardar a la víctima.<sup>120</sup>

Otra de las medidas que la Corte ha señalado como importante, es la asignación de albergues para víctimas de violencia familiar, en donde el Estado adquiere una posición especial de garante hacia las víctimas, puesto que están bajo su custodia. Por ello, las autoridades tienen la obligación de prestar a las personas que acuden la atención de personal capacitado para servicios especializados y gratuitos, entre los que se incluye, hospedaje, servicio médico, asesoría jurídica y apoyo psicológico.<sup>121</sup>

Como ha podido observarse, la violencia familiar es un problema multifacético, cuyo origen o justificación casi siempre se encuentra en los roles o estereotipos de género que son asignados a los integrantes de la familia. Por ello, la construcción de parámetros, herramientas e instrumentos de protección hacia las víctimas constituye una obligación para las autoridades. De esta manera, tal como se señaló al inicio de este apartado, se desmitifica a la violencia familiar como un

---

116 Amparo Directo en Revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de agosto de 2015.

117 *Idem*.

118 *Idem*.

119 Amparo en Revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 17 de octubre de 2018.

120 *Idem*

121 Amparo Directo 50/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de mayo de 2017.

problema privado, en realidad se trata de un tema que atañe a la sociedad por el impacto negativo que puede generarse si le pretende invisibilizar.

## B. Alimentos

El régimen de alimentos se encuentra relacionado profundamente con el género, incluso “los roles culturales asignados a cada sexo permean en su funcionamiento tanto en la sociedad como en la judicatura”.<sup>122</sup> La dinámica de las obligaciones alimentarias afecta de manera preponderante a grupos como mujeres, niñas, niños y adolescentes. Esto es, “existe un impacto diferenciado en la vida de las mujeres porque el incumplimiento de la obligación alimentaria las obliga a cuidar solas a sus hijos, las empobrece económicamente, les dificulta la entrada al mercado laboral y las rezaga en el ámbito profesional, haciéndolas vulnerables frente a los padres de sus hijos o sus exparejas”.<sup>123</sup>

La Suprema Corte ha establecido que el fundamento de los alimentos se encuentra en el derecho humano a un nivel de vida adecuado, establecido en el artículo 4º de la Constitución y previsto expresamente en el artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, al igual que otros derechos, encuentra fundamento también en la dignidad humana.<sup>124</sup>

Respecto al contenido del derecho, la Corte ha reconocido que la obligación alimentaria no se limita a la provisión de alimentos, sino que también comprende educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para sobrevivir.

Otra característica fundamental de este derecho es que tiene como fundamento la necesidad que tienen las personas de satisfacer sus necesidades básicas. Es una institución de interés social y orden público, por lo que corresponde al Estado vigilar que entre las personas que presten esta asistencia, se procuren los medios y recursos suficientes cuando alguna lo necesite.

La Corte ha señalado que la pensión alimenticia tiene como objeto equilibrar una posible desigualdad económica generada por la disolución de vínculos como el matrimonio, el concubinato o uniones familiares de hecho y que incida de ma-

---

122 Orozco y Villa, Luz, “Alimentos”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 418.

123 *Idem*.

124 *Ibidem*, p. 436.

nera negativa en su capacidad de hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades.<sup>125</sup>

### *a. Perspectiva de género en los juicios de alimentos*

Las autoridades jurisdiccionales cuentan con amplias facultades para establecer medidas de protección y atención al momento de resolver asuntos donde los alimentos se encuentran involucrados desde una perspectiva de género. Uno de los principales problemas que se presentan en los alimentos se encuentra en materia probatoria, específicamente respecto a quién tiene la obligación para acreditarla y cuantificar su monto.

En este sentido, la Corte ha señalado que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género cuando el material probatorio no sea suficiente para aclararlas, y al mismo tiempo, tienen la obligación de allegarse de las pruebas necesarias para cuantificar el monto de la pensión alimenticia a favor de un menor.<sup>126</sup>

Éste es un avance importante en el reconocimiento de la imposibilidad que en muchas ocasiones tiene el acreedor alimentario de demostrar cuáles son los ingresos del demandado, específicamente por la renuencia a aportar los elementos necesarios para demostrar sus ingresos.<sup>127</sup>

Las autoridades jurisdiccionales deben realizar un análisis a partir de tres elementos principales: La identificación de un contexto de desigualdad estructural, el estudio de la neutralidad en las disposiciones normativas y la aplicación de un enfoque interseccional.

Otro tema de suma importancia en materia probatoria se encuentra en la presunción de la necesidad de alimentos, ya que generalmente quien demanda tiene la obligación de probar su acción, sin embargo, se ha reconocido que esta regla

---

125 Amparo Directo en Revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 22 de octubre de 2014.

126 Contradicción de Tesis 49/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 31 de octubre de 2007; Contradicción de Tesis 423/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 2 de julio de 2014; Contradicción de Tesis 482/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 13 de marzo de 2013.

127 Orozco y Villa, Luz, "Alimentos", en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 440.

puede modularse por razones de equidad. En ese sentido, la presunción de necesidad de alimentos permite que la parte acreedora no tenga dicha obligación, aunque los presuntos deudores podrán aportar pruebas para eliminarla.<sup>128</sup>

Para concluir este apartado, debe apuntarse que la Suprema Corte ha emitido una importante línea jurisprudencial en materia de obligación alimentaria. Una de las áreas de desarrollo más importantes ha sido en asuntos relacionados con el matrimonio. Ante la divergencia de regulaciones locales existentes sobre el tema, la Corte ha emitido criterios que pretenden unificarlos. En ese sentido se ha señalado que la pensión alimenticia no tiene carácter de sanción.<sup>129</sup>

Además, su fundamento se encuentra en el derecho a la igualdad entre cónyuges, al ser un derecho y responsabilidad durante el matrimonio, así como el deber del Estado de velar por que el divorcio no sea un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho a un nivel de vida adecuado.<sup>130</sup>

La Corte también ha reconocido que esta obligación se extiende a otros vínculos distintos al matrimonio, en atención al derecho a la igualdad, tales como el concubinato,<sup>131</sup> sociedades de convivencia o uniones familiares de hecho. Esta perspectiva es sumamente relevante porque permite un reconocimiento de la dedicación a las labores del hogar y de cuidado sin retribución que desempeñan mujeres que no se encuentran necesariamente unidas por un matrimonio y, con ello, tengan acceso a los alimentos como una medida de protección.<sup>132</sup>

### C. Guarda y custodia

En este rubro, la Corte ha emitido pronunciamientos relevantes relacionados con las normas que dan preferencia a la mujer en el otorgamiento de la guarda y custodia. Asimismo, la Corte ha dado lineamientos alrededor de la perspectiva de género y cómo esta obligación incide en las decisiones sobre la guarda y custodia. Al hacerlo, la Corte ha debido ponderar diversas situaciones fácticas como el de-

---

128 Amparo Directo en Revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 22 de octubre de 2014.

129 Contradicción de Tesis 73/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de febrero de 2015.

130 Amparo Directo en Revisión 1340/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 7 de octubre de 2015.

131 Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 11 de julio de 2012.

132 Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 19 de noviembre de 2014.

sarrollo profesional de las mujeres, el rol que juegan los hombres en la familia y la comaternidad.

En el amparo directo en revisión 1573/2011, la Suprema Corte reconoció la necesidad de interpretar conforme al interés superior de la niñez y del principio de igualdad, las normas que otorgan una preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia. Específicamente, la Corte enfatizó que la preferencia por la madre estaba sustentada en la idea de que la mujer es más apta para las labores de crianza.<sup>133</sup> En ese sentido, la Primera Sala sostuvo que los jueces deben valorar las circunstancias especiales en cada uno de los padres para determinar el ambiente más propicio para los niños involucrados.<sup>134</sup> Este criterio fue reiterado en diversas ocasiones, como en el amparo directo en revisión 1697/2013,<sup>135</sup> en el amparo directo en revisión 2252/2013<sup>136</sup> y en el amparo directo en revisión 1958/2017.<sup>137</sup>

No obstante, años más tarde, una nueva integración de la Corte optó por abandonar este criterio y comenzar a declarar la inconstitucionalidad de este tipo de normas en el amparo en revisión 331/2019. Para hacerlo, la Corte utilizó un test de igualdad de escrutinio estricto. Al ser una distinción basada en la categoría sospechosa del género. El test verifica: I) si la distinción realizada por este tipo de normas persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa; II) si la distinción está estrechamente encaminada a cumplir con el fin que persigue; y III) si la distinción es la menos restrictiva para conseguir el fin perseguido.<sup>138</sup> Al aplicarlo, la Corte consideró que la preferencia por la madre en la guarda y custodia persigue como finalidad la satisfacción del interés superior del menor, un fin constitucionalmente imperioso.<sup>139</sup> No obstante, esta preferencia no se encuentra estrechamente vinculada a satisfacer el interés superior del menor en tanto establece una presunción automática en favor de la madre sin evaluar si es lo más benéfico para la niñez involucrada.<sup>140</sup>

---

133 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1573/2011, resuelto en sesión de 7 de marzo de 2012, pp. 23-24.

134 *Ibidem*, p. 31.

135 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1697/2013, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2013, p. 21.

136 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2252/2013, resuelto en sesión de 4 de diciembre de 2013, p. 25.

137 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1958/2017, resuelto en sesión de 16 de agosto de 2017, pp. 22-23.

138 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, pp. 51-52.

139 *Ibidem*, p. 53.

140 *Idem*.

Por su parte, al resolver el amparo directo en revisión 2937/2021, la Corte dio lineamientos sobre el otorgamiento de la guarda y custodia en casos que involucran la restitución internacional de un menor. La Corte señaló que el funcionamiento de las familias ha evolucionado para dar lugar a una mayor participación del padre en las labores de cuidado de la niñez.<sup>141</sup> Del mismo modo, reiteró que la perspectiva de género implica verificar si existen situaciones de violencia o vulnerabilidad por cuestiones de género que impidan la impartición de justicia.<sup>142</sup> Así, juzgando con perspectiva de género, la Corte evidenció que las visiones estereotípicas del rol que desempeñan hombres y mujeres en la familia deben ser removidas del razonamiento de nuestros juzgadores a fin de otorgar la guarda y custodia únicamente con base en el interés superior de la niñez.<sup>143</sup>

La Corte también ha seguido este razonamiento en el amparo directo en revisión 3829/2013, donde cuestionó las afectaciones que los roles de género pueden causar en el desarrollo profesional de las mujeres. En concreto, la Corte consideró que las determinaciones sobre los permisos de cambio de residencia para ejercer la guarda y custodia no podían estar sustentados en estereotipos, generalizaciones, especulaciones o presunciones sobre las características de los padres que estén protegidas por la Constitución como el género.<sup>144</sup>

A su vez, en el amparo en revisión 807/2019, la Corte aclaró que la perspectiva de género también se debe aplicar en casos de guarda y custodia entre parejas homoparentales.<sup>145</sup> La Corte explicó que los estereotipos de género conllevan una idea de poder y sumisión, con independencia de que suelen atribuirse a hombres o mujeres y deben ser erradicados.<sup>146</sup>

#### D. Patria potestad

La perspectiva de género también ha sido fundamental para analizar casos relacionados con la figura de la patria potestad. En el amparo directo en revisión 2655/2013, la Corte detalló los deberes que derivan de la obligación de juzgar con perspectiva de género. Primero, los juzgadores deben analizar si las normas apli-

---

141 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2937/2021, resuelto en sesión de 16 de marzo de 2022, p. 53.

142 *Ibidem*, p. 54.

143 Véase, por ejemplo, la decisión del caso en concreto en *ibidem*. pp. 56-57.

144 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3829/2013, resuelto en sesión de 19 de marzo de 2014, p. 42.

145 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 807/2019, resuelto en sesión de 8 de julio de 2020, pp. 106-107.

146 *Ibidem*, p. 107.

cables generan impactos diferenciados basados en el género y, de ser el caso, interpretarlas de manera que se eliminen dichos efectos.<sup>147</sup> En caso de no ser posible, deberán inaplicarlas.<sup>148</sup> Además, los juzgadores podrán ordenar el desahogo de pruebas adicionales que permitan estudiar si existe un caso de violencia de género o la presencia de estereotipos.<sup>149</sup> Todo lo anterior se encamina a que el análisis de los hechos del caso esté libre estereotipos.<sup>150</sup> Finalmente, esta obligación también implica abandonar el lenguaje y cualquier razonamiento basado en estereotipos de género.<sup>151</sup> Esto permitió a la Corte cuestionar los impactos que las normas relacionadas con la pérdida de la patria potestad pueden tener en contextos de violencia de género.<sup>152</sup>

## E. Filiación

La perspectiva de género también ha transformado los casos que giran alrededor de la filiación de la niñez. Así, la Corte ha resuelto controversias alrededor de los estereotipos de género que subyacen a las acciones de desconocimiento de paternidad. Asimismo, aunque no es estrictamente un tema de filiación, la Corte ha emitido una serie de pronunciamientos importantes sobre las normas que exigen a los padres registrar a sus hijos con el orden tradicional de los apellidos.

En el amparo directo 12/2012, la Primera Sala de la Corte concluyó que las mujeres también están legitimadas para iniciar una acción de desconocimiento de paternidad que impugne la presunción que deriva del matrimonio.<sup>153</sup> La Corte consideró que las normas que reconocían esta legitimidad exclusivamente al hombre partían de una noción errónea de que sólo éste puede ser juez de su propia paternidad y de valorar la posible “conducta infiel de su esposa”.<sup>154</sup> Este criterio fue reiterado en el amparo directo en revisión 1024/2018.<sup>155</sup>

---

147 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2655/2013, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, p. 48.

148 *Idem*.

149 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2655/2013, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, p. 49.

150 *Idem*.

151 *Idem*.

152 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2655/2013, resuelto en sesión de 6 de noviembre de 2013, p. 51.

153 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo 12/2012, resuelto en sesión de 12 de junio de 2013, p. 38.

154 *Ibidem*, p. 37.

155 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1024/2018, resuelto en sesión de 7 de noviembre de 2018, p.16.



La Corte también se ha enfrentado a una serie de litigios alrededor de las normas que obligan a los padres a registrar a sus hijos con el orden tradicional de los apellidos, primero el apellido paterno del padre y luego el apellido paterno de la madre. En el amparo en revisión 208/2016, la Corte estudió la posibilidad de que este tipo de normas transgredieran el derecho a la vida privada y familiar utilizando un test de proporcionalidad.<sup>156</sup> Esto implica analizar: I) si existe una incidencia *prima facie* de la norma que prevé el orden tradicional de los apellidos en el derecho a la vida privada y familiar; II) si la medida persigue una finalidad constitucionalmente válida; III) si es idónea para alcanzar el fin que persigue; IV) si es necesaria; y V) si es proporcional en sentido estricto.<sup>157</sup>

En el caso, la Corte consideró que existía una incidencia *prima facie* en el derecho a la vida privada y familiar. Al analizar los fines que perseguía la norma, la Primera Sala concluyó la norma buscaba dar seguridad jurídica a las relaciones familiar. No obstante, al establecer específicamente el orden que privilegiaba los apellidos del hombre, la norma reiteraba el prejuicio que concebía a la mujer como una parte de la familia del hombre, disminuyendo su rol en la familia.<sup>158</sup> Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte reconoció la inconstitucionalidad de dicho fin y, por tanto, de la norma. Este criterio se ha reiterado en los amparos en revisión 646/2017,<sup>159</sup> 653/2018,<sup>160</sup> 656/2018<sup>161</sup> y 992/2018.<sup>162</sup>

## F. Uniones

Finalmente, el desarrollo jurisprudencial que la Corte ha hecho del derecho a la igualdad también ha permeado en las uniones civiles que reconoce nuestro sistema jurídico. Particularmente, la Corte se ha pronunciado sobre los requisitos para acreditar un concubinato y su contenido discriminatorio. No obstante, también ha estudiado el contenido discriminatorio de normas relacionadas con la administración de la sociedad conyugal cuando dan preferencia al hombre.

---

156 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 208/2016, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016, pp. 14-15.

157 *Ibidem*, p. 22.

158 *Ibidem*, p. 28.

159 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 646/2017, resuelto en sesión de 10 de enero de 2018, p. 31.

160 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 653/2018, resuelto en sesión de 16 de enero de 2019, p. 36.

161 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 656/2018, resuelto en sesión de 14 de noviembre de 2018, pp. 53-55.

162 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 992/2018, resuelto en sesión de 27 de marzo de 2019, p. 14.

En el amparo directo en revisión 3727/2018, la Corte analizó el requisito de estar libre de matrimonio para configurar un concubinato. La Corte concluyó que, además de discriminar con base en el estado civil, el requisito reitera un estereotipo de género basado en el prejuicio al hogar extramarital.<sup>163</sup> La Corte enfatizó que este tipo de normas discriminan a la mujer, puesto que ella es estigmatizada en este tipo de situaciones mientras que es socialmente aceptado que el hombre tenga un hogar marital y uno extramarital.<sup>164</sup> La necesidad de analizar la acreditación de los requisitos del concubinato con perspectiva de género fue reiterada por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 1766/2021.<sup>165</sup>

La Corte ha extendido este razonamiento a casos de pensión por viudez en el amparo directo 18/2021. La Segunda Sala consideró inconstitucional el requisito de la legislación federal que exige que no haya un cónyuge supérstite y la ausencia de un matrimonio para reconocer como beneficiario del trabajador a un concubino o concubina. Lo anterior debido a que este requisito configura un caso de discriminación indirecta con base en el género, ya que afecta desproporcionadamente a las mujeres, que son el grupo que más reclama los derechos asociados con la viudez y quienes se pueden ver más vulnerables si se les niegan.<sup>166</sup>

Por su parte, en el amparo en revisión 1079/2018, la Corte analizó la constitucionalidad de una norma que daba la administración de la sociedad conyugal al hombre, salvo pacto en contrario. La Corte consideró que este tipo de normas son discriminatorias pues distinguen injustificadamente entre hombres y mujeres al no contar con un fin constitucionalmente válido.<sup>167</sup> La Corte enfatizó que la norma reducía la capacidad jurídica de las mujeres para invocar la protección judicial de los derechos que derivan de la sociedad conyugal.<sup>168</sup>

## G. Compensación

La figura de la compensación (también denominada indemnización o pensión compensatoria) surgió en la legislación con el propósito de reparar las

---

163 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3727/2018, resuelto en sesión 2 de septiembre de 2020, p. 32.

164 *Idem*.

165 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1766/2021, resuelto en sesión de 18 de mayo de 2022, pp. 47-51.

166 SCJN, sentencia recaída al Amparo Directo 18/2021, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2022, pp. 20-23 y 26.

167 SCJN, sentencia recaída al Amparo en Revisión 1079/2018, resuelto en sesión de 10 de abril de 2019, p. 21.

168 *Ibidem*, p. 23.

consecuencias económicas de los divorcios en las familias, en particular para las mujeres.

Específicamente, la finalidad de la compensación es que “[...] aquella persona que durante el tiempo que duró el matrimonio reportó costos de oportunidad que generaron un efecto desequilibrador en su patrimonio, tendrá derecho a exigir un resarcimiento por ello, pues la racionalidad jurídica al mecanismo compensatorio, es precisamente corregir la situación derivada de que durante el matrimonio uno de los cónyuges haya asumido las cargas domésticas y familiares en mayor medida que el otro, absorbiendo individualmente el costo de oportunidad”.<sup>169</sup>

La Suprema Corte ha reconocido dos identidades de la compensación, a saber: La primera, como una indemnización o compensación a favor del cónyuge que, durante el matrimonio, se hubiera dedicado preponderantemente al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, y la segunda como pensión compensatoria, en tanto extiende la obligación de pago de alimentos entre cónyuges aun después de concluido el matrimonio, y que tiene como fin compensar al cónyuge que no pudo tener una independencia económica en el matrimonio, por tanto se le otorga un ingreso hasta que se encuentre en posibilidades de subsistir por sí mismo.

La Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones señalando que la compensación no vulnera el derecho a la igualdad del cónyuge demandado, por el contrario, su fin no es equilibrar las masas patrimoniales de los cónyuges, sino resarcir los costos de oportunidad generados en el patrimonio de uno de ellos al asumir las cargas domésticas y familiares por parte del otro cónyuge.<sup>170</sup>

Es importante señalar que su procedencia implica una dedicación preponderante a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos, es decir, aunque la demandante además de dichas actividades también se dedicó a un trabajo remunerado, ello no implica que no pueda acceder a dicha compensación.<sup>171</sup> Ello es sumamente importante porque no reconocer esta situación implicaría invisibilizar el contexto donde las mujeres además de dedicarse a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos, realizan trabajos remunerados con el fin de sostener a ella y a sus hijos.<sup>172</sup>

---

169 Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.

170 Amparo Directo en Revisión 3192/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 7 de febrero de 2018, Amparo Directo en Revisión 3073/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 9 de marzo de 2016.

171 Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.

172 Amparo Directo en Revisión 7470/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 4 de julio de 2018.

Aunado a ello, la Corte ha señalado que la procedencia o no de la compensación, surge a través del desequilibrio económico, y no depende del grado de culpabilidad que tenga alguno de los cónyuges en relación con la ruptura de la relación, ya que no es una sanción civil; por el contrario, “surge de una realidad económica, que coloca al acreedor de la pensión en un estado de necesidad e imposibilidad de allegarse de los medios suficientes para su subsistencia”.<sup>173</sup>

Finalmente, un elemento en el cual la Suprema Corte ha realizado mucho énfasis es que la compensación no debe considerarse una sanción sino un mecanismo resarcitorio del trabajo realizado por la persona que durante el matrimonio se dedicó a las labores del hogar y de cuidados y tuvo perjuicios económicos, así como costos de oportunidad.<sup>174</sup>

La compensación surge a partir de un derecho adquirido en el pasado (durante el matrimonio), por la dedicación preponderante o total al trabajo del hogar y en su caso, al cuidado de los hijos, con la correspondiente exclusión del trabajo en el mercado laboral exterior.

Su forma de pago regularmente es en una sola exhibición, aunque también puede tratarse de una renta por tiempo determinado o indeterminado y su monto no respeta el principio de proporcionalidad como sucede en los alimentos, en realidad, se basa en otros elementos dirigidos a mostrar el costo de oportunidad afrontado por el cónyuge acreedor, como la forma en que el cónyuge acreedor contribuyó económicamente al sostenimiento del hogar, dedicándose a las labores propias de éste y en su caso, al cuidado de los hijos, y la forma en que dicho cónyuge acreedor sufrió un perjuicio al no desarrollarse profesional y laboralmente, así como el cúmulo de bienes que el cónyuge acreedor haya adquirido durante el matrimonio.<sup>175</sup>

Al respecto, la Corte ha señalado que es conveniente basar la valoración de la compensación en “el nivel socioeconómico de la familia desde la celebración del matrimonio hasta su disolución, pues este criterio, puede reflejar en buena medida, tanto la forma en que el cónyuge que se desarrolló en el mercado laboral, logró acumular sus bienes, como la forma en que ello le fue posible gracias a que el otro cónyuge se ocupó en el trabajo del hogar y, en su caso, en el cuidado de los hijos, y dejó de dedicarse con igual tiempo, intensidad y diligencia a otra actividad en el mercado de trabajo remunerado.”<sup>176</sup>

---

173 Amparo Directo en Revisión 4059/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 31 de mayo de 2017.

174 Contradicción de Tesis 24/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 3 de septiembre de 2004.

175 *Idem*.

176 Contradicción de Tesis 490/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 29 de febrero de 2012.

También se ha señalado que su procedencia no necesariamente predispone la existencia de un matrimonio, pues al término de un concubinato, también puede exigirse una compensación, aunque la propia ley no regule, ello en atención al derecho a la igualdad.<sup>177</sup>

Finalmente, respecto a la diferencia entre alimentos y la compensación, la Corte ha señalado que el reconocimiento del derecho a la compensación para la cónyuge vulnera el mandato constitucional de protección a la familia cuando existen otros sujetos con derechos alimentarios, la obligación alimentaria es independiente de la compensación, sin embargo, no son excluyentes, por lo que cada una debe determinarse de acuerdo con las características del caso.<sup>178</sup>

Finalmente, una importante acotación para identificar a la figura de la compensación es que la carga de la prueba es hacia el cónyuge que demanda la indemnización, aunque siempre el juez deberá analizar los asuntos con una perspectiva y evitar que ello se convierta en una tarea irrealizable. Incluso, ante la duda sobre la distribución de las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, los jueces y las juezas deben asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento jurídico le brinda para emitir una sentencia justa.<sup>179</sup>

La Suprema Corte ha emitido diversas sentencias en las que ha intentado que el acceso a esta compensación sea más sencillo. Se ha señalado que, si bien existen disposiciones que señalan a la demanda de divorcio como el momento procesal oportuno para reclamar una compensación, ello no debe interpretarse en el sentido de que éste es el único momento procesal en el cual debe realizarse, por el contrario, en aras de garantizar la protección de los derechos del demandante, la posibilidad de demandarlo puede realizarse a través de una acción independiente posterior.<sup>180</sup>

En este sentido, también se ha señalado que, si bien algunas disposiciones locales señalan diversos requisitos para hacer procedente una demanda de indemnización, los jueces y las juezas deben establecer como elemento común e indispensable para la determinación de la compensación “[...] es que se haya dedicado a

---

177 Amparo Directo en Revisión 557/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de octubre de 2018, Amparo Directo en Revisión 4355/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 5 de abril de 2017.

178 Amparo Directo en Revisión 2764/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013.

179 Amparo Directo en Revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 20 de mayo de 2015.

180 Amparo Directo en Revisión 5702/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 11 de noviembre de 2015.

las labores domésticas y de cuidado en detrimento de sus posibilidades de desarrollarse con igual tiempo, intensidad y diligencia en una actividad en el mercado laboral convencional”.<sup>181</sup>

Dicho de otra manera, lo relevante de la procedencia de una compensación es que el demandante haya asumido un costo de oportunidad al realizar estas labores, debido a que se dedicó al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos y no adquirió bienes propios o habiéndolos adquirido, son notoriamente menores a los de su contraparte.<sup>182</sup>

Finalmente, la Corte ha establecido en diversos asuntos, que los cónyuges de aquellos matrimonios que fueron celebrados con anterioridad al reconocimiento de la compensación de los diversos ordenamientos legales sí pueden reclamar dicha compensación y no se violaría la garantía de irretroactividad de la ley, pues su origen se encuentra a partir de las liquidaciones surgidas del divorcio y no en la constitución del vínculo matrimonial.<sup>183</sup>

Como puede observarse, la compensación es una figura sumamente importante en la idea de alcanzar una igualdad en áreas como la patrimonial y económica de las mujeres. La compensación a su vez implica la protección de derechos como la igualdad, así como el acceso a una vida digna, entre otros. Con ello, se busca componer el desequilibrio económico suscitado en los patrimonios de ambos cónyuges, con base en un criterio de justicia distributiva<sup>184</sup> y eliminar situaciones de enriquecimiento y empobrecimiento injustos con un origen en los roles de género que han sido asignados a las mujeres.

#### 4. *Derecho penal*

El tratamiento penal de las violencias machistas y de género contra las mujeres ha estado históricamente atravesado por el desconocimiento, la negación y la cul-

---

181 *Idem.*

182 Contradicción de Tesis 490/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 29 de febrero de 2012.

183 Amparo Directo en Revisión 2194/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 24 de septiembre de 2014, Amparo Directo en Revisión 1996/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 25 de septiembre de 2013, Amparo Directo en Revisión 2287/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 11 de septiembre de 2013, Contradicción de Tesis 24/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 3 de septiembre de 2004.

184 Contradicción de Tesis 30/2009, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 11 de marzo de 2009.

pabilización de las mujeres.<sup>185</sup> Desde sus orígenes, los códigos penales modernos reprodujeron diversas formas de sexismo, a través de la justificación o minimización de las violencias contra las mujeres, dejándolas en muchos casos completamente impunes.<sup>186</sup> Así, por ejemplo, durante muchos años las leyes penales de diversos países enviaron el mensaje de que la violencia contra las mujeres, en el ámbito familiar o de pareja, estaba justificada o constituía un problema menor en el que la justicia penal no debía intervenir.<sup>187</sup>

El derecho mexicano no ha sido una excepción. Por mencionar un ejemplo, hasta hace muy poco la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que la imposición mediante violencia de la cópula, cuando se realizaba entre cónyuges, no actualizaba el delito de violación, sino en todo caso el ejercicio indebido de un derecho: el llamado *débito carnal*.<sup>188</sup> No fue sino hasta el año 2005 que la Suprema Corte abandonó este criterio y afirmó que el delito de violación también se actualiza entre cónyuges.<sup>189</sup>

A lo largo de la última década, sin embargo, la aplicación de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el principio de igualdad, no discriminación y la perspectiva de género en el ámbito penal ha supuesto una evolución cultural y una transformación en el ámbito jurisdiccional muy importante. Como se verá, el desarrollo de esta doctrina constitucional ha obligado a incorporar la perspectiva de género y rechazar los estereotipos de género, desde la tipificación de los delitos hasta su investigación, procesamiento y sanción.

## A. Perspectiva de género y tipos penales

La importancia de la perspectiva de género en la tipificación de los delitos fue destacada por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 5267/2014.<sup>190</sup> En este caso, la Sala debía determinar si el artículo 126 del Código Penal para el Estado de Chihuahua, que establecía una agravante para el delito de homicidio cuando la víctima fuera del “sexo femenino”, violaba el principio de igualdad y

---

185 Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Barcelona, Ediciones Didot, 2014, en p. 14.

186 *Idem*.

187 *Idem*.

188 Véase la tesis 1a./J.10/94, de rubro: “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE”.

189 Varios 9/2005-PS, Solicitud de Modificación de Jurisprudencia. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 16 de noviembre de 2005.

190 Amparo Directo en Revisión 5267/2014, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 9 de marzo de 2016.

no discriminación. La Sala determinó que la norma efectivamente violaba dicho principio, pues incidía en una categoría sospechosa (el sexo) y no satisfacía un *test de escrutinio estricto*.

Al analizar la disposición, la Sala reconoció que la agravante en cuestión perseguía una *finalidad constitucionalmente imperiosa*: erradicar la violencia de género y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación, de acuerdo con los artículos 1° y 4 de la Constitución, y 2, 6 y 7 de la Convención Belém Do Pará. Sin embargo, advirtió que la norma impugnada no era suficientemente *adecuada* para lograr esa finalidad, ya que no incorporaba un elemento “finalista”, consistente en que la privación de la vida fuera perpetrada por “razones de género”. Consecuentemente, la Corte determinó que la norma resultaba inconstitucional por discriminatoria.

En las consideraciones, la Sala señaló que la diferenciación entre víctimas del delito de homicidio atendiendo únicamente al sexo, resulta una medida *sobre-inclusiva* (y, por tanto, inadecuada), pues agrava la pena en casos que no necesariamente reflejan un contexto de discriminación y violencia contra la mujer. En palabras de la Sala, “lo que intimida, degrada y cosifica es la ‘violencia feminicida’ que en su vertiente más extrema termina en la muerte de una persona identificada como mujer, no así toda privación de la vida de una persona de sexo femenino”.

Para la Sala, al centrar el elemento diferenciador en el sexo (entendido como característica biológica) y no en el género (entendido como construcción cultural), “la norma jurídica asume y promueve una concepción de la mujer como sujeto intrínsecamente vulnerable, que el propio legislador equipara a los menores de edad, de quienes se presume una posición de debilidad”. Este enfoque esencialista —señaló— “esconde los factores contextuales o estructurales que dan origen a la discriminación y violencia contra las mujeres”. Para la Sala, ser mujer no implica necesariamente una vulnerabilidad como condición física o mental, más bien se trata de una situación de desventaja histórica que ha generado una discriminación estructural.

La Corte concluyó que la norma impugnada, en lugar de contribuir a la erradicación de la violencia contra la mujer, *reforzaba los estereotipos de género*, pues partía de una concepción de la mujer como un ser esencial y necesariamente vulnerable. Para la Sala, es indispensable que las medidas penales que proporcionan un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia contra las mujeres “no se desvinculen [...] de los factores contextuales y estructurales que la posibilitan, pues es el nexo entre violencia y discriminación el que debe ser combatido de forma reforzada por el Estado mexicano”.



## B. La perspectiva de género en la investigación de delitos

El impacto de la perspectiva de género en la investigación penal fue analizado por primera vez en el amparo en revisión 554/2013.<sup>191</sup> Dicho asunto versó sobre la investigación de la muerte violenta de Mariana Lima Buendía, cuyo cuerpo fue encontrado en su casa por su esposo en el año 2010, quien de acuerdo con algunos testigos la habría tenido sometida a una situación de violencia física, sexual, económica y verbal. Se trata de un precedente muy relevante, pues fue uno de los primeros asuntos en los que la Suprema Corte desarrolló los estándares constitucionales que debe seguir toda investigación penal, cuando se advierta la posible existencia de violencia de género, sin los cuales no se considerará cumplido el principio de *debida diligencia*.

En primer lugar, la Primera Sala señaló que todas las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de condenar toda forma de discriminación basada en el género y tomar medidas concretas para lograrlo, lo cual incluye actuar con perspectiva de género, a fin de “combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad”. Además, en el caso particular de muertes violentas ocurridas en un contexto general de violencia contra la mujer (como sucede en nuestro país), dicho deber se traduce en la obligación de “explorar todas las líneas investigativas posibles con el fin de determinar la verdad histórica”.

Así, la Corte señaló que cuando se tenga conocimiento de la muerte de una mujer —incluyendo aquellas que *prima facie* parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio o accidentes— las autoridades tienen el deber de analizar el caso con perspectiva de género, a fin de determinar si existieron o no “razones de género en la causa de la muerte”. Este deber debe observarse desde las primeras diligencias e implica, como mínimo, lo siguiente: (i) identificar a la víctima; (ii) proteger la escena del crimen; (iii) recuperar y preservar el material probatorio; (iv) investigar exhaustivamente la escena del crimen; (v) identificar posibles testigos y obtener declaraciones; (vi) realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados; (vii) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte.

Además, las autoridades deben: (i) identificar las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de *motivos o razones de género*; (ii) preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual; (iii) ha-

---

191 Amparo en Revisión 553/2013. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 25 de marzo de 2015.

cer las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia; (iv) analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como (v) plantear posibles hipótesis del caso, basadas en los hallazgos preliminares que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes. En todo caso, los motivos de género deben ser analizados de oficio.

Al analizar el caso concreto bajo estos estándares, la Sala advirtió que no existió una correcta protección de la escena del crimen y la evidencia, pues no se sabía con certeza qué peritos estuvieron presentes; la inspección no se realizó con acuciosidad, omitió diligencias básicas e incurrió en irregularidades graves, como permitir que una persona posiblemente responsable estuviera presente y moviera elementos de la escena del crimen. Tampoco se garantizó la cadena de custodia, pues el equipo investigador no recabó ninguna prueba de la escena del crimen, como el objeto constrictor, los puntos de apoyo, los nudos y las huellas. Adicionalmente, la autoridad no aseguró el celular que se encontró en la cama al lado del cuerpo de la víctima, ni pruebas hemáticas, de saliva o fluidos en general. Todo lo cual —señaló la Sala— no sólo evidenciaban simples omisiones o negligencias, sino que “podrían responder a acciones deliberadas por no recabar la información mínima necesaria para esclarecer los hechos, lo cual se considera de suma gravedad y una violación a la debida diligencia”.

Aunado a lo anterior, la Sala advirtió que ninguno de los dictámenes practicados explicaba ni cuestionaba cómo es que el cuerpo fue movido de donde habría estado colgado a la cama; no existía explicación alguna sobre la disposición de los muebles del cuarto, ni de cómo Mariana Lima se habría suicidado. Además, el dictamen de criminalística no coincidía con la necropsia, ya que el primero señalaba que los miembros superiores del cuerpo se encontraban extendidos, mientras que la segunda indicaba que el miembro superior derecho se encontraba en semiflexión y el izquierdo en extensión. De acuerdo con la Sala, tales omisiones llevaban a la conclusión de que las autoridades “tenían intención de ocultar hechos importantes, vulnerando el derecho a la debida diligencia y el acceso a la justicia, por lo que deben considerarse inválidos”.

Por último, la Sala también observó que —contrario a las reglas aplicables de la criminalística y la criminología— las autoridades omitieron abrir una investigación en contra del esposo de la víctima, a pesar de que fue él quien supuestamente encontró y movió el cuerpo de ésta, y de que existían imputaciones directas de amigos y familiares de Mariana Lima que lo señalaron como una persona que ejercía violencia física, emocional, económica y sexual sobre ella.

Congruente con lo anterior, la Sala concluyó que en el caso las autoridades ministeriales no demostraron haber adoptado medidas razonables para dilucidar

objetivamente la verdad de los hechos durante las primeras etapas de la investigación, lo cual resulta crucial en casos de violencia contra las mujeres, puesto que “podrían impedir u obstaculizar esfuerzos posteriores para identificar, procesar y castigar a los responsables”.

Finalmente, retomando el fallo de la Corte Interamericana en el *caso Campo Algodonero vs. México*, la Sala recordó que:

“[...] la impunidad de los delitos contra las mujeres envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en la administración de justicia. Además, la inacción y la indiferencia estatal ante las denuncias de violencia de género reproducen la violencia que se pretende atacar e implica una discriminación en el derecho de acceso a la justicia [...] Es por ello que es particularmente importante que las autoridades encargadas de las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres las lleven a cabo con determinación y eficacia, tomando en cuenta el deber de la sociedad de rechazar dicha violencia y las obligaciones estatales de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas de la misma en las instituciones estatales para su protección”.

Estas consideraciones fueron reiteradas por la Primera Sala en el amparo en revisión 1284/2015.<sup>192</sup> Dicho asunto versó sobre la investigación del homicidio de Karla del Carmen Pontigo Lucciotta, el cual, de acuerdo con su madre y hermano, habría sido motivado por razones de género, en tanto existían indicios de violencia sexual previa, los cuales no fueron considerados por las autoridades encargadas de la investigación.

En este caso, luego de retomar las consideraciones del caso de Mariana Lima, la Sala advirtió que las autoridades también incurrieron en diversas omisiones, irregularidades, inconsistencias y falencias, las cuales resultan contrarias al deber de llevar a cabo investigaciones diligentes y con perspectiva de género. Omisiones que, de acuerdo con la Primera Sala, provocaron que la autoridad “concluyera acriticamente que ella murió como consecuencia de un accidente [...] no obstante la presencia de indicios [...] que hacían presumible la existencia de actos de violencia sexual”.

### C. La perspectiva de género en el proceso penal

La perspectiva de género tiene también una proyección importante en el proceso penal, particularmente en la valoración de las pruebas y los hechos. Uno de los primeros casos en los que se analizó esta cuestión fue el expediente varios

---

192 Amparo en Revisión 1284/2015. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de noviembre de 2019.

1396/2011. En este caso, el Pleno señaló que los órganos jurisdiccionales tienen el deber de analizar oficiosamente los casos de violencia sexual con perspectiva de género, lo cual implica reconocer un “estándar de valoración probatoria de especial naturaleza”.

Retomando las sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega* —ambas contra México— el Pleno recordó que la violación sexual es un delito que, por lo general, se produce en ausencia de testigos, por lo que “la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”. Así, tratándose de casos de violencia sexual las personas juzgadoras deben: (i) atender a la naturaleza de la violación sexual, la cual requiere medios de prueba distintos de otras conductas; (ii) otorgar un valor preponderante al testimonio de la víctima, dada la secrecía en la que regularmente ocurren estas agresiones; (iii) evaluar razonablemente las posibles inconsistencias del relato de la víctima, de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que pueden presentarse en caso de que las víctimas sean indígenas, tales como obstáculos en la expresión, la intervención de terceros, o el uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones; (iv) tomar en cuenta las condiciones de la víctima (edad, condición social, pertenencia a un grupo histórico vulnerable, etcétera), y (v) utilizar adecuadamente la prueba circunstancial, las presunciones y los indicios, a fin de extraer conclusiones consistentes con los hechos.

Mismo criterio fue sostenido por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 3186/2016.<sup>193</sup> En este caso, tomando en consideración el artículo 2 de la Convención Americana, 7 de la Convención Belém do Pará, así como las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Sala señaló que para “remover las barreras en el acceso a la justicia” y garantizar “el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual” se deben establecer “reglas para la valoración de los testimonios de las víctimas de este tipo de delitos con una perspectiva de género”. Ello, de manera que no se incurra en “afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas” y que “su inadecuada valoración pueda llevar a las personas juzgadoras a restar credibilidad a la versión de las víctimas”.

En esa línea, la Sala explicó que los elementos que deben ser tomados en consideración al momento de valorar el testimonio de la víctima que ha sido sometida a un acto de violencia sexual son los siguientes:

---

193 Amparo Directo en Revisión 3186/2016. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 1 de marzo de 2017.

- a) Se debe considerar que los delitos sexuales son un tipo de agresión que, en general, se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona o personas agresoras, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. Debido a lo anterior no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar la declaración de la víctima se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente;
- b) Se debe tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual. Se debe entender que no debe ser inusual que el recuento de los hechos pueda presentar algunas inconsistencias o variaciones en cada oportunidad que se solicita realizarlo. Por lo tanto, dichas variaciones no podrán constituir fundamento alguno para restar valor probatorio a la declaración de la víctima;
- c) Se deben tomar en cuenta algunos elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, entre otros;
- d) Se debe analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, recordando que la misma es la prueba fundamental. Entre esos elementos se pueden encontrar dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, exámenes médicos, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones; y
- e) Las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, deben ser utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

Al resolver el amparo directo en revisión 1412/2017,<sup>194</sup> la Primera Sala reiteró que los estándares constitucionales y convencionales “no sólo no prohíbe[n], sino que exige[n] que se le dé un valor preponderante a la declaración de la víctima de los delitos sexuales”, en los términos y bajo la metodología antes precisada. Sin embargo, también aclaró que ello no significa que cualquier testimonial sea suficiente para derrotar la presunción de inocencia, pues de acuerdo con dicho principio, cuando existan pruebas de descargo “éstas deben ser confrontadas con las pruebas de cargo para estimar si se acredita la existencia del delito y la res-

---

194 Amparo Directo en Revisión 1412/2017. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017.

ponsabilidad del acusado”, pues “de lo contrario se dejaría en absoluto estado de indefensión a los inculpados”.

Asimismo, en el amparo directo en revisión 4596/2021,<sup>195</sup> la Primera Sala reiteró que en casos de violencia sexual “la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” y explicó además que, debido a la “naturaleza traumática” de este tipo de actos, “no es inusual que el recuento de los hechos presente algunas inconsistencias o variaciones en cada oportunidad que se solicita realizarlo, las cuales no pueden constituir fundamento alguno para restarle valor probatorio a la declaración”.

La perspectiva de género no sólo debe observarse cuando se trata de un delito cometido contra una mujer, sino también cuando a ésta se le procesa por su probable responsabilidad en la comisión de un crimen. A partir de esta premisa, en el amparo directo en revisión 6181/2016,<sup>196</sup> la Primera Sala concluyó que las autoridades jurisdiccionales omitieron cumplir con este deber a la hora de evaluar el material probatorio en un caso en el que a la quejosa se le sentenció por el delito de homicidio doloso de su pareja. Lo anterior, toda vez que no tomaron en cuenta “el contexto de violencia en el que vivía la recurrente” y que fue alegado en el caso.

En este caso, la Corte hizo un profundo análisis multidisciplinario, a partir del cual concluyó que la violencia doméstica constituye una de las manifestaciones “más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros”, la cual se basa en el abuso de poder socialmente asignado a los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones íntimas. La Corte constató, además, que las mujeres víctimas de este tipo de violencia viven con miedo constante de su agresor, el cual generalmente proviene de amenazas y manipulaciones.

Partiendo de ese contexto, la Sala explicó que “en los juicios en los que las mujeres maltratadas enfrentan cargos penales por haber agredido a sus agresores, las juezas y los jueces deben tomar en cuenta el contexto de las mujeres que enfrentan violencia familiar ejercida por parte de sus parejas”. En estos casos, las pruebas periciales pueden ayudar a “entender si la mujer maltratada que ataca a su agresor se sentía en peligro o actuó de forma razonable de conformidad con su propio contexto”, las cuales deben ser analizadas por los órganos jurisdiccionales, aplicando para ello la perspectiva de género.

---

195 Amparo Directo en Revisión 4596/2021. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 9 de marzo de 2022.

196 Amparo Directo en Revisión 6181/2016. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de marzo de 2018.

En ese sentido, la Sala concedió el amparo para el efecto de que las autoridades jurisdiccionales identificaran si en el caso existían situaciones de poder por razón de género que dieran cuenta de un desequilibrio y desventaja en perjuicio de la acusada, así como para que cuestionaran los hechos y valoraran las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género. Además, precisó que en caso de que el material probatorio no fuera suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razón de género, los jueces debían ordenar de oficio las pruebas necesarias, incluyendo peritajes psicológicos y físicos. Finalmente, la Sala explicó que, de constatarse la existencia de una situación de desventaja por razón de género, las autoridades debían determinar si tal circunstancia podía tener impacto en la acreditación del delito, la posible existencia de una causa de justificación o una excusa absolutoria, así como la individualización de la pena.

En el amparo directo en revisión 1206/2018,<sup>197</sup> la Sala señaló nuevamente que las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de analizar “la incidencia de la situación de desventaja histórica de las mujeres en la determinación penal, incluida la atribución de autoría y participación”, de manera que se supere satisfactoriamente su presunción de inocencia. Para la Sala, la subordinación y la violencia basada en el género son fenómenos estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres u otros grupos históricamente desaventajados son víctimas de un delito “sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley como probables perpetradoras de esos injustos”.

Ahora bien, esto último, señaló la Sala, no implica sostener que las mujeres carezcan de “agencia ética”, sino únicamente reconocer la realidad de su condición de “desventaja histórica”. Se trata de “valoraciones sociológicas” y no de “presupuestos ontológicos”. Para la Sala, es evidente que las mujeres poseen agencia ética, por lo que pueden elegir conscientemente quebrantar la ley. Sin embargo, se debe reconocer que también están sujetas a violencia, discriminación estructural y condiciones de subordinación histórica, por lo que pueden ser inducidas o coaccionadas para delinquir, o bien, estar en situaciones que limiten o impidan el dominio del hecho que se les atribuye.

En definitiva, el análisis con perspectiva de género en casos penales permite:

[...] verificar la incidencia del orden social de género [y las condiciones de subordinación, discriminación y violencia que condicional] en la calidad y suficiencia de la prueba de cargo; en la razonabilidad de las inferencias a que las que conduce la evidencia directa o indirecta; en la conducción escéptica del proceso penal, y en la asignación de

---

197 Amparo Directo en Revisión 1206/2018. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de enero de 2019.

responsabilidad penal de la quejosa más allá de duda razonable. Si bien no puede considerarse *a priori*, tampoco debe descartarse *a priori* la incidencia de una condición de desventaja histórica, estructural y sistemática basada en el género en la reprochabilidad de cierto injusto; en la posibilidad concreta de tener condominio funcional de la conducta ilícita, y en la forma y grados en que esto permite atribuir autoría y participación en un delito.

Esta doctrina fue reiterada por la Primera Sala en el amparo directo en revisión 1667/2021.<sup>198</sup> En este caso, la Corte nuevamente determinó que las autoridades jurisdiccionales omitieron tomar en consideración la perspectiva de género a la hora de analizar la responsabilidad penal de la quejosa por su supuesta participación en la organización criminal presuntamente liderada por su pareja. Al respecto, la Corte señaló que:

[...] la relación sentimental de la quejosa con la persona a quien se le atribuye ser el líder de la organización (su concubino), la edad que tenía cuando se conocieron, su situación de vulnerabilidad asociada con su condición de madre soltera cuando lo conoció, la diferencia de edad entre ellos, y la denuncia de haber sido objeto de violencia económica y psicológica por parte de su concubino para obligarla a trabajar en sus dos empresas (restaurante y tienda de ropa), si bien por sí mismos no son suficientes para concluir que la actuación de la quejosa estuvo condicionada a partir de un contexto de violencia de género, sí lo son para emprender una investigación de los hechos y que el juzgador se allegue, en su caso, de las probanzas necesarias para acreditar el contexto en el que ocurrieron los mismos. Es decir, son elementos que revelan la posibilidad de que la [quejosa] se encontrara en una situación de desventaja y vulnerabilidad al momento de la comisión de los hechos delictivos que le atribuye el Ministerio Público, como consecuencia de la construcción que socioculturalmente se ha desarrollado en torno a la posición y al rol que debía asumir en su carácter de concubina.

En este asunto, la Sala explicó además que las autoridades tienen el deber de atender todos los tipos de violencia contra la mujer, incluyendo la económica y la psicológica. La primera se refiere a toda acción u omisión que afecte la supervivencia económica de la víctima (como controles de ingreso, percepción de un salario menor por igual trabajo, etcétera). La segunda refiere a todo acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica de la víctima (como negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, amenaza) generando depresión, aislamiento o devaluación de su autoestima.

La obligación de juzgar con perspectiva de género no deriva únicamente de la identidad sexo-genérica de una persona y su pertenencia a un grupo histórica-

---

198 Amparo Directo en Revisión 1667/2021. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat, 16 de marzo de 2022.



mente desaventajado. En el amparo directo en revisión 6606/2015,<sup>199</sup> la Primera Sala explicó que la razón que justifica y detona este tipo de análisis es “la presencia de una relación asimétrica de poder en virtud de la forma en que actúa o se resiente en una situación específica y concreta el orden social de género”. Así, si bien es cierto que son precisamente las mujeres y las personas pertenecientes a la diversidad sexual quienes suelen ser víctimas de una “opresión sistemática” y que ésta suele condicionar la existencia de relaciones asimétricas de poder, es perfectamente posible que, atendiendo a la configuración de las relaciones y el contexto particular, “dicha asimetría se presente en relaciones entre varones, entre mujeres, o entre mujeres y varones, en detrimento de estos últimos”.

Por último, la Corte ha señalado que la perspectiva de género también debe observarse a la hora de determinar la reparación del daño a favor de las víctimas de un delito. En particular, en el amparo directo 17/2016,<sup>200</sup> la Sala señaló que en estos casos la perspectiva de género “debe atenderse al momento de expresar las razones que llevan al juzgador a determinar el monto de la sanción pecuniaria respectiva, en el sentido de que debe eliminar cualquier razonamiento estereotipado o discriminatorio por razón de género, por el hecho de que la víctima sea mujer y los roles sociales que desempeñe o haya desarrollado”. Lo anterior, en el entendido de que ello no implica modificar los parámetros establecidos por el legislador en la determinación o cálculo de dicha reparación.

## 5. *Derecho electoral*

Por último, la Suprema Corte también ha emitido importantes precedentes que impactan directamente la forma en que las mujeres participan en la vida pública y política, sobre todo en relación con el principio de paridad que debe observarse en materia electoral.

La paridad de género es un principio y un mandato constitucional dirigido a alcanzar una participación igualitaria de hombres y mujeres en todos los cargos públicos,<sup>201</sup> con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad de género previsto

---

199 Amparo Directo en Revisión 6606/2015. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 8 de junio de 2016.

200 Amparo Directo 17/2016. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 17 de mayo de 2017.

201 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía:

[...]

I Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los

tanto en nuestra Constitución, como en diversos tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>202</sup> y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.<sup>203</sup>

La paridad se distingue de las acciones afirmativas porque no es una medida temporal tendiente a alcanzar la igualdad de género. Es más bien una aspiración de nuestro régimen democrático, en el sentido de que hombres y mujeres debemos participar igualitariamente en la vida pública. Ahora, para alcanzar este ideal, que en nuestro país es un mandato constitucional, ciertamente son necesarias acciones afirmativas.

La participación política igualitaria requiere de la implementación de medidas positivas que favorezcan el acceso de las mujeres, que hasta ahora han enfrentado obstáculos y barreras para ocupar cargos públicos y de representación. Hasta en tanto no alcancemos la paridad, seguirá siendo necesario dar preferencia a las mujeres y adoptar políticas públicas que derriben estas barreras.

## A. Principio de paridad como mandato de optimización

El principio de paridad de género en materia electoral se introdujo a nuestro país con la reforma político-electoral de 2014, a través de la cual se estableció en la fracción I del artículo 41 constitucional<sup>204</sup> la obligación a cargo de los partidos

---

ciudadanos y las ciudadanas que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

202 Convención Americana sobre Derechos Humanos

ARTÍCULO 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

203 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

204 Artículo 41. [...]

[...]

I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal, las formas específicas de su intervención en el proceso electoral y los derechos, obligaciones y prerrogativas que les corresponden.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre,

políticos de garantizar la paridad en las candidaturas a legisladores federales y locales, y en el artículo segundo transitorio, fracción II, inciso h, un mandato al legislador de establecer dichas reglas en la legislación relativa a los procedimientos electorales.<sup>205</sup>

En las acciones de inconstitucionalidad 35/2014<sup>206</sup> y 39/2014<sup>207</sup> la Corte analizó normas electorales de los estados de Chiapas y Morelos, respectivamente, que establecían una excepción a la obligación de los partidos de presentar candidaturas paritarias, cuando éstas fueran resultado de procesos de elección democráticos, conforme a los estatutos de cada partido.

El Pleno determinó que dicha excepción era contraria al mandato constitucional contenido en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 41, porque al permitirse que las candidaturas que provinieran de procesos de elección de carácter interno no observaran el principio de paridad, se hacía prácticamente nugatoria la exigencia de paridad, al supeditarla a procesos democráticos en los que previsiblemente iban a prevalecer las inercias que históricamente han favorecido a los candidatos de género masculino.

De manera relevante, en dichos asuntos la Corte interpretó que el principio de paridad también aplica para las candidaturas a los ayuntamientos. Aunque el texto constitucional sólo se refería expresamente a las candidaturas a las legislaciones locales y federales, a través de una interpretación extensiva del artículo 41, el Pleno entendió que dicho mandato era aplicable a todos los órganos de representación.

---

secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales. Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa.

[...]

205 SEGUNDO.- El Congreso de la Unión deberá expedir las normas previstas en el inciso a) de la fracción XXI, y en la fracción XXIX-U del artículo 73 de esta Constitución, a más tardar el 30 de abril de 2014. Dichas normas establecerán, al menos, lo siguiente:

[...]

II. La ley general que regule los procedimientos electorales:

[...]

h) Las reglas para garantizar la paridad entre géneros en candidaturas a legisladores federales y locales, e

206 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 2 de octubre de 2014.

207 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 39/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de septiembre de 2014.

El desarrollo más robusto de este principio vino con la acción de inconstitucionalidad 45/2014 y sus acumuladas,<sup>208</sup> en donde la Suprema Corte definió la paridad como “una medida para garantizar la igualdad sustantiva de géneros en el acceso a los cargos de elección popular”. En ese asunto se hizo patente que existen condiciones de discriminación estructural que las mujeres enfrentan en el ámbito público y político, las cuales se advierten, en un primer momento, de la falta de candidaturas femeninas y, posteriormente, en que el aumento de las postulaciones de mujeres no se ha traducido en el acceso efectivo a los puestos de representación.

De tal forma concluyó que el alcance de dicho principio debía imperar en la postulación de candidaturas, pero, además, obliga al Estado a establecer medidas o acciones afirmativas para alcanzar la integración paritaria de los órganos representativos. De igual manera, la Corte interpretó que no bastaba con la postulación, sino que el principio de paridad debía traducirse en candidaturas efectivas, por lo que las normas que rigen la integración de los órganos deben interpretarse de tal manera que se privilegie la integración paritaria del órgano.

Dicho criterio se consolidó definitivamente con la contradicción de tesis 275/2015,<sup>209</sup> en la que la cuestión era determinar si la paridad en las candidaturas se satisfacía con postulaciones paritarias únicamente en el sistema de mayoría relativa o si también debía observarse para la integración de las listas de representación proporcional, aunque éstas se determinaran con posterioridad a la jornada electoral tomando en cuenta la votación obtenida. El Pleno interpretó el párrafo segundo de la fracción I del artículo 41 constitucional en el sentido de que “se refiere a la paridad de género en las candidaturas de todos los sistemas electorales del país donde se elijan legisladores y no solamente de aquellos donde las candidaturas se perfeccionan antes de la jornada electoral”.

La Corte sostuvo que es obligación constitucional de las entidades federativas contemplar acciones afirmativas de género en la asignación de curules de representación proporcional. Es de destacar que este principio abarca tanto la posibilidad de ser votado como el acceso al cargo y está dirigido a la postulación de candidaturas, pero trasciende a la designación misma de cargos de elección popular. Esto es, la paridad no sólo debe observarse en la postulación de candidaturas, sino que debe maximizarse para efectos de la integración del órgano.

---

208 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 45/2014 y acumuladas, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 29 de septiembre de 2014.

209 Asignación de un número de escaños proporcional al número de votos obtenidos.

## B. Paridad horizontal

En el ámbito de las elecciones municipales, una de las preocupaciones principales ha sido determinar si el principio de paridad implica únicamente que las planillas que contienden para la elección de un ayuntamiento estén integradas por igual número de hombres y mujeres (paridad vertical) o si los partidos políticos tienen también la obligación de postular igual número de hombres y de mujeres encabezando las planillas, esto es, que haya paridad en las candidaturas a las presidencias municipales (paridad horizontal).

En una primera aproximación al tema, la Corte determinó, en la acción de inconstitucionalidad 36/2014<sup>210</sup>, que el principio de paridad no era aplicable para cargos unipersonales, sino sólo para órganos de representación en legislaturas y ayuntamientos. Si bien la paridad opera dentro de las planillas, no es para un cargo específico, de modo que no es necesario que hubiera candidaturas paritarias al cargo de presidente o presidenta municipal, pues había que respetar el derecho de los partidos políticos a la autodeterminación. Una interpretación contraria implicaría, además, el rompimiento de otros principios democráticos como libertad de postulación y respeto al sufragio público.

Este criterio fue materia de la contradicción de tesis entre el Pleno de la Suprema Corte y la Sala Superior del Tribunal Electoral, dando paso a una nueva reflexión que permitió abandonar esa postura. La Suprema Corte advirtió que derivado de la reciente reforma constitucional de 6 de junio de 2019, que buscó ampliar el principio de paridad de género en los ayuntamientos para alcanzar una participación plena y efectiva de las mujeres en el servicio público, así como de los compromisos contenidos en los tratados internacionales de los cuales deriva la obligación del Estado Mexicano de llevar a cabo acciones que la hagan efectiva o por las cuales se logre, existe un mandato para garantizar la paridad en la integración de los ayuntamientos, tanto en su vertiente horizontal como vertical en el registro de sus planillas.<sup>211</sup>

Como puede verse, el principio constitucional de paridad ha sido extensamente interpretado por la Corte para dotarlo de plena efectividad. No se trata sólo de que los partidos políticos cubran cuotas, sino de tener en cuenta la realidad que han enfrentado las mujeres para acceder a la participación política y hacer

---

210 Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 36/2014 y acumuladas, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 23 de septiembre de 2014.

211 Contradicción de Tesis 44/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de noviembre de 2019.

del derecho y de su interpretación, una herramienta para derribar estas barreras históricas.

#### IV. CONCLUSIONES

La igualdad de género implica que hombres y mujeres, niños y niñas, puedan gozar por igual de los mismos derechos y oportunidades; que todas las personas puedan perseguir sus sueños, tomar decisiones y construir su propio destino sin que su género sea un obstáculo para ello. La realidad está lejos de ello y los sistemas de justicia por mucho tiempo han contribuido a mantener intacta la subordinación de las mujeres y niñas. Hoy es claro que la igualdad de género no es algo que baste reconocer en las normas jurídicas, sino que debe tutelarse tomando en cuenta la realidad que viven las mujeres y niñas, de tal manera que se concrete caso por caso. La perspectiva de género e interseccional es una herramienta de análisis indispensable, sin la cual el acceso a la justicia no será una herramienta eficaz para tutelar la igualdad. A través de su jurisprudencia, la Corte ha establecido lineamientos que todos los operadores jurídicos deben observar al momento de interpretar el derecho, cuando están de por medio los derechos de mujeres y niñas. Se trata de analizar siempre el contexto para evidenciar y desarticular las asimetrías que las colocan en desventaja. Nuestra Constitución no es ciega a las desigualdades existentes ni es neutra frente a ellas; por el contrario, nos exige materializar la igualdad a través de medidas positivas que reviertan los patrones históricos, lo que sin duda comienza por nombrar las violencias, la discriminación y la subordinación que por siglos nos han sometido.

#### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

De acuerdo con los elementos revisados a lo largo del capítulo es posible plantear ciertas preguntas que pueden orientar la discusión y sus eventuales reflexiones sobre temas claves en materia de género: ¿Cuál es el fin que busca la igualdad de género? ¿Cuál es el papel que tiene el derecho para combatir la desigualdad en materia de género? ¿Qué medidas específicas deben implementarse desde la judicatura para revertir esta desigualdad? ¿Cuál es la relación existente entre género e interseccionalidad? ¿Existen otros grupos vulnerables que son afectados en sus derechos por su condición de género? ¿Cuáles? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de la perspectiva de género?

## Fuentes

- Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm. 6, primavera 2005. Bodelón, Encarna, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Barcelona, Ediciones Didot, 2014.
- Carta de las Naciones Unidas.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (1994).
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Protocolo para para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios de 1962.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957.
- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Expediente varios 1396/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de mayo de 2015 (2015).
- Fredman, Sandra, “Substantive equality revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, Issue 3, julio de 2016.
- Fuentes Pérez, Dalia, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Gómez Haydée y Vela Estefanía, “Perspectiva de género y derecho laboral”, en *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral*, 2021.
- MacKinnon, Catharine A., *Women’s Lives, Men’s Laws*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.
- Moreno, Ileana, “El trabajo del hogar”, en el Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral, 2021.
- Ley del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado.
- Ley del Seguro Social.
- Ley Federal del Trabajo.
- Norma que establece las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería.
- Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería.
- Organización de las Naciones Unidas, “The United Nations and the advancement of Women 1945-1996”, 1996. Disponible en: «<https://digitallibrary.un.org/record/214867>».
- Orozco y Villa, Luz, “Alimentos”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

- Pateman, Carole, *El desorden de las mujeres: Democracia, feminismo y teoría política*, Prometeo Libros, 2018.
- Poole, L., “Génesis de la Convención de Belém do Pará. Educar y promover el rechazo a la violencia”, *Milenio*, suplemento Todas, 2013. Disponible en: «[http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole\\_Todas.pdf](http://www.oas.org/es/CIM/docs/Poole_Todas.pdf)».
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Recomendación General 33 del Comité CEDAW, 3 de agosto de 2015.
- Sunstein, Cass R., “Neutrality in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, vol. 92, enero de 1992, núm. 1.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020.
- Treviño Fernández, Sofía y Rubio Rufino Isabel, “Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “10 años de derechos”, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis, *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México. Una evaluación con perspectiva de género*, México, Editorial Tirant lo Blanch, 2022.



## Capítulo 12

# Los derechos de las personas de la diversidad sexual

Alejandra Martínez Verástegui\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL. 1. Marco jurídico. 2. Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL. 1. Uniones entre personas del mismo sexo. 2. El derecho a la seguridad social derivado de la unión entre personas del mismo sexo. 3. Filiación homoparental. 4. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas. 5. Libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas. 6. Derechos a la participación política, libertad de expresión y libertad de información. 7. El derecho de las personas trans a adecuar sus documentos de identidad. 8. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico, algunas de las violaciones más graves a los derechos humanos que se han cometido en contra de grupos de personas han tenido como fundamento principal el rechazo de la diversidad.<sup>1</sup> El temor a la diferencia ha llevado a concebir a las personas diversas como seres inferiores en dignidad y derechos o, incluso, como seres privados de cualquier dignidad.<sup>2</sup> Esta idea es el fundamento de la discriminación. La pertenencia de una persona a un

---

\* Investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Candidata a doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: amtzverastegui@gmail.com.

1 Piovesan, Flávia, “Prohibición de discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, Armin, Piovesan, Flávia y Morales-Antoniazzi, Mariela (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México, Porrúa, 2012, pp. 2-3.

2 El nazismo tenía como base de sus políticas de exterminio la diferencia. De este modo, se entendía que la raza pura aria debía dominar sobre todas las demás y que ciertos grupos de personas debían ser exterminados. Piovesan, Flávia, *op. cit.*, p. 3.

grupo determinado se ha utilizado históricamente para justificar su exclusión de algunos derechos y beneficios.<sup>3</sup>

En la última década, los derechos de las personas de la diversidad sexual<sup>4</sup> se han posicionado en el centro del debate jurídico en México y han influido profundamente en la forma en la que se piensa el derecho en la actualidad. Sin duda, la Suprema Corte ha sido un actor clave para lograr este cambio de paradigma, a través del desarrollo y consolidación de una doctrina jurisprudencial progresista y protectora de estos derechos. Para poder entender la magnitud de los cambios que se han experimentado recientemente, es importante recordar la situación que prevalecía en nuestro país.

Hasta hace unos años nuestro sistema jurídico parecía ignorar los derechos de las personas, las parejas y las familias de la diversidad sexual. Este diseño normativo se explica por la existencia de prejuicios y estereotipos profundamente arraigados en nuestra sociedad. Desde esta perspectiva, las expresiones heterosexuales son el patrón *normal* de comportamiento y tanto la identidad como la expresión de género *deben coincidir* con el sexo asignado al nacer.<sup>5</sup> Estas ideas se institucio-

---

3 Los actos homosexuales están criminalizados en más de 70 países. La Organización Mundial de la Salud suprimió la homosexualidad del catálogo de enfermedades hasta 1990.

4 Se utiliza el concepto *diversidad sexual* para remarcar la condición de ser diverso, para sugerir una distancia respecto de “la norma”, que es la heterosexualidad. En consecuencia, este concepto abarca las sexualidades “plurales, polimorfas y placenteras”, como la homosexualidad, el lesbianismo, la bisexualidad y lo trans (término general que engloba a diferentes identidades y expresiones de género. Se refiere a la diversidad de personas cuya identidad de género no coincide con la asignada al nacer), ya sea como identidades esencializadas o como prácticas sexuales sin carácter identitario. Se considera que la categoría de diversidad sexual es relativa y está abierta al cambio y a la inclusión de nuevas identidades de acuerdo con el momento histórico y el contexto cultural específicos. Véase Weeks, Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998.

5 La *identidad de género* es la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente, misma que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer. Incluye la vivencia personal del cuerpo, que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o funcionalidad corporal a través de tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*). En cambio, la *expresión de género* hace referencia a las manifestaciones del género de la persona. Puede incluir la forma de hablar, manierismos, modo de vestir, comportamiento personal, comportamiento o interacción social, modificaciones corporales, entre otros aspectos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América Latina*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015).

nalizaron a través del derecho y generaron discriminación, segregación y violencia hacia las personas que no se adaptan a ese patrón de conducta.<sup>6</sup>

A través de los distintos casos que ha resuelto, la Suprema Corte ha promovido el desmantelamiento de estructuras jurídicas y sociales que han perpetuado los procesos de estigmatización que han colocado en una posición de desventaja a quienes pertenecen a ese colectivo. Este esfuerzo no solamente ha logrado ampliar los marcos de protección de sus derechos, sino que también ha visibilizado la discriminación estructural a la que históricamente han sido sometidas las personas de la diversidad sexual.

Además, las decisiones de la Corte han contribuido de forma determinante a la incorporación normativa de otras realidades que no se apegan al paradigma tradicional de las uniones, las familias, la sexualidad y la identidad de género. Estas sentencias se han caracterizado por su carácter pedagógico, lo que ha permitido traducir en términos jurídicos las exigencias y demandas de igualdad e inclusión del activismo de la diversidad sexual, a fin de llevarlas a espacios que les habían sido vedados por décadas.

Muchos de estos cambios no habrían sido posibles sin la participación de la sociedad civil. Aunque la amplitud de sus exigencias ha trascendido a diversos espacios, es claro que el activismo por la diversidad sexual encontró en el litigio estratégico ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación una herramienta esencial para lograr el reconocimiento y la protección de sus derechos fundamentales.<sup>7</sup> Este cambio de paradigma tampoco podría explicarse sin las modificaciones constitucionales que introdujo la reforma de derechos humanos de 2011,<sup>8</sup> la constitucionalización del derecho de familia<sup>9</sup> y los criterios de la Suprema Corte sobre control de convencionalidad.<sup>10</sup> Estas normas constitucionales y jurisprudencia-

---

6 El promedio de esperanza de vida de una mujer trans en Latinoamérica se encuentra entre los 35.5 y los 41.2 años, mientras que la esperanza de vida general es de 75 años. Fuente: «<http://onusidalac.org/1/images/ONUSIDA-INFO-1NOV2020-MUJERES-TRANS-E.pdf>».

7 Para analizar la forma en la que se llevó a cabo el litigio estratégico en México para ampliar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo ver Méndez Díaz, Alex Alí, “Matrimonio igualitario. La visión desde el litigio”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, IJ-UNAM, México, 2017.

8 Un análisis exhaustivo de estos cambios se encuentra en Salazar Ugarte, Pedro y Carbone-ll Sánchez, Miguel, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011.

9 Véase Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra Olguín, Ana María y Espejo Yaksic, Nicolás (eds.), *La Constitucionalización del derecho de familia, perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020.

10 Los precedentes de la Suprema Corte sobre este tema se encuentran sistematizados en el Cuaderno de Jurisprudencia sobre control de convencionalidad. La publicación se encuentra dis-

denciales han proporcionado un marco legal sólido para la protección de las personas de la diversidad sexual y sus proyectos personales de vida.

Si bien la igualdad y la libertad son valores que han estado presentes desde los inicios del constitucionalismo moderno,<sup>11</sup> históricamente también han existido distintas concepciones de los mismos. La Suprema Corte ha articulado la protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual alrededor de estos dos valores: igualdad y libertad o autonomía. En otras palabras, la Corte ha analizado las diversas problemáticas planteadas a partir de dos expresiones jurídicas de esos valores: el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Desde el punto de vista de la igualdad, la pregunta central que se ha hecho la Suprema Corte es si las normas que afectan o limitan los derechos de las personas de la diversidad sexual tratan a estas personas con *igual consideración y respeto* que a otros grupos. Por su parte, desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad, la pregunta fundamental es si las normas analizadas limitan injustificadamente la libertad o autonomía de las personas de la diversidad sexual.<sup>12</sup>

En este capítulo me propongo analizar la manera en la que se ha abordado la protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual por parte de la judicatura. Para ello, comenzaré trazando algunas líneas doctrinales sobre los principios de igualdad y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. A su vez, conectaré estos argumentos con el marco normativo que regula estas cláusulas en México y con la manera en la que se han interpretado estos derechos por la Suprema Corte. En un siguiente apartado daré cuenta del marco jurídico internacional del que México forma parte sobre el que se ha basado la protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual. En primer término, haré referencia a las normas internacionales que han fundamentado la protección de estos derechos, así como a algunas resoluciones de organismos internacionales que las interpretan. Posteriormente, revisaré los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado en relación con los derechos de las minorías sexuales. Más adelante, daré cuenta de forma sistemática de todos

---

ponible en la siguiente liga: «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-09/CONTROL\\_DE\\_CONVENCIONALIDAD.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-09/CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf)».

- 11 El artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que “[l]os hombres nacen y permanecen *libres e iguales* en derechos”. En sentido similar, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establecía que “[t]odos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos”.
- 12 En sentido similar, Deborah Hellman ha señalado que la discriminación puede verse como una *violación a la igualdad* o como una *violación a la libertad*. Al respecto, véase “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical foundations of discrimination law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 53-57.

los criterios de la Suprema Corte en los que se han interpretado y desarrollado estos derechos hasta mayo de 2022. Finalmente, plantearé algunas preguntas de discusión sobre temas relacionados con estos desarrollos jurisprudenciales que es necesario seguir analizando.

## II. EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El principio de igualdad ante la ley se consagró en las primeras declaraciones de derechos humanos de finales del siglo XVIII.<sup>13</sup> De acuerdo con este postulado, la ley debe ser la misma para todos los miembros de un cuerpo político. En este sentido, la igualdad no se predica del contenido de la ley, sino de su eficacia normativa. El principio de igualdad ante la ley implica no solamente que la ley sea la misma para todos, sino que se aplique de la misma forma. En el siglo XX este principio adquirió un nuevo significado, de tal forma que se entendió que el contenido de la ley debía ser igualitario.<sup>14</sup> El entendimiento del principio de igualdad en estos términos transformó el constitucionalismo y dejó atrás la concepción legalista sobre el papel preponderante de la ley. En este contexto se entiende que la ley puede ser arbitraria y su contenido también debe ser sometido al principio de igualdad. Con posterioridad, la interpretación de este principio se ha invertido dando paso a la búsqueda de regímenes jurídicos diferenciados con el objetivo de lograr otros tipos de igualdad. Desde esta óptica se admite que la protección de determinados sujetos de derechos o el combate a determinadas violaciones de derechos requieren de una interpretación específica y diferenciada. Se trata de la búsqueda de igualdad material, que se refiere al “ideal de justicia como reconocimiento de las identidades”,<sup>15</sup> tales como género, orientación sexual, origen étnico, edad, raza, sexo, entre otros.

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación normativa se predica tanto del contenido de la ley, como de su aplicación. Además, debe entenderse en sentido prescriptivo, es decir, debe referirse a los criterios que se utilizan para asignar derechos y deberes a las personas. Por otro lado, el mandato de igualdad

---

13 Sobre la evolución del principio de igualdad sigo a Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 179-181.

14 De acuerdo con Luis María Díez-Picazo: mientras que en el primer sentido se trata de igualdad “ante la ley” o “en la aplicación de la ley”, en el segundo sentido lo decisivo es la igualdad “en la ley” o “frente al legislador”. Díez-Picazo Giménez, Luis María, *op. cit.*, p. 181.

15 Piovesan, Flávia, *op. cit.*, p. 3.

de trato solamente puede plantearse en términos de comparación. Esto es lo que se conoce como *tertium comparationis*. Por ejemplo, una norma que permite contraer matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales, pero no a las parejas del mismo sexo.<sup>16</sup>

En el ordenamiento jurídico mexicano, el principio de igualdad y el principio antidiscriminatorio se han incorporado a distintas normas generales y especiales, tanto a nivel federal como en las entidades federativas. En el ámbito constitucional, estos principios están consagrados en el último párrafo del artículo primero. Esta cláusula constitucional ha sido fundamental para la protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual, ya que ha sido utilizada por los órganos judiciales, especialmente por la Suprema Corte, en la gran mayoría de los casos en los que se han protegido los derechos de este colectivo.

Este párrafo fue incorporado a la Constitución en el año de 2001. En este precepto se establece la prohibición expresa de utilizar algunas categorías enlistadas para hacer diferenciaciones normativas injustificadas y una cláusula genérica que dispone “cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. A este tipo de categorías se les denomina *categorías sospechosas*. La redacción de este párrafo ha cambiado en dos ocasiones. En primer término, en 2006 se modificó “capacidades diferentes” por “discapacidades”. Posteriormente, el 10 de julio de 2011 se realizó una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos que sustituyó “preferencias” por “preferencias sexuales”. Quisiera hacer énfasis en que, a partir de esta última modificación, la *preferencia sexual* es un criterio de diferenciación normativa expresamente prohibido por la Constitución.

El texto que se encuentra vigente señala que: “[q]ueda prohibida toda discriminación normativa motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Esta prohibición constitucional de discriminación no implica la imposibilidad de hacer distinciones normativas, sino de que éstas sean arbitrarias o injustificadas. En ese sentido, no puede decirse que una norma es discriminatoria porque establece un trato distinto, sino que es necesario que esa distinción sea ilegítima o injustificada para que se considere que la norma viola el principio de igualdad. La labor de las personas juzgadoras en estos casos sería determinar si los criterios de diferenciación normativa son justificados o arbitrarios. En los casos relacionados

---

16 Díez-Picazo Giménez, Luis María, *op. cit.*, pp. 185-188.

con los derechos de las personas de la diversidad sexual, la Suprema Corte ha utilizado el denominado test de igualdad para determinar si una diferenciación normativa debe considerarse legítima. Esta metodología está inspirada en el escrutinio por niveles (*tiers scrutiny*) de la tradición norteamericana.<sup>17</sup>

Más específicamente, la Suprema Corte ha utilizado lo que se conoce como el test de *escrutinio estricto* para analizar si las normas que hacen distinciones con apoyo en la orientación sexual de las personas son discriminatorias. La razón por la que se utiliza un escrutinio más exigente tiene que ver con el hecho de que la orientación sexual constituye una *categoría sospechosa*. En el derecho norteamericano, las categorías sospechosas se asocian a la existencia de grupos o colectivos que *históricamente* han sido discriminados y que en la actualidad se encuentran todavía en condiciones de *desigualdad estructural* que les impiden desenvolverse plenamente en la vida social, como ocurre con las personas de la diversidad sexual.

En este tipo de casos, se entiende que hay razones para *sospechar* que el legislador democrático, al trazar distinciones con apoyo en una categoría sospechosa, no ha sopesado adecuadamente los intereses de los grupos afectados.<sup>18</sup> Si bien la utilización de categorías sospechosas no hace inconstitucionales las normas, en la práctica implica que la presunción de constitucionalidad de las normas se transforma en una presunción de inconstitucionalidad, precisamente porque se trata de una norma sobre la cual se alza una sospecha de inconstitucionalidad. Ahora bien, el principio de igualdad no proscribiera el uso de *categorías sospechosas*, lo que prohíbe es la utilización de este tipo de categorías de forma arbitraria. Por ello, las distinciones basadas en estos criterios deben tener una *justificación muy robusta* para poder superar un escrutinio estricto.<sup>19</sup>

Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho *creado* jurisprudencialmente por la Suprema Corte en 2009.<sup>20</sup> En el asunto, la Corte determinó por primera vez que este derecho está *implícito* en el artículo 1 constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos

---

17 Sobre el test de igualdad en la tradición norteamericana, véase Didier, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 81-174.

18 Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 250.

19 Zaldívar, Arturo, “Una aportación de la Suprema Corte a la construcción del derecho antidiscriminatorio en México: la doctrina constitucional sobre el matrimonio igualitario”, en VV. AA., *Por la igualdad somos mucho más que dos. 15 años de lucha contra la discriminación en México*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2018, p. 109.

20 AD 6/2008, 06 de enero de 2009.

por nuestro país, de tal manera que no hay ningún artículo constitucional que de manera explícita establezca este derecho.<sup>21</sup> En esta sentencia, la Suprema Corte resolvió que el libre desarrollo de la personalidad protege el derecho de las personas a decidir sobre su identidad sexual o de género. Así, se trata de un derecho que desde su creación estuvo vinculado a la protección de las personas de la diversidad sexual.

Como puede intuirse por su propio nombre, el derecho al libre desarrollo de la personalidad también es un “derecho de libertad”. En términos de la distinción acuñada por Isaiah Berlin, este derecho tiene al mismo tiempo una dimensión de *libertad positiva* y otra de *libertad negativa*.<sup>22</sup> En efecto, no sólo da a las personas el derecho de autogobernarse, es decir, de realizar determinadas conductas o tomar ciertas decisiones con la finalidad de materializar un plan de vida; sino que también implica un límite al poder estatal, de tal manera que las autoridades deben abstenerse de obstaculizar o impedir la realización de las conductas amparadas por este derecho.

A pesar de tratarse de un derecho de libertad, el libre desarrollo de la personalidad tiene un funcionamiento particular. Al resolver un asunto subsecuente,<sup>23</sup> la Suprema Corte explicó que cualquier conducta o decisión personal que en principio no esté protegida por alguna de las libertades clásicas (de creencias, de asociación, económica, de trabajo, etc.) puede estar *potencialmente* protegida por el libre desarrollo de la personalidad. Esto explica la razón por la que algunos autores al referirse a este derecho sostienen que brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas.<sup>24</sup> Por ello,

---

21 Como resultado de la reforma constitucional de 2008, existe una referencia expresa al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 19 constitucional, en la parte en que se establece el catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, puede mantenerse que dicha reforma constitucional no implica la consagración expresa del derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho humano.

22 En este sentido, véase Bárcena, Arturo, “Libre desarrollo de la personalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 3a. ed., Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, tomo I, 2021, p. 692.

23 AR 237/2014, 04 de noviembre de 2015. En el caso, la Suprema Corte aplicó los estándares interamericanos sobre reasignación sexo genérica establecidos en la Opinión Consultiva: Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

24 Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 63.



si bien en principio la Suprema Corte vinculó el libre desarrollo de la personalidad con la dignidad humana, más recientemente ha entendido que el fundamento de este derecho descansa más bien en la autonomía personal.<sup>25</sup>

### III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

#### 1. *Marco jurídico*

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 incorporó las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México forma parte mediante una cláusula de remisión. Al interpretar este precepto, la Suprema Corte ha determinado que no existe jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano forma parte. De acuerdo con este criterio, los derechos humanos contenidos en ambas fuentes forman una sola red de derechos que constituye el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos del ordenamiento jurídico mexicano.<sup>26</sup>

El Estado mexicano forma parte de diversos tratados internacionales que contemplan los principios de igualdad y antidiscriminatorio, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con el criterio descrito en el párra-

---

25 Al respecto, véase Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana”, en *Judicatura*, núm. 68, Montevideo, 2020, pp. 17-21.

26 SCJN, Pleno, CT 293/2011, 3 de septiembre de 2013. Este criterio se encuentra consolidado porque se ha reiterado en múltiples ocasiones, véanse AR 197/2015, CT 21/2011, AI 32/2012, CT 467/2012, ADR 1312/2014, ADR 1250/2012, Varios 1396/2011, AR 377/2014, ADR 3579/2014, AR 439/2015, AD 35/2012, AD 67/2012, AD 68/2012, AD 55/2012, ADR 3434/2013, ADR 4459/2013, ADR 6065/2014, ADR 583/2015, ADR 5239/2015, ADR 5946/2015, CT 377/2019, ADR 772/2012, AR 41/2013, ADR 2517/2013, ADR 2298/2014, ADR 5005/2014, ADR 2871/2015, AR 1238/2015, AI 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, AR 296/2016, AR 267/2016, ADR 554/2016, AI 78/2017 y su acumulada 79/2017, ADR 7516/2017, AR 619/2017, ADR 4749/2017, AR 892/2017, AR 623/2017, AI 22/2016, AR 953/2018 y AR 529/2019.

En el mismo asunto, la Suprema Corte determinó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de estos derechos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Este criterio de la Suprema Corte no resuelve los puntos de contradicción que se plantearon en este asunto, por lo que me parece que debemos considerarlo un *obiter dictum*. Sin embargo, se decidió añadirlo a este apartado porque fue incluido en una tesis de jurisprudencia derivada de este caso.

fo anterior, estas normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que deben ser utilizadas por los órganos judiciales como parámetro para analizar la validez de las normas y actos en los asuntos de su conocimiento. En relación con estos derechos, a nivel global, México ha suscrito la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>27</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>28</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.<sup>29</sup> Regionalmente, el Estado mexicano forma

---

27 La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que:

“Artículo 1.

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

Artículo 2.

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

Artículo 7.

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

28 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

29 En el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señala que: “2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de

parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>30</sup> y de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.<sup>31</sup>

---

los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

30 La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:  
“Artículo 1.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 24.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 7.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Artículo 11.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

31 Esta norma señala que:

“Artículo 1.

Para los efectos de esta Convención:

1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

2. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

3. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Además, los derechos de las personas de la diversidad sexual han sido objeto de algunos pronunciamientos importantes en el sistema universal. La Recomendación General número 18 del Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso que: “[l]a no discriminación, así como la igualdad ante la ley e igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”. Además, en el *Caso Toonem vs. Australia*, el Comité estableció que los Estados Partes están obligados a proteger a las personas contra la discriminación por orientación sexual.<sup>32</sup> Por su parte, en la Recomendación general no. 20 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo que la categoría “otra condición social” contemplada en el artículo 2 del Pacto incluye la orientación sexual. Asimismo, determinó que la cláusula que prohíbe la discriminación alcanza a la identidad de género y que los Estados Partes deben garantizar que la orientación sexual de una persona no constituya un obstáculo para el disfrute de los derechos contemplados en esta norma internacional.

## 2. *Los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En México, la Suprema Corte ha determinado que la jurisprudencia que ha dictado la Corte Interamericana en los casos contenciosos es vinculante para todas las autoridades judiciales del país, siempre que sea más favorable a la per-

---

4. No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

5. Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.

Artículo 2.

Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Artículo 3.

Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo”.

32 *Caso Toonem vs. Australia*, Human Rights Committee, Communication n. 941/2000 – CCPR/C/78/D/941/2000.

sona.<sup>33</sup> De acuerdo con este criterio, debe considerarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, los criterios de este tribunal internacional deben ser aplicados por todos los órganos judiciales del país al resolver los casos de su conocimiento.

Como ya fue señalado, de acuerdo con la Suprema Corte únicamente deben considerarse vinculantes los criterios interpretativos contenidos en las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana en los asuntos de naturaleza contenciosa.<sup>34</sup> Es decir, las resoluciones que dicte esta Corte en otros procedimientos no resultan vinculantes para los operadores jurídicos del país. Sin embargo, en la práctica no resulta extraño que en las sentencias de la Suprema Corte se adopten los estándares establecidos por la Corte Interamericana en asuntos que no son de naturaleza contenciosa.<sup>35</sup> Por ello, en las siguientes líneas daré cuenta de todas

---

33 SCJN, Pleno, CT 293/2011, 03 de septiembre de 2013. En un primer momento, la Suprema Corte determinó que eran obligatorios los criterios de la Corte Interamericana para las autoridades judiciales únicamente cuando el Estado mexicano formara parte en el litigio (SCJN, Pleno, Varios 912/2010, 14 de julio de 2011). Este criterio fue modificado en la contradicción de tesis citada anteriormente.

De acuerdo con la CT 293/2011, el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

Este criterio ha sido reiterado en múltiples ocasiones. Véanse CT 21/2011, AI 32/2012, CT 467/2012, ADR 1312/2014, ADR 1250/2012, Varios 1396/2011, AR 377/2014, ADR 3579/2014, AR 439/2015, AD 35/2012, AD 67/2012, AD 68/2012, AD 55/2012, ADR 3434/2013, ADR 4459/2013, ADR 6065/2014, ADR 583/2015, ADR 5239/2015, ADR 5946/2015, CT 377/2019, ADR 772/2012, AR 41/2013, ADR 2517/2013, ADR 2298/2014, ADR 5005/2014, ADR 2871/2015, AR 1238/2015, AI 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, AR 296/2016, AR 267/2016, ADR 554/2016, AI 78/2017 y su acumulada 79/2017, ADR 7516/2017, AR 619/2017, ADR 4749/2017, AR 892/2017, AR 623/2017, AI 22/2016, AR 953/2018 y AR 529/2019.

34 SCJN, Pleno, CT 293/2011, 03 de septiembre de 2013.

35 A manera de ejemplo véase AR 1317/2017, 17 de octubre de 2018.

Respecto al valor jurídico de las opiniones consultivas, en un primer momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que sus opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa (Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte —artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 51). Más adelante, la Corte estableció que, de acuerdo con el derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención

las resoluciones en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los derechos de las personas de la diversidad sexual, independientemente de si se trata de asuntos de naturaleza contenciosa o de otro tipo de procedimientos.

Existen pocos pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre este tema. Sin embargo, sus criterios han impulsado el reconocimiento y la protección de derechos, libertades y beneficios para quienes históricamente han sido sujetos de opresión y discriminación por su orientación sexual o identidad de género. La primera ocasión en la que este tribunal internacional se pronunció en un asunto contencioso sobre los derechos de las personas de la diversidad sexual fue en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*.<sup>36</sup> En los hechos que dieron origen al caso, la Corte Suprema de Justicia de Chile otorgó la custodia al padre de las tres hijas de Karen Atala al considerar que ésta no debía mantener la custodia por convivir con una persona de su mismo sexo después de su divorcio. Al conocer del asunto, la Corte Interamericana condenó al Estado de Chile por violar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo debido a su orientación sexual.

La Corte Interamericana dispuso que los criterios específicos de diferenciación normativa expresamente prohibidos establecidos en el artículo 1, apartado 1, de la Convención son enunciativos. La cláusula genérica que señala “cualquier otra condición social” debe ser interpretada desde la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo. La orientación sexual y la identidad de género de las personas deben considerarse categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas.<sup>37</sup>

---

Americana sobre Derechos Humanos, dicho instrumento obliga a todos sus órganos. Por tal razón, la Corte estimó necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, esto es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31).

36 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

37 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 85 y 91. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*.

Adicionalmente, la Corte Interamericana determinó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual incluye la condición de ser homosexual, su expresión, las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas, así como las conductas en el ejercicio de la homosexualidad.<sup>38</sup> Debido a que la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y familiar para conservar la custodia de sus hijas. Esta exigencia implicaba utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera que las mujeres privilegien la crianza de niños y niñas<sup>39</sup> y renuncien a un aspecto esencial de su identidad. Además, no se probó que el hecho de que la madre fuera pareja de una persona de su mismo sexo haya perjudicado a sus hijas de alguna forma. En este precedente, la Corte argumentó que las personas juzgadoras no pueden tomar en consideración la orientación sexual como elemento para decidir la tuición o custodia de niñas y niños,<sup>40</sup> ni tampoco como fundamento para llevar un proceso disciplinario por el correcto desempeño de la labor profesional de una persona.<sup>41</sup>

Por otro lado, en este caso el tribunal interamericano determinó que para comprobar que una diferenciación de trato se empleó en una decisión no es necesario que la totalidad de la determinación esté basada “fundamental y únicamente” en

---

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 118; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 84; Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 300; y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 90.

38 En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 119 y Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 82.

39 En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 297.

40 En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 301.

41 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 110, 133, 139-140 y 221.

la orientación sexual de una persona. Basta con acreditar que para adoptar la decisión explícita o implícitamente se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual.<sup>42</sup> Además, el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar que una diferencia de trato por orientación sexual está justificada y su fundamentación está libre de estereotipos.<sup>43</sup>

Es importante destacar dos argumentos que la Corte Interamericana realizó en este asunto para proteger los derechos de las personas de la diversidad sexual. En primer lugar, la Corte consideró que en la Convención Americana no se encuentra identificado un concepto cerrado de familia y tampoco se protege un modelo “tradicional” de la misma.<sup>44</sup> Además, el tribunal indicó que la falta de consenso al interior de los Estados sobre el respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales no es un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas personas han sufrido.<sup>45</sup>

En otro asunto, la Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho a la seguridad social en relación con la diversidad sexual. El caso tuvo origen en la negativa del Estado Colombiano de otorgar una pensión de sobrevivencia al señor Duque en atención al fallecimiento de su pareja del mismo sexo.<sup>46</sup> La Corte Interamericana resolvió que la existencia de una normatividad interna que no permite

---

42 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 94. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 300.

43 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 125. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 125.

44 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142.

45 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 123; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 124; y Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 83.

46 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.



el pago de pensiones a parejas del mismo sexo es una diferencia de trato que vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación.<sup>47</sup> De acuerdo con el tribunal, una diferencia de trato es discriminatoria cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Adicionalmente, cuando una diferencia de trato se basa en una de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, la restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa. En este sentido, las razones estatales para realizar la distinción deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.<sup>48</sup>

Adicionalmente, el tribunal internacional indicó que el Estado de Colombia no violó el artículo 8.1 de la Convención porque no encontró elementos que permitieran considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos vinculados con la orientación sexual del señor Duque.<sup>49</sup> La Corte llegó a este razonamiento en aplicación del criterio que indica que una violación al precepto mencionado por la falta de imparcialidad judicial de las personas juzgadoras debe probarse mediante elementos específicos y concretos que demuestren que se está ante un caso en que dichas personas claramente han sido influenciadas por aspectos o criterios ajenos a las normas legales.

En relación con la autopercepción y el reconocimiento social, el tribunal interamericano conoció de un caso<sup>50</sup> en el que se determinó la responsabilidad del Estado de Ecuador por la separación de Homero Flor Freire de la base militar terrestre ecuatoriana. Esta medida tuvo como fundamento una norma militar que sancionaba con separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo. El señor Flor Freire había negado la ocurrencia del acto sexual y había afirmado que no se identificaba como homosexual. Este caso es relevante porque la Corte Interamericana precisó que la orientación sexual de una persona depende de la forma en la que ésta se auto identifique. Sin embargo, era necesario dilucidar si había existido discriminación en el proceso de separación de las fuerzas armadas por causa de una orientación sexual diversa, fuera ésta real o percibida. Así,

---

47 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 125.

48 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 106. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 125.

49 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 165.

50 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

el tribunal resolvió que se vulneró el artículo 1.1 de la Convención Americana, ya que la discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades de la persona objeto de discriminación, independientemente de si ésta se auto identifica o no con una determinada orientación sexual.<sup>51</sup>

Asimismo, la Corte Interamericana consideró vulnerada la garantía de imparcialidad del artículo 8.1 porque un superior jerárquico actuó y adoptó decisiones previamente y fuera de un procedimiento disciplinario por hechos relacionados con la presunta orientación sexual del señor Flor Freire, pues posteriormente le correspondería juzgar dichos hechos en el marco del procedimiento respectivo.<sup>52</sup>

Tiempo después, la Corte Interamericana extendió y desarrolló su interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Convención en relación con la cláusula general sobre protección a “otras condiciones sociales”. En una opinión consultiva planteada por la República de Costa Rica sobre las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo,<sup>53</sup> se determinó que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. En consecuencia, está prohibida cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en alguna de estas categorías.<sup>54</sup>

- 
- 51 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrs. 103, 118 y 120. En el mismo sentido: Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 79 y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 93.
- 52 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 180.
- 53 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- 54 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de

De acuerdo con el tribunal, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado con base en una de las categorías protegidas, se debe aplicar un escrutinio estricto que incorpore elementos exigentes en el análisis. Es decir, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Por ello, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención Americana sino, además, imperioso. Asimismo, el medio escogido debe ser adecuado, efectivamente conducente y también necesario o no reemplazable por un medio alternativo menos lesivo. En este análisis debe incluirse un juicio de proporcionalidad en sentido estricto para revisar si los beneficios de adoptar la medida enjuiciada son claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados por ésta.<sup>55</sup>

Respecto a la protección convencional de las uniones entre parejas del mismo sexo, la Corte estableció que la Convención Americana protege el vínculo familiar derivado de estas relaciones. Esta prerrogativa se deriva de los derechos a la protección de la vida privada y familiar, y a la protección de la familia, contenidos en los artículos 11.2 y 17. Además, todos los derechos patrimoniales que surjan del vínculo familiar entre personas del mismo sexo son objeto de protección de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación regulado en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Es relevante mencionar que, de acuerdo con este precedente, el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja del mismo sexo debe trascender las cuestiones vinculadas a los derechos patrimoniales y proyectarse a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y a los derechos y obligaciones contemplados en el derecho interno que nazcan de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.<sup>56</sup>

---

2017. Serie A No. 24, párr. 78. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 90.

55 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 81. Igualmente, la Corte hace referencia a lo relativo de este análisis en Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

56 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención

Con referencia a los mecanismos estatales de protección de estos derechos, la Corte Interamericana ha determinado que los Estados deben garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso a todas las instituciones existentes en el derecho interno para asegurar la protección de todos los derechos de estas familias. Para lograr este objetivo, podría ser necesaria la modificación de las instituciones existentes a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas para ampliarlas a las parejas del mismo sexo. De acuerdo con este tribunal internacional, los Estados que tengan dificultades para adecuar sus instituciones, transitoriamente y en tanto de buena fe impulsen estas modificaciones, tienen el deber de garantizar a las parejas del mismo sexo igualdad y paridad de derechos respecto de las parejas heterosexuales sin discriminación alguna.<sup>57</sup>

En relación con los derechos a la personalidad jurídica y al nombre, la Corte declaró en esta opinión consultiva son derechos protegidos convencionalmente el cambio de nombre, la adecuación de la imagen y la rectificación a la mención del sexo o género en registros y documentos de identidad para que estos sean acordes a la identidad de género autopercibida. Esta protección se encuentra en las disposiciones de la Convención Americana sobre el derecho al nombre, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y el derecho a la vida privada. Por ello, los Estados están obligados a reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para garantizar estos derechos.<sup>58</sup>

Adicionalmente, la Corte estableció que estos procedimientos de reconocimiento de identidad de género deben estar regulados con ciertas características mínimas y que se debe evitar que se violen derechos de terceras personas. Sobre el segundo de estos puntos, si bien los efectos de estos procedimientos son oponibles a terceros, los cambios, adecuaciones o rectificaciones de acuerdo con la identidad de género no deben alterar la titularidad de los derechos y de las obligaciones jurídicas. Los procedimientos de reasignación sexo-genérica, independientemente de

---

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 198-199.

57 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 228.

58 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 116.

si son jurisdiccionales o administrativos, deben reunir las siguientes características: a) estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género autopercibida. Esto es, deben permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica y rectificar el registro del género o sexo en los documentos de identidad y en los registros correspondientes que sean relevantes para que las personas interesadas ejerzan sus derechos; b) estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante, por lo que no es posible exigir requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) ser confidenciales. Por ello, los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de identidad de género; d) ser expeditos y tender a la gratuidad; y e) prohibir la solicitud de la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.<sup>59</sup>

A su vez, el tribunal interamericano enfatizó que también son aplicables a niños y niñas sus consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género respecto a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de imagen y rectificación de la referencia al sexo o género en registros y documentos de identidad. No obstante, este derecho debe ser analizado conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de acuerdo con el artículo 19 de la Convención. En ese sentido, estas medidas deben diseñarse en concordancia con los principios de interés superior del niño y de la niña, de no discriminación y de autonomía progresiva; así como con sus derechos a ser escuchados, a que se tomen en cuenta sus opiniones, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Por ello, cualquier restricción al ejercicio pleno del derecho a la reasignación sexo-genérica establecida en disposiciones que tengan como finalidad la protección de niñas y niños sólo podrá justificarse conforme a los principios señalados y esta restricción no deberá resultar desproporcionada.<sup>60</sup>

Además de las consideraciones anteriores, la Corte Interamericana desarrolló el contenido del derecho a la identidad de género. Al respecto determinó que el

---

59 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párrs. 117, 119, 121, 127, 130-133, 135, 142, 144, 146 y 160.

60 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párrs. 149 y 154.

derecho a la identidad se desprende de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada. Además, se encuentra vinculado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona. La Corte ha definido la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. Según esta definición, el sexo, el género, las identidades, funciones y atributos construidos socialmente por las diferencias biológicas son rasgos que descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida vinculada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. En este sentido, los Estados deben garantizar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género vivan y se desarrollen con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. Además, el reconocimiento estatal de la identidad de género garantiza el pleno goce de otros derechos tales como la salud, la educación, el empleo, la vivienda, la libertad de expresión, el derecho de asociación y la protección contra la violencia, la tortura y los malos tratos.<sup>61</sup>

Es importante mencionar que la Corte Interamericana tangencialmente hace referencia a un listado de derechos, beneficios y responsabilidades de las que las parejas del mismo sexo podrían ser titulares si se reconocen sus vínculos familiares. En la resolución se señalan los siguientes ejemplos: impuestos, herencias, derechos de propiedad, reglas de sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, decisiones médicas, derechos y beneficios de sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras electorales, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de hijas e hijos.<sup>62</sup>

Posteriormente, la Corte Interamericana conoció de un caso en el que se determinó la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la separación arbitraria de una familia. Este asunto se analizó la violación a la prohibición

---

61 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 101.

62 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 197.

convencional de discriminación en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar y su familia.<sup>63</sup> Las autoridades del Estado condenado descartaron la posibilidad de que el cuidado de los hermanos Ramírez se transfiriera a la abuela materna por su orientación sexual. El tribunal interamericano determinó que existió discriminación porque la orientación sexual de la abuela se tomó en cuenta de manera explícita para adoptar la decisión de declarar a los niños en estado de abandono y separarlos de su familia biológica.<sup>64</sup>

Más recientemente, la Corte Interamericana conoció de un asunto<sup>65</sup> en el que se planteó la presunta responsabilidad internacional del Estado de Perú por la detención ilegal de Azul Rojas Marín. La detención se basó en su orientación sexual o expresión de género. El tribunal determinó que el Estado violó los derechos de la víctima a la libertad personal, a la vida privada, a no ser sometida a tortura, así como a las garantías judiciales y de protección judicial. Además, se resolvió que la violencia contra las personas de la diversidad sexual tiene una fuerte finalidad simbólica en tanto la víctima es elegida con el objeto de comunicar un mensaje de exclusión o subordinación. La discriminación puede tener como motivo una percepción, la cual puede estar influenciada por el modo de vestir, por manierismos, o por una forma de comportarse que no corresponde a las normas tradicionales o a los estereotipos de género establecidos. Así, el tribunal interamericano consideró que la discriminación era un tema transversal a las demás violaciones alegadas y, por ende, debía tomar en cuenta esta situación a lo largo del análisis del asunto.<sup>66</sup>

Finalmente, es indispensable mencionar que en materia de reparaciones, cuando se trata de la violación a derechos de las personas de la diversidad sexual, el tribunal interamericano ha decretado medidas como: a) restitución;<sup>67</sup> b) obligación de investigar e imponer consecuencias legales a responsables;<sup>68</sup> c) asistencia

---

63 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

64 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párrs. 301-302.

65 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

66 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 93-95.

67 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 199 y Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrs. 227-229.

68 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 229.

médica y psicológica a las víctimas;<sup>69</sup> d) publicación de la sentencia;<sup>70</sup> e) acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional;<sup>71</sup> f) capacitación a funcionarios públicos en temas de protección de derechos y superación de estereotipos de género respecto a la comunidad LGBTI;<sup>72</sup> g) adopción de un protocolo sobre investigación y administración de justicia en casos de violencia contra las personas LGBTI, implementación de un sistema de recopilación y producción de estadística de violencia contra personas LGBTI y eliminación de un indicador de “erradicación de homosexuales y travestis” de planes de seguridad;<sup>73</sup> h) ejercicio de control de convencionalidad;<sup>74</sup> i) indemnización compensatoria;<sup>75</sup> y j) costas y gastos.<sup>76</sup>

---

69 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 254 y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 236.

70 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 259; Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 203; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 231; y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 231.

71 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 263 y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 233.

72 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 271-272; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrs. 238-239; y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 248-249.

73 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 242-244, 252 y 255.

74 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 284 y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 269.

75 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 299; Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 221; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrs. 252 y 258; y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 260 y 267.

76 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 306; Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*.



#### IV. LOS PRECEDENTES DE LA SUPREMA CORTE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

Como se mencionó al inicio de este capítulo, los desarrollos jurisprudenciales de la Suprema Corte sobre diversidad sexual se han fundamentado, principalmente, en el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, así como en el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrados en el artículo primero constitucional. Además, la Corte ha sustentado estos criterios en el mandato constitucional de protección a la familia; el derecho a la seguridad social; el principio del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes; el derecho a la identidad; el derecho a la intimidad; el derecho a la salud; el derecho a decidir; la libertad de expresión e información; y el derecho a la participación en los asuntos públicos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido un actor fundamental en la conquista de los derechos de las personas de la diversidad sexual. A través de sus sentencias, la Corte ha impulsado el cambio social para que este colectivo de personas que han sido excluidas y discriminadas históricamente tengan los mismos derechos que todas las demás personas a que se protejan sus proyectos personales de vida.

En los siguientes párrafos se describen de manera general los criterios que ha emitido la Suprema Corte sobre los derechos de las personas de la diversidad sexual durante la novena, décima y undécima épocas del *Semanario Judicial de la Federación*, hasta mayo de 2022.<sup>77</sup> En primer lugar, se hace referencia a los casos en los que se ha estudiado el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo a través del matrimonio y el concubinato. A su vez, se expone un asunto en

---

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 227; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 264; y Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 276.

77 Estos criterios se encuentran sistematizados ampliamente en Martínez Verástegui, Alejandra y Gómez Avilez, Haydeé, *Cuaderno de jurisprudencia. Los derechos de la diversidad sexual*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020. Disponible en: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-07/Diversidad%20sexual-Version%20Final%209%20de%20julio.pdf>».

Un análisis académico desde distintas disciplinas sobre estos criterios y sus implicaciones sociales se encuentra en VV. AA., *Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, Alejandra Martínez Verástegui (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, , noviembre de 2021.

el que se revisa el trato desigual que establecía la legislación del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) entre conviviente, cónyuge y concubino en lo relativo a su derecho a recibir alimentos. Además, se hace referencia a la declaratoria general de inconstitucionalidad que resolvió la Corte en enero de 2020 sobre la inconstitucionalidad de un artículo del Código Civil para el Estado de Nuevo León que regulaba el matrimonio y que negaba el acceso a esta institución jurídica a parejas del mismo sexo.

Posteriormente, se analizan los casos en los que se ha declarado la inconstitucionalidad de normas que impiden el acceso a los beneficios de seguridad social a las parejas del mismo sexo. Más adelante se revisan asuntos sobre filiación en familias homoparentales. En este apartado se exponen precedentes sobre adopción, reconocimiento de hijos y filiación derivada de métodos de reproducción asistida, en específico sobre la gestación subrogada y la inseminación artificial heteróloga.

Asimismo, se exponen los asuntos en los que se ha planteado a la Corte si las normas educativas que establecen cláusulas de prohibición de discriminación por preferencia sexual vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas.

Posteriormente, se revisa un precedente sobre libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas. A su vez, se da cuenta de un asunto en el que se declaró que durante un proceso legislativo de un Congreso estatal se violaron los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y a la libertad de información de integrantes o familiares de la comunidad LGTBTTTIQ. En relación con los derechos de las personas trans, se exponen varios asuntos en los que la Corte ha establecido lineamientos para la adecuación de los documentos de identidad de acuerdo con la identidad de género autopercebida.

Finalmente, se expone un caso en el que se cuestiona la constitucionalidad de una norma que sanciona penalmente a quien decide voluntariamente interrumpir su embarazo. La sentencia es relevante para este documento porque la Corte determinó que los efectos de la resolución comprenden a las mujeres y a las personas con capacidad de gestar, como los hombres transgénero y las personas no binarias. Además, se presenta un asunto en el que se determinó la forma en la que debe regularse el derecho a la objeción de conciencia para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las personas con capacidad de gestar y las personas de la diversidad sexual y de género.

## *1. Uniones entre personas del mismo sexo*

La primera ocasión en la que la Suprema Corte se pronunció sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo fue mediante un mecanismo de control abs-

tracto: la acción de inconstitucionalidad.<sup>78</sup> En este asunto, la Corte estudió si es *legítimo* que las legislaturas de los estados amplíen el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo o si hacerlo sería contrario a alguna norma constitucional. En específico, se pronunció sobre si los matrimonios entre personas del mismo sexo son compatibles con la Constitución y si permitirlos contraviene el concepto de familia contemplado en la norma fundamental. Al respecto, la Corte resolvió que la Constitución no protege un modelo ideal de familia, sino a la familia como *realidad social*, sea cual sea la forma en la que ésta se constituya, por lo que las legislaturas locales están facultadas para extender el matrimonio a parejas del mismo sexo.<sup>79</sup>

Posteriormente, la Corte conoció del tema a través de distintos amparos y acciones de inconstitucionalidad en los que se impugnaron normas que excluían de la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo.<sup>80</sup> Estos preceptos regulaban el matrimonio únicamente para uniones entre un hombre y una mujer y, en algunos casos, condicionaban el acceso a esta institución al cumplimiento de fines específicos como la procreación. En estos asuntos, se establecieron criterios claros en el sentido de que la Constitución *exige* que las parejas del mismo sexo tengan acceso al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, por lo que se declararon inconstitucionales estas normas por considerarlas discriminatorias.

La Suprema Corte abordó estos casos desde dos perspectivas: el derecho a la igualdad y no discriminación<sup>81</sup> y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.<sup>82</sup> A partir de un análisis de igualdad, determinó de manera clara y reiterada que son inconstitucionales las normas que definen al matrimonio como la unión

---

78 AI 2/2010, 16 de agosto de 2010.

79 Es interesante señalar que estas reformas también fueron impugnadas a través de controversias constitucionales por los Estados de Morelos, Guanajuato, Tlaxcala, Sonora, Baja California y Jalisco (controversias constitucionales 6/2010, 7/2010, 9/2010, 12/2010, 13/2010 y 14/2010). El principal reclamo de estas Entidades Federativas era que la regulación del matrimonio igualitario en el Distrito Federal constituía una intromisión a su facultad de decidir sobre los asuntos civiles, ya que estarían obligados a reconocer estas uniones. La Suprema Corte no se pronunció sobre el fondo en estos asuntos por considerar que los actores carecían de interés legítimo para promover las controversias.

80 AR 457/2012, AR 591/2014, AR 704/2014, AR 567/2012, AR 615/2013, AR 122/2014, AR 155/2015, AI 28/2015, AR 1184/2015 y AI 32/2016.

81 La sentencia que sienta las bases del estudio de los casos a partir del principio de igualdad y no discriminación es el AR 581/2012 de 5 de diciembre de 2012.

82 La única sentencia que estudia el caso a partir del principio del libre desarrollo de la personalidad es la AI 28/2015, de 26 de enero de 2016. El resto de las sentencias que abordan el problema desde el libre desarrollo de la personalidad también lo hacen desde el derecho a la igualdad.

entre un hombre y una mujer y que tienen finalidades específicas que no todos los tipos de parejas pueden cumplir. De acuerdo con este criterio, estas normas se apoyan en una distinción basada en la categoría sospechosa de preferencia u orientación sexual.<sup>83</sup> Esta distinción no está directa ni indirectamente vinculada con la única finalidad que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional: la protección de la familia como *realidad social*, por lo que estas normas no superan un escrutinio estricto de igualdad. Además, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación, ya que se priva a estas parejas de los beneficios expresivos del matrimonio y se les excluye de los beneficios materiales,<sup>84</sup> lo que implica tratarlos como ciudadanos de segunda clase.

Desde la perspectiva de la autonomía, se determinó que las normas que excluyen a las parejas homoafectivas de la institución del matrimonio vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho implica la posibilidad de elegir cómo vivir de forma libre y autónoma. Esto comprende, entre otras expresiones, la libertad de elegir la preferencia u orientación sexual. En ese sentido, el Estado está obligado a garantizar la libertad de cada individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, independientemente de su sexo.

---

83 La Suprema Corte hace referencia a la preferencia sexual y no a la orientación sexual en la mayoría de sus sentencias, ya que es el concepto contemplado en la Constitución como categoría sospechosa. las personas der quen s estCorte Interamericana de Derechos Humanoscidad sexualento De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el término correcto es orientación sexual. La orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una atracción erótica afectiva por otras personas de un género diferente al suyo o de su mismo género o de más de un género o de una identidad de género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con dichas personas. Por su parte, la preferencia sexual incluye una gama de actividades y prácticas sexuales muy amplias que no tienen que ver con la diversidad sexual. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales, México, 2016, pp. 27 y 28, disponible en [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/Glosario\\_TDSyG\\_WEB.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf)

Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Investigación sobre la atención de personas LGBT en México, México, 2015, p. 283, disponible en <http://www.ceav.gob.mx/wp-content/uploads/2016/06/Investigaci%C3%83%C2%B3n-LGBT-Documento-Completo.pdf>

84 En el AR 581/2012, de 5 de diciembre de 2012 se elaboró una lista de algunos de los beneficios materiales y expresivos a los que se tiene acceso únicamente a través del matrimonio. Estos beneficios se clasificaron en: *a*) beneficios fiscales; *b*) beneficios de solidaridad; *c*) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; *d*) beneficios de propiedad; *e*) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y *f*) beneficios migratorios. Este criterio ha sido reiterado en AR 457/2012, AR 567/2012, AR 152/2013, AR 615/2013, AR 122/2014, AR 263/2014, AR 591/2014, AR 735/2014, AR 704/2014, AR 483/2014, AR 581/2015, AR 155/2015, AR 411/2015, AR 713/2015, AR 420/2015, AR 376/2015, AR 48/2016, AR 706/2015, AR 1184/2015, AR 207/2016, AR 582/2016, AR 1266/2015, AR 630/2016, AI 29/2016 y AI 29/2018.

En relación con la forma en la que debe repararse la discriminación normativa en estos casos existe una evolución en los criterios de la Corte. En primer término,<sup>85</sup> se resolvió que la manera más efectiva de reparar la discriminación consistía, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa en la que se establecía como finalidad del matrimonio la perpetuación de la especie. Por otro lado, se debía realizar una interpretación conforme de las expresiones que definían al matrimonio como la unión de *un solo hombre y una sola mujer*, para entender que se trata de un acuerdo de voluntades celebrado entre dos personas. En un segundo momento,<sup>86</sup> la Corte determinó que la única forma de reparar la discriminación es la declaración de inconstitucionalidad de estas normas, ya que no solamente se debe garantizar el acceso al matrimonio, sino suprimir el estado de discriminación generado por el mensaje transmitido por la norma.

La Suprema Corte fue desarrollando su doctrina en asuntos en los que se examinaba la constitucionalidad de normas estatales sobre matrimonio que excluían a las uniones homoafectivas. Así, la Corte estableció un criterio en el que sostuvo que se pueden combatir estas normas sin necesidad de acreditar un acto de aplicación,<sup>87</sup> ya que estos preceptos generan una afectación expresiva de estigmatización por discriminación que otorga interés legítimo a las partes para impugnarlos sin que les sean aplicados.

A su vez, se planteó ante la Corte el tema de si es constitucional regular las uniones entre parejas del mismo sexo a través de figuras distintas al matrimonio, como los enlaces conyugales.<sup>88</sup> En el asunto, el máximo tribunal resolvió que

---

85 AR 581/2012, 5 de diciembre de 2012. Este criterio ha sido reiterado en los AR 457/2012 y AR 567/2012, ambos de 5 de diciembre de 2012.

86 AR 152/2013, 23 de abril de 2014. Este criterio ha sido reiterado en AR 615/2013, AR 122/2014, AR 263/2014, AR 591/2014, AR 735/2014, AR 704/2014, AR 483/2014, AR 581/2015, AR 155/2015, AR 411/2015, AR 713/2015, AR 420/2015, AR 376/2015, AR 48/2016, AR 706/2015, AR 1184/2015, AR 207/2016, AR 582/2016, AR 1266/2015, AR 630/2016, AI 29/2016 y AI 29/2018.

87 AR 152/2013, 23 de abril de 2014. Este criterio ha sido reiterado en AR 581/2012, AR 615/2013, AR 122/2014, AR 263/2014, AR 591/2014, AR 735/2014, AR 704/2014, AR 483/2014, AR 823/2014, AR 581/2015, AR 411/2015, AR 713/2015, AR 420/2015, AR 376/2015, AR 48/2016, AR 1184/2015, AR 207/2016, AR 1266/2015, AR 630/2016, AR 706/2015, AR 582/2016 y AI 29/2018.

88 La Suprema Corte adelantó este criterio como *obiter dicta* en el AR 581/2012, 5 de diciembre de 2012. Posteriormente, el problema se planteó a propósito de una reforma al Código Civil del Estado de Colima en la que se creaban los “enlaces conyugales” con el fin de regular las uniones entre personas del mismo sexo. La Corte utilizó este criterio para resolver el asunto, por lo que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia. AR 615/2013, de 4 de junio de 2014. Este criterio ha sido reiterado en AI 2/2010, AR 581/2012, AR 152/2013, AR 735/2014, AR 704/2014, AR 823/2014, AR 122/2014, AR 591/2014, AR 581/2015, AR 411/2015 y AR 376/2015.

estas figuras no reparan los efectos discriminatorios que se producen cuando se niega el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Por el contrario, con este tipo de regulaciones se establece un régimen jurídico diferenciado, basado en las preferencias sexuales, que evoca a la doctrina *separados pero iguales* que se estableció a finales del siglo XIX en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial. De acuerdo con la Corte, estas regulaciones no pueden ser aceptadas porque contribuyen a perpetuar la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las parejas heterosexuales, lo que abonaría a perpetuar la discriminación estructural a la que históricamente han sido sometidas.

En algunos de los casos sobre matrimonio igualitario se planteó a este Tribunal Constitucional la posibilidad de que los jueces decretaran las medidas de reparación contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como indemnizaciones, medidas de satisfacción o garantías de no repetición. Ante este planteamiento, la Corte determinó que esto no es posible porque el tipo de medidas de reparación no pecuniaria (satisfacción y no repetición) que ha desarrollado la Corte Interamericana son excepcionales y, en su gran mayoría, pretenden responder a graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Además, los procesos que se llevan a cabo ante este tribunal internacional tienen como objetivo primordial dilucidar si los Estados han incurrido en responsabilidad internacional por incumplir las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, las sentencias utilizan explícita o implícitamente el esquema conceptual de los juicios de atribución de responsabilidad. De acuerdo con la Suprema Corte, lo que determina la Corte Interamericana es la responsabilidad del Estado en su conjunto, por lo que sus pronunciamientos no reparan en distribución de poderes o facultades, ni en la diferenciación de órdenes de gobierno.

Sin embargo, la Corte determinó que existen algunas medidas en la Ley de Amparo que pueden reinterpretarse para dar cabida a las medidas no pecuniarias de reparación, como el régimen de responsabilidades administrativas y penales en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo y de repetición del acto reclamado. A su vez, estableció que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas discriminatorias y su consecuente desaplicación constituye, en sí misma, una medida de satisfacción que repara la violación de los derechos.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> AR 706/2015, 01 de junio de 2016. Este criterio ha sido reiterado en AR 48/2016, AR 207/2016, AR 582/2016, AR 1266/2015, AR 568/2016, AR 1068/2016, AR 482/2016, AR 1052/2016 y AR 377/2017.

Por último, en relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo es importante señalar que la Suprema Corte admitió a trámite una Declaratoria General de Inconstitucionalidad<sup>90</sup> debido a que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito había integrado jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad del artículo 147 del Código Civil para el Estado de Nuevo León. Esta norma definía al matrimonio como “la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente”. Antes de resolver esta Declaratoria, el Pleno falló una acción de inconstitucionalidad en la que declaró la invalidez de este precepto en las porciones normativas “un solo hombre y una sola mujer” y “perpetuar la especie”.<sup>91</sup> Por esa razón, la Corte declaró sin materia la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, ya que la norma impugnada fue expulsada previamente del ordenamiento mediante la acción de inconstitucionalidad y no era posible realizar una nueva declaración con efectos generales porque el precepto ya no formaba parte del ordenamiento jurídico.

La Suprema Corte ha extendido algunos de los criterios descritos anteriormente para dar acceso al concubinato a parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales y con ello garantizarles los derechos derivados de esta institución jurídica.<sup>92</sup>

Otro problema relacionado con las uniones entre parejas del mismo sexo se presentó en el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México) por una pareja conformada por dos hombres que estaban unidos en sociedad de convivencia. Esta pareja se disolvió y uno de los exconvivientes demandó el pago de pensión alimenticia por haberse dedicado a las labores del hogar. La norma impugnada establecía un plazo más corto para otorgar y recibir alimentos que el contemplado para el matrimonio y el concubinato. Este caso es relevante porque la figura de la sociedad de convivencia fue creada por el legislador local para proteger los hogares constituidos por parejas del mismo sexo. Además, aunque las parejas heterosexuales podían unirse a través de esta figura, durante mucho tiempo la sociedad de convivencia era la única institución jurídica a la que las parejas homoafectivas podían tener acceso para regular sus uniones.<sup>93</sup>

La Suprema Corte resolvió que no existe una finalidad objetiva y constitucionalmente válida que permita al legislador establecer un trato desigual entre conviviente, cónyuge y concubino al regular el derecho a recibir alimentos. Por ello, se

---

90 DGI 3/2017, 09 de enero de 2020.

91 AI 29/2018, 19 de febrero de 2019.

92 AR 1127/2015, 17 de febrero de 2016.

93 AD 19/2014, 03 de septiembre de 2014.

declaró que esta regulación vulneraba el derecho a la igualdad y tenía un mayor impacto y repercusiones más graves para las familias homoafectivas. De acuerdo con este criterio, aunque la norma estaba formulada en términos neutrales, tenía un impacto discriminatorio desproporcionado para las parejas del mismo sexo, ya que existían datos estadísticos que demostraban que estas parejas eran las que preponderantemente optaban por suscribir una sociedad de convivencia.<sup>94</sup>

## *2. El derecho a la seguridad social derivado de la unión entre personas del mismo sexo*

El derecho a la seguridad social ha sido motivo de varios pronunciamientos por parte de la Suprema Corte en los que se ha cuestionado la constitucionalidad de normas que limitan el acceso a este derecho a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, la Corte ha consolidado el criterio que establece que negar los beneficios expresivos y materiales que tienen las parejas heterosexuales a los homosexuales cuando se vinculan en relaciones estables de pareja, implica tratarlos como ciudadanos de segunda clase.<sup>95</sup>

En estos casos se declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que permiten únicamente a las parejas heterosexuales el acceso al seguro de enfermedades y maternidad, así como a la pensión por viudez.<sup>96</sup> En las resoluciones se ha determinado que, aunque estas normas utilizan un lenguaje aparentemente neutral, están referidas a un modelo de familia que necesariamente tiene que estar integrado por personas del sexo opuesto, por lo que se trata de medidas discriminatorias. En cuanto a la forma más efectiva para reparar la discriminación normativa en estos casos, en un primer momento se determinó que debía realizarse una interpretación conforme de estas normas de tal forma que se garantizara el acceso a estos derechos con independencia de si se trataba de uniones conformadas por personas de distinto o del mismo sexo.<sup>97</sup> Posteriormente, se modificó esta interpretación para establecer que debía declararse la inconstitucionalidad de estas normas porque, además de garantizarse el acceso a las prestaciones de seguridad social, debía

---

94 En la sentencia se presentan datos de las autoridades del Distrito Federal en los que se muestra que de cada 10 sociedades de convivencias, 9 estaban constituidas por parejas del mismo sexo.

95 AR 581/2012, 05 de diciembre de 2012. La resolución enlista estas prerrogativas agrupándolas en: *a*) beneficios fiscales; *b*) beneficios de solidaridad; *c*) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; *d*) beneficios de propiedad; *e*) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y *f*) beneficios migratorios. Este criterio ha sido reiterado en asuntos subsecuentes.

96 AR 485/2013, 29 de enero de 2014; AR 710/2016, 30 de noviembre de 2016; AR 750/2018, 09 de enero de 2019; y AI 40/2018, 02 de abril de 2019, y AI 247/2020, 20 de mayo de 2021.

97 AR 485/2013, 29 de enero de 2014.



suprimirse el estado de discriminación que genera el mensaje transmitido por estos preceptos.<sup>98</sup>

### 3. *Filiación homoparental*

La Suprema Corte declaró contrario a los derechos al interés superior del menor y a la igualdad y no discriminación el prohibir la adopción de menores a las parejas homoafectivas. De acuerdo con este criterio, las normas que únicamente permiten adoptar menores a las parejas heterosexuales vulneran el derecho de los menores de edad a formar o integrarse a una familia. Además, estos preceptos hacen una distinción basada en la categoría sospechosa de preferencia u orientación sexual que no se conecta directamente con el mandato constitucional de protección a la familia, por lo que son discriminatorios.<sup>99</sup>

Posteriormente, la Suprema Corte resolvió asuntos relacionados con la fijación de la filiación de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. En el primero de ellos, una pareja conformada por dos hombres tuvo un hijo mediante gestación subrogada. La autoridad del Registro Civil les negó la posibilidad de registrar al menor con los apellidos de ambos alegando que la legislación no contemplaba la paternidad compartida. En este asunto, la Corte estableció que debe reconocerse el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a los métodos de reproducción asistida para convertirse en padres o madres. Además, se determinó que, aunque no exista regulación expresa sobre la gestación subrogada, no es necesario que una persona tenga un vínculo biológico con el menor para fijar la filiación, sino que ésta puede derivarse de la voluntad procreacional. La voluntad procreacional debe entenderse como el deseo de asumir a un hijo o una hija como propio, aunque biológicamente no lo sea, y con ello asumir todas las responsabilidades derivadas de la filiación. Asimismo, es necesario que la gestante sea mayor de edad, con plena capacidad de ejercicio y que su voluntad esté libre de vicios. De esta forma, es factible establecer la filiación con un menor nacido mediante una técnica de reproducción asistida a través de los mecanismos de reconocimiento o de la presunción de paternidad o maternidad previstos en la ley.<sup>100</sup>

Más adelante, en relación con esta técnica de reproducción asistida, la Suprema Corte resolvió un asunto en el que se cuestionó la constitucionalidad de una norma que establecía que el contrato de gestación subrogada debía ser firmado

---

98 AR 710/2016, 30 de noviembre de 2016. Este criterio ha sido reiterado en AR 750/2018, 09 de enero de 2019, AI 40/2018, 02 de abril de 2019 y AI 247/2020, 20 de mayo de 2021.

99 AI 2/2010, 16 de agosto de 2010 y AI 8/2014, 11 de agosto de 2015.

100 AR 553/2018, 21 de noviembre de 2018. Este criterio ha sido reiterado en AR 807/2019, 08 de julio de 2020 y AI 16/2016, 07 de junio de 2021.

por *la madre y el padre* contratantes, con lo que se excluía a las parejas del mismo sexo. La Corte determinó que esta regulación es inconstitucional porque introduce una distinción discriminatoria por razón de orientación sexual y estado civil que no está estrechamente vinculada con la finalidad constitucional de proteger a la familia. El derecho a ser madre o padre, así como el derecho a formar una familia a través del uso de una técnica de reproducción asistida corresponde a cualquier persona, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual. Por ello, al circunscribir el acceso a esta técnica de reproducción asistida únicamente a parejas constituidas por un hombre y una mujer, se discrimina a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras.<sup>101</sup>

A su vez, el máximo tribunal se pronunció sobre la fijación de la filiación de un menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en un contexto de comaternidad. La Corte resolvió que, cuando se utiliza este método de reproducción asistida, lo que debe probarse es que quien no tiene vínculo genético con el menor otorgó su voluntad para que se llevara a cabo la inseminación, ya que de esta manera se acredita la voluntad procreacional.<sup>102</sup> De acuerdo con este criterio, de esta forma se acredita la filiación de una persona con el hijo que nazca de esta técnica de reproducción asistida y surge para ambos progenitores un parentesco igual al que normalmente se adquiere por consanguinidad.<sup>103</sup>

En otros asuntos, la Corte se ha pronunciado sobre el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes en un contexto de comaternidad. En un asunto, una pareja conformada por dos mujeres acudió al Registro Civil para registrar a su hijo con sus apellidos y reconocerlo como hijo de ambas. La norma aplicable condicionaba el reconocimiento voluntario de un hijo a la existencia de un vínculo genético, por lo que el supuesto de hecho del precepto únicamente contemplaba a parejas heterosexuales. La Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de esta regulación porque establecía una diferencia de trato discriminatoria y violaba los derechos de las parejas del mismo sexo a la procreación, a la crianza de hijos y a la vida familiar.

Es muy importante destacar que la Corte declaró que no es necesaria la existencia de un vínculo biológico entre una persona y un menor para establecer la

---

101 AI 16/2016, 07 de junio de 2021. Este criterio ha sido reiterado en AR 553/2018, 21 de noviembre de 2018 y AR 807/2019, 08 de julio de 2020.

102 Como se explica anteriormente, la Corte ha definido la voluntad procreacional como el deseo de asumir a un hijo o una hija como propio, aunque biológicamente no lo sea y, con esto, asumir todas las responsabilidades derivadas de la filiación tutelada por el artículo 4o. constitucional.

103 AR 807/2019, 08 de julio de 2020. Este criterio ha sido reiterado en AR 553/2018, 21 de noviembre de 2018, AR 852/2017, 08 de mayo de 2019 y AI 16/2016, 07 de junio de 2021.

filiación entre ambos, sino que basta con que se actualice la voluntad procreacional.<sup>104</sup> Además, se determinó que una norma que limita la constitución de la filiación jurídica a la existencia de un lazo biológico entre el reconocido y quien lo reconoce viola el derecho a la identidad de los menores que nacen dentro de una familia homoparental.<sup>105</sup>

#### ***4. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas***

Ante la Suprema Corte también se ha planteado la posible vulneración del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas al cuestionar algunas normas educativas que hacen referencia a la “preferencia sexual” para establecer una cláusula de prohibición de discriminación a niñas, niños y adolescentes, así como obligaciones a las autoridades de adoptar medidas de protección especial para quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. Al respecto, la Corte falló que estos preceptos no impiden que los padres eduquen a sus hijos conforme a los valores que estimen propicios para su sano desarrollo. Por el contrario, estas normas reconocen y protegen el derecho humano de igualdad ante la ley en los términos que establece la Constitución.<sup>106</sup>

#### ***5. Libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas***

La Corte también se ha pronunciado sobre la libertad de expresión en relación con las manifestaciones discriminatorias y homofóbicas,<sup>107</sup> en un caso en el que se cuestionó si utilizar términos como “maricones” y “puñal” para hacer críticas personales en una columna de periódico constituye un discurso protegido por la Constitución. En el asunto se determinó que estas expresiones no se encuentran protegidas por el texto constitucional en relación con el derecho al honor, ya que denotan un menosprecio a la preferencia u orientación sexual de las personas y carecen de cualquier utilidad funcional dentro de una nota periodística.

---

104 Como se ha descrito en los precedentes previos, la Suprema Corte ha definido la voluntad procreacional como el deseo de asumir a un hijo o una hija como propio, aunque biológicamente no lo sea y, con esto, asumir todas las responsabilidades derivadas de la filiación tutelada por el artículo 4o. constitucional.

105 AR 852/2017, 08 de mayo de 2019. Este criterio ha sido reiterado en AR 807/2019, 08 de julio de 2020.

106 AR 203/2016, 09 de noviembre de 2016. Este criterio ha sido reiterado en AR 800/2017, 29 de noviembre de 2017.

107 ADR 2806/2012, 06 de marzo de 2013.

## 6. *Derechos a la participación política, libertad de expresión y libertad de información*

Más adelante, la Corte protegió los derechos de integrantes y familiares de la comunidad LGBTTTIQ+ en un caso en el que el Gobernador del Estado de Yucatán presentó una iniciativa ante el Congreso para reformar la Constitución Política del Estado con el objetivo de permitir el matrimonio y el concubinato entre personas del mismo sexo. El Presidente de la Mesa Directiva del Congreso impuso una votación por cédulas secretas al Dictamen de reforma, lo que impidió conocer el sentido de la votación emitida por las legisladoras y los legisladores.<sup>108</sup> Al respecto, se resolvió que impedir a las personas destinatarias de la norma conocer el sentido de la votación violaba sus derechos a la libertad de expresión, acceso a la información y participación activa en los asuntos públicos del Estado. De acuerdo con la resolución, esta forma de actuar del Congreso local impidió a las personas consolidarse como ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes y capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático.

Además, es importante puntualizar que en el asunto se estudió la forma en la que debe acreditarse el interés legítimo para promover el juicio de amparo cuando se impugna una norma que tiene un efecto estigmatizante. La Corte aplicó y desarrolló un criterio consolidado en el que ha establecido que las normas que impiden el acceso al matrimonio y al concubinato a parejas del mismo sexo tienen un efecto estigmatizante discriminatorio. El mensaje estigmatizante lo sufre cualquier persona que se identifique con el mensaje discriminatorio. De acuerdo con este tribunal, se trata de una afectación que incide de manera individualizada en cualquier persona que no puede contraer matrimonio o concubinato con una persona de su mismo sexo, pero que también afecta al conjunto de esas personas como colectividad y a las personas que se dedican a la defensa y protección de los derechos de esta colectividad.

Por esa razón, la identificación de una persona con este tipo de mensajes estigmatizantes le otorga legitimación para promover el juicio de amparo. Esta identificación no puede ser sujeta a prueba, sino que basta la afirmación bajo protesta de decir verdad de las personas físicas que promueven la acción de amparo para acreditar un interés legítimo. En ese sentido, es la autodeterminación lo que define que un ser humano forme parte del colectivo LGBTTTIQ+.

---

108 AR 25/2021, 18 de agosto de 2021. Este criterio ha sido reiterado en AR 27/2021, 18 de agosto de 2021.

## 7. *El derecho de las personas trans a adecuar sus documentos de identidad*

El derecho de las personas a adecuar sus documentos de acuerdo con su identidad de género<sup>109</sup> también ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Suprema Corte.<sup>110</sup> En primer término, la Corte ha determinado que las personas tienen derecho a adecuar su sexo psicológico al legal mediante una rectificación de su acta de nacimiento en la que se modifiquen su nombre y su sexo, ya que de lo contrario se estarían vulnerando sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la salud. Por otro lado, estos procedimientos de reasignación sexo-genérica deben cumplir con los estándares interamericanos de privacidad, sencillez, expeditéz, gratuidad y emisión de un nuevo documento.<sup>111</sup>

Por ello, no se puede exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/u hormonales para realizar estos cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad no deben reflejar estos cambios. En el mismo sentido, la Corte ha establecido que las normas que ordenan realizar anotaciones marginales en el acta de nacimiento para la adecuación de la identidad de género autopercibida deben interpretarse de tal forma que se cumpla con los estándares mencionados, lo que implica que debe expedirse un nuevo documento. A su vez, la Corte ha determinado que la naturaleza de la autoridad que debe sustanciar el trámite de reasignación sexo-genérica puede ser judicial o administrativa. Sin embargo, el procedimiento debe ser materialmente administrativo, ya que esto reduce las formalidades y las demoras.

## 8. *Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*

Recientemente, la Corte resolvió un caso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una norma que sancionaba penalmente a quien decide voluntaria-

---

109 La identidad de género se ha definido como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la percibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

110 AD 6/2008, 06 de enero de 2009, CC 45/2018, 23 de mayo de 2018, AR 1317/2017, 17 de octubre de 2018, CT 353/2017, 10 de abril de 2019, AR 101/2019, 08 de mayo de 2019 y CT 346/2019, 21 de noviembre de 2019.

111 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

mente interrumpir su embarazo.<sup>112</sup> El caso es muy relevante para los efectos de esta publicación porque la Suprema Corte determinó que los asuntos en los que se cuestionan este tipo de normas deben analizarse y decidirse con perspectiva de género e interseccionalidad, lo que implica reconocer que el espectro de la decisión debe comprender tanto a las mujeres como a las personas con capacidad de gestar. Esta perspectiva tiene por objeto el reconocimiento y visibilización de aquellas personas que pertenecen a diversas identidades de género distintas del concepto tradicional de mujer y tienen la capacidad de gestar, como los hombres transgénero y las personas no binarias.

En el caso se determinó que la norma que sanciona penalmente a quien decide voluntariamente interrumpir su embarazo dentro de un breve plazo cercano a la concepción anula por completo el derecho constitucional a decidir de las mujeres y las personas con capacidad de gestar. Además, la criminalización de esta conducta transgrede la dignidad humana, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad jurídica y a la salud. Asimismo, en la sentencia se establecen lineamientos para garantizar el derecho a decidir de las mujeres y las personas con capacidad de gestar.

En un asunto subsecuente se determinó que la objeción de conciencia no puede ser válida para negar o postergar los servicios de salud que impliquen un riesgo a la salud o que puedan aumentar dicho riesgo. La regulación de este derecho debe garantizar que se cuente con personal médico y de enfermería suficiente de carácter no objetor para asegurar la prestación de la atención médica.<sup>113</sup>

La Suprema Corte puntualizó que una regulación que permita el ejercicio absoluto e ilimitado de la objeción de conciencia en materia sanitaria es inconstitucional porque pone en riesgo los derechos humanos de todas las personas usuarias de los servicios de salud. Sin embargo, la Corte advierte que análisis de estas normas con perspectiva de género permite reconocer el riesgo superlativo que existe para el disfrute máximo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, las personas con capacidad de gestar y las personas de la diversidad sexual y de género. Esto se debe a que se trata de grupos particularmente discriminados cuyos derechos sexuales, reproductivos y a la salud han sido vulnerados históricamente por distintos factores, entre ellos las convicciones religiosas e ideológicas de las personas que se han negado a prestarles una adecuada atención sanitaria.<sup>114</sup>

---

112 AI 148/2017, 07 de septiembre de 2021.

113 AI 54/2018, 21 de septiembre de 2021.

114 Cabe señalar que la declaración de invalidez de la norma que sancionaba penalmente a quien decide voluntariamente interrumpir su embarazo se votó por unanimidad de 10 votos y la declaración de invalidez de la regulación de la objeción de conciencia se votó por mayoría de 8 votos. Por ello, estos criterios deben considerarse obligatorios para todas las autoridades

## PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

En relación con los temas expuestos se pueden plantear algunas cuestiones relevantes para orientar la discusión sobre algunos puntos que es necesario seguir analizando: ¿cuál es la diferencia entre preferencia sexual y orientación sexual?, ¿por qué la preferencia sexual es una categoría sospechosa de discriminación de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte?, ¿cómo debe realizarse el escrutinio judicial de las normas que establecen distinciones basadas en la preferencia sexual?, ¿cómo debe repararse la violación al derecho a la igualdad cuando una ley que se ha declarado inconstitucional por ser discriminatoria para las personas de la diversidad sexual?, ¿el derecho de las personas a adecuar sus documentos de identidad de acuerdo con su orientación sexual autopercebida se satisface con el cambio de nombre y sexo en el acta de nacimiento?, ¿qué pueden hacer los órganos judiciales para combatir la discriminación de que son objeto las personas de la diversidad sexual?

## Fuentes

### Fuentes bibliográficas

- Bárcena, Arturo, “Libre desarrollo de la personalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 3a edición, Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, tomo I, 2021.
- Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical foundations of discrimination law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- Didier, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- Ibarra Olguín, Ana María y Treviño Fernández, Sofía, “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra Olguín, Ana María y Espejo Yaksic, Nicolás (eds.), *La Constitucional-*

---

judiciales del país. La reforma judicial de 2021 estableció el procedimiento de creación de jurisprudencia por precedentes obligatorios. De acuerdo con este procedimiento, las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Artículos 94 constitucional y 222 y 223 de la Ley de Amparo.

- ización del derecho de familia, perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020.
- Méndez Díaz, Alex Alí, “Matrimonio igualitario. La visión desde el litigio”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJ-UNAM, 2017.
- Piovesan, Flávia, “Prohibición de discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, Armin, Piovesan, Flávia y Morales-Antoniuzzi, Mariela (coords.), *Igualdad y orientación sexual. El caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- Ponce Núñez, Carlos Gustavo, “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana”, en *Judicatura*, núm. 68, Montevideo, 2020.
- Salazar Ugarte, Pedro y Carbonell Sánchez, Miguel, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011.
- VV. AA., *Los derechos de la diversidad sexual. Un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, Alejandra Martínez Verástegui (coord.), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, noviembre de 2021.
- Weeks, Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998.
- Zaldívar, Arturo, “Una aportación de la Suprema Corte a la construcción del derecho antidiscriminatorio en México: la doctrina constitucional sobre el matrimonio igualitario”, en VV. AA., *Por la igualdad somos mucho más que dos. 15 años de lucha contra la discriminación en México*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2018.

### Fuentes electrónicas

- Martínez Verástegui, Alejandra *et. al.*, *Cuaderno de jurisprudencia. Control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021. Disponible en «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-09/CONTROL\\_DE\\_CONVENCIONALIDAD.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-09/CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf)».
- Martínez Verástegui, Alejandra y Gómez Avilez, Haydeé, *Cuaderno de jurisprudencia. Los derechos de la diversidad sexual*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020. Disponible en «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-07/Diversidad%20sexual-Version%20Final%209%20de%20julio.pdf>».
- ONUSIDA, *Mujeres trans: sus vidas, sus derechos y el VIH*. Disponible en «<http://onusidalac.org/1/images/ONUSIDA-INFO-1NOV2020-MUJERES-TRANS-E.pdf>».
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*, México, 2016. Disponible en [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/Glosario\\_TDSyG\\_WEB.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Glosario_TDSyG_WEB.pdf)
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, *Investigación sobre la atención de personas LGBT en México*, México, 2015. Disponible en <http://www.ceav.gob.mx/wp-content/uploads/2016/06/Investigaci%C3%83%C2%B3n-LGBT-Documento-Completo.pdf>

### Normativa nacional e internacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.



Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, 2013.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Principios de Yogyakarta, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, 2007.

## Resoluciones judiciales

### *Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte —artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 09 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

### *Resoluciones de organismos internacionales*

Caso Toonem vs. Australia, Human Rights Committee, Communication n. 941/2000-CCPR/C/78/D/941/2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América Latina*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 36, 12 de noviembre de 2015.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989.

### ***Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación***

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010.

Acción de Inconstitucionalidad 32/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 16 de enero de 2014.

Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 11 de agosto de 2015.

Acción de Inconstitucionalidad 28/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 26 de enero de 2016.

Acción de Inconstitucionalidad 50/2016 y sus acumuladas 51/2016, 52/2016, 53/2016 y 54/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 25 de agosto de 2016.

Acción de Inconstitucionalidad 32/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 09 de noviembre de 2016.

Acción de Inconstitucionalidad 29/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 01 de agosto de 2017.

Acción de Inconstitucionalidad 78/2017 y su acumulada 79/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 28 de septiembre de 2017.

Acción de Inconstitucionalidad 29/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 19 de febrero de 2019.

Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 26 de marzo de 2019.

Acción de Inconstitucionalidad 40/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 02 de abril de 2019.

Acción de Inconstitucionalidad 247/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 20 de mayo de 2021.

Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 07 de junio de 2021.

Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 07 de septiembre de 2021.

Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 21 de septiembre de 2021.

Amparo Directo 6/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 06 de enero de 2009.

Amparo Directo 35/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 29 de mayo de 2013.

Amparo Directo 67/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 05 de junio de 2013.

- Amparo Directo 68/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 05 de junio de 2013.
- Amparo Directo 55/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 12 de junio de 2013.
- Amparo Directo 19/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 03 de septiembre de 2014.
- Amparo Directo en Revisión 772/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 04 de julio de 2012.
- Amparo Directo en Revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 06 de marzo de 2013.
- Amparo Directo en Revisión 2517/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de octubre de 2013.
- Amparo Directo en Revisión 3434/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 22 de enero de 2014.
- Amparo Directo en Revisión 4459/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 15 de octubre de 2014.
- Amparo Directo en Revisión 2298/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 30 de octubre de 2014.
- Amparo Directo en Revisión 1312/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 27 de enero de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 1250/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 14 de abril de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 5005/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 20 de mayo de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 6065/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 05 de agosto de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 583/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 09 de septiembre de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 3579/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 14 de octubre de 2015.
- Amparo Directo en Revisión 2871/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 03 de febrero de 2016.
- Amparo Directo en Revisión 5239/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 03 de febrero de 2016.
- Amparo Directo en Revisión 5946/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 03 de febrero de 2016.
- Amparo Directo en Revisión 4749/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 07 de febrero de 2018.
- Amparo Directo en Revisión 554/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 15 de febrero de 2017.
- Amparo Directo en Revisión 7516/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 02 de mayo de 2018.
- Amparo en Revisión 457/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 05 de diciembre de 2012.

- Amparo en Revisión 567/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 05 de diciembre de 2012.
- Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 05 de diciembre de 2012.
- Amparo en Revisión 41/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 15 de mayo de 2013.
- Amparo en Revisión 485/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 29 de enero de 2014.
- Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2014.
- Amparo en Revisión 615/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 04 de junio de 2014.
- Amparo en Revisión 122/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de junio de 2014.
- Amparo en Revisión 263/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 24 de septiembre de 2014.
- Amparo en Revisión 591/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 25 de febrero de 2015.
- Amparo en Revisión 704/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 18 de marzo de 2015.
- Amparo en Revisión 735/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 18 de marzo de 2015.
- Amparo en Revisión 483/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de abril de 2015.
- Amparo en Revisión 155/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 27 de mayo de 2015.
- Amparo en Revisión 197/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 03 de junio de 2015.
- Amparo en Revisión 823/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 17 de junio de 2015.
- Amparo en Revisión 411/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 23 de septiembre de 2015.
- Amparo en Revisión 581/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 23 de septiembre de 2015.
- Amparo en Revisión 439/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan N. Silva Meza, 28 de octubre de 2015.
- Amparo en Revisión 713/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 28 de octubre de 2015.
- Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 04 de noviembre de 2015.
- Amparo en Revisión 376/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 25 de noviembre de 2015.
- Amparo en Revisión 420/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 25 de noviembre de 2015.

- Amparo en Revisión 1127/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 17 de febrero de 2016.
- Amparo en Revisión 48/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 01 de junio de 2016.
- Amparo en Revisión 706/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 01 de junio de 2016.
- Amparo en Revisión 1184/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 29 de junio de 2016.
- Amparo en Revisión 1238/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 29 de junio de 2016.
- Amparo en Revisión 207/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 28 de septiembre de 2016.
- Amparo en Revisión 582/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 28 de septiembre de 2016.
- Amparo en Revisión 1266/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 28 de septiembre de 2016.
- Amparo en Revisión 296/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 19 de octubre de 2016.
- Amparo en Revisión 203/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 09 de noviembre de 2016.
- Amparo en Revisión 267/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 30 de noviembre de 2016.
- Amparo en Revisión 710/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 30 de noviembre de 2016.
- Amparo en Revisión 568/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 18 de enero de 2017.
- Amparo en Revisión 482/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 22 de febrero de 2017.
- Amparo en Revisión 630/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 01 de marzo de 2017.
- Amparo en Revisión 377/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 24 de mayo de 2017.
- Amparo en Revisión 1052/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017.
- Amparo en Revisión 619/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., 29 de noviembre de 2017.
- Amparo en Revisión 800/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 29 de noviembre de 2017.
- Amparo en Revisión 377/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 06 de diciembre de 2017.
- Amparo en Revisión 892/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 07 de febrero de 2018.
- Amparo en Revisión 1068/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 11 de abril de 2018.

- Amparo en Revisión 623/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 13 de junio de 2018.
- Amparo en Revisión 1317/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 17 de octubre de 2018.
- Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 21 de noviembre de 2018.
- Amparo en Revisión 750/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 09 de enero de 2019.
- Amparo en Revisión 101/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 08 de mayo de 2019.
- Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 08 de mayo de 2019.
- Amparo en Revisión 953/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 12 de junio de 2019.
- Amparo en Revisión 529/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 23 de octubre de 2019.
- Amparo en Revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 08 de julio de 2020.
- Amparo en Revisión 25/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 18 de agosto de 2021.
- Amparo en Revisión 27/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 18 de agosto de 2021.
- Conflicto Competencial 45/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 23 de mayo de 2018.
- Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 03 de septiembre de 2013.
- Contradicción de Tesis 21/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 09 de septiembre de 2013.
- Contradicción de Tesis 467/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 02 de junio de 2014.
- Contradicción de Tesis 353/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 10 de abril de 2019.
- Contradicción de Tesis 346/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 21 de noviembre de 2019.
- Contradicción de Tesis 377/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, 21 de noviembre de 2019.
- Controversia Constitucional 6/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de marzo de 2010.
- Controversia Constitucional 7/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de marzo de 2010.
- Controversia Constitucional 9/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de marzo de 2010.
- Controversia Constitucional 12/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de marzo de 2010.

- Controversia Constitucional 13/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de enero de 2012.
- Controversia Constitucional 14/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 23 de enero de 2012.
- Declaratoria General de Inconstitucionalidad 3/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 09 de enero de 2020.
- Varios 912/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de julio de 2011.
- Varios 1396/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 11 de mayo de 2015.





## Capítulo 13

# Los derechos de las personas con discapacidad

María Fernanda Pinkus Aguilar\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD. 1. Modelo de prescindencia. 2. Modelo médico o rehabilitador. 3. Modelo social y de derechos humanos. III. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. SUJETOS OBLIGADOS. 1. Autoridades. 2. Particulares. V. PRINCIPIOS GENERALES. 1. Principios a) y c): Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; y participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. 2. Principios b), d), e) y g): No discriminación, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, igualdad de oportunidades e igualdad entre el hombre y la mujer. 3. Principio f): Accesibilidad. 4. Principio h): Respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. VI. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Accesibilidad. 2. Acceso a la justicia. 3. Capacidad jurídica. 4. Consulta y participación.

## I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad se ha dado a partir del reclamo de esta población de que se reconozca su autonomía personal y de que se eliminen las barreras que enfrentan en el entorno para poder gozar de sus derechos humanos sin discriminación. Estos reclamos exigen un cambio en la forma en que, como sociedad, percibimos y abordamos las necesidades de la población con discapacidad. Exigen que dejemos de percibirla como un problema o una enfermedad y que la aceptemos como parte de la diversidad humana, para que la abordemos desde una perspectiva social y de derechos humanos. Esta visión, debido al activismo de grupos de personas con discapacidad, quedó plasmada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) que está vigente en México desde 2008.

En este capítulo explicaré cuáles son los distintos modelos de abordaje de la discapacidad para distinguir la perspectiva que la CDPD nos exige adoptar de los otros modelos que han sido analizados por la doctrina; describiré a quiénes pro-

---

\* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Agradezco la asistencia en la investigación de Ivonne Cecilia González Barrón e Ixchel Rosario Molotla Santoyo.

tege el marco jurídico de protección de las personas con discapacidad y expondré a quiénes les genera obligaciones; reseñaré cuáles son los principios que sustentan los derechos de las personas con discapacidad, con lo que pretendo explicar la lógica que sostiene al modelo social y de derechos humanos de la discapacidad; y finalmente, desarrollaré algunos de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad, explicando las especificidades de dichos derechos para esta población.<sup>1</sup>

## II. MODELOS DE ABORDAJE DE LA DISCAPACIDAD

El entendimiento de la discapacidad ha variado significativamente conforme cada sociedad y época. Hablar de derechos de las personas con discapacidad requiere distinguir las diferentes maneras de entender y aproximarse a la discapacidad, pues esto hará la diferencia en si las personas pueden ejercer sus derechos y si pueden participar en la vida pública.

De forma general es posible reconocer tres modelos de abordaje de la discapacidad: el de prescindencia, el médico o rehabilitador, y el social y de derechos humanos. Si bien la construcción de estos modelos se ha dado a través de épocas históricas, el paso del tiempo no está directamente relacionado con la vigencia de estos modelos, que hoy en día conviven.

### 1. *Modelo de prescindencia*

El modelo de prescindencia obtiene su nombre de las sociedades que precinden de la vida de las personas con discapacidad por considerarlas innecesarias, ya sea con la implementación de políticas eugenésicas o a través de marginarles de la comunidad. Este modelo se funda en dos creencias: que la discapacidad tiene motivos religiosos y que la persona con discapacidad no aporta a la sociedad. En el primer caso, se cree que la discapacidad es un castigo divino o la advertencia de una catástrofe próxima. Por eso, por ejemplo, en las antiguas Grecia y Roma el infanticidio era una práctica recurrente frente a niñas y niños nacidos con lo que en ese entonces era identificado como “deformidades”. En el segundo caso, las

---

1 Los derechos desarrollados en este capítulo fueron elegidos pensando en los derechos que son clave para que las personas con discapacidad puedan gozar de los demás derechos (derechos “llave”), pero también considerando que hayan sido desarrollados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y bajo el entendido de que permiten ejemplificar cómo debe implementarse la perspectiva de discapacidad social y de derechos humanos al llevar a cabo medidas para reclamar, respetar o garantizar todos los derechos de las personas con discapacidad.

personas con discapacidad son consideradas improductivas ya que representan una carga, por lo cual son excluidas y marginadas.<sup>2</sup>

En años recientes se ha cuestionado severamente el hecho de que debido a los descubrimientos científicos que permiten, entre otros, el diagnóstico prenatal y la exploración fetal, se den interrupciones a embarazos con el fin de suprimir caracteres que se consideran indeseables como la presencia de una discapacidad. Esto, en un contexto en el que en vez de fomentar una libre elección que respete la autonomía de la persona gestante, se reproducen estereotipos, brindando información —generalmente por parte del personal de salud— que no retrata la experiencia de las personas con discapacidad sobre sus propias vidas ni reconoce el valor de la diversidad en la humanidad y, al contrario, caracteriza a la discapacidad como el resultado de errores genéticos, augurando que la persona con discapacidad tendrá una vida de sufrimiento, que no aportará valor y que representará una carga para su familia y la sociedad.<sup>3</sup> De modo que en vez de eliminar las desventajas sociales a las que se enfrentan las personas (como sucedería con un abordaje social de la discapacidad), se fomenta eliminar a las personas mismas, lo que corresponde al modelo de prescindencia. En este contexto, el aborto eugenésico ha sido catalogado como una política oficial cuando el Estado permite el acceso a la interrupción tardía del embarazo sólo en casos en que existe la evidencia de “anomalías” o “deficiencias” en el feto, mandando el mensaje de que es preferible evitar ese nacimiento.<sup>4</sup>

## 2. Modelo médico o rehabilitador

Frente al avance científico y médico, se desarrolló un nuevo modelo de abordaje de la discapacidad, a la que se comenzó a tratar como una “enfermedad”, por lo que se brindó fuerza a los parámetros médicos. Este modelo pone atención en las limitaciones funcionales, deficiencias o actividades que no pueden realizar las personas con discapacidad (comparadas con un estándar de normalidad construido socialmente) y considera que dicha población puede aportar algo a la sociedad en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas.

---

2 Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CINCA, Colección CERMI, 2008, pp. 37-61.

3 Cfr. López Mainieri, Wendy, “Eugenesia y discapacidad: ¿calidad de vida o genocidio?”, en *Autonomía Personal*, España, IMSERSO, núm. 7, 2012, pp. 36-49.

4 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, “El igual valor de la vida de las personas con discapacidad, amenazas y quiebras a un derecho fundamental”, en Lorenzo García, Rafael de y Cayo Pérez Bueno, Luis (dirs.), *Nuevas fronteras del Derecho a la Discapacidad*, España, Aranzadi, Volumen II, 2021.

En el Renacimiento iniciaron los intentos de rehabilitación y asistencia pública de personas con discapacidad, los cuales se consolidaron en el siglo XX, cuando las guerras mundiales dejaron a muchas personas con mutilaciones y heridas, lo que impulsó un movimiento de rehabilitación que hizo hincapié en los factores psicosociales de la discapacidad y la importancia de la recuperación del empleo. Los gobiernos adoptaron un enfoque paternalista, se propusieron erradicar la “enfermedad” y convirtieron a la seguridad social en la forma de manutención de las personas con discapacidad que no lograban incorporarse o reincorporarse a la vida laboral. Si bien, en comparación con el modelo de prescindencia, el abordaje médico presenta una mayor probabilidad de supervivencia y un mejoramiento en la calidad de vida de las personas con discapacidad, existe una tendencia a su institucionalización, es decir, a alojar a las personas en centros de atención médica, con lo que se les excluye de la vida en comunidad y del acceso a diversos derechos.<sup>5</sup>

En México, el Manicomio General de La Castañeda —inaugurado en 1910 por Porfirio Díaz y cerrado hasta 1968— es un ejemplo de la convivencia de los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador de la discapacidad. Se pretendió que dicho “centro de salud mental” estuviera de acuerdo con los últimos avances científicos y que consagrara el mejor modelo terapéutico para México, es decir, que atendiera a las personas con deficiencias mentales (y otras) desde una perspectiva médica-rehabilitadora y que lograra su reinserción en la sociedad. Sin embargo, el tratamiento recomendado en la mayoría de los casos era “establecer para el paciente un régimen especial de vida que consist[ía] principalmente en el aislamiento, es decir, apartarles del medio familiar, de sus ocupaciones, trabajos y costumbres habituales. Por [lo que,] se aconseja[ba] y se impon[ía] el internamiento en sanatorios... [y] no visitar a los enfermos por lo menos durante algún tiempo”.<sup>6</sup> Este supuesto tratamiento es una expresión inequívoca de exclusión y marginación a la que se somete a las personas con discapacidad. Esto se confirma con lo que psiquiatras señalaron en el sentido de que el manicomio se convirtió en un “depósito de enfermos” y que “más que un sanatorio era un reclusorio donde se aislaba al enfermo para proteger a la sociedad”.<sup>7</sup>

---

5 Palacios, Agustina, *op. cit.*, pp. 66-101.

6 Archivo General de la Nación, *La Castañeda: el estigma y el cuidado de la salud mental en México*, 2022. Disponible en: «<https://www.gob.mx/agn/es/articulos/la-castaneda-el-estigma-y-el-cuidado-de-la-salud-mental-en-mexico?idiom=es>». [Consultado el 17 de junio de 2022].

7 Sacristán, Cristina, “Un Estado sin memoria. La abolición ideológica de la institución manicomial en México (1945-1968)”, en *VERTEX Revista Argentina de Psiquiatría*, Buenos Aires, Editorial Polemos, vol. XXII, 2011, pp. 314-317.

Este abordaje de prescindencia convivía con otras medidas complementarias al aislamiento como procedimientos de “choque” a través del uso de sustancias o de electricidad (electrochoques), la práctica de intervenciones quirúrgicas como la lobotomía, y un “régimen ocupacional” que implicaba la realización de actividades productivas (en el campo o en talleres) y recreativas como juegos, deportes, música u otras artes, en las que podemos advertir una (fallida) aspiración médico-rehabilitadora.

### 3. *Modelo social y de derechos humanos*

Finalmente, el modelo social y de derechos humanos considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, que son resultado del desarrollo de una sociedad que ignora a las personas con discapacidad.<sup>8</sup> Este modelo distingue entre la deficiencia individual y las barreras sociales a las que se enfrentan las personas con discapacidad, de modo que son las segundas las que deben superarse para lograr su inclusión en la sociedad. El cambio de paradigma puede rastrearse al movimiento por los derechos de las personas con discapacidad en Norteamérica, Australia y Europa, en las décadas de 1960 y 1970. Las y los activistas resaltaron que las principales barreras que enfrenta este grupo están relacionadas con la opresión, inequidad, discriminación y los prejuicios en la sociedad y que, por tanto, eso es lo que hay que eliminar.<sup>9</sup>

Las barreras sociales pueden observarse en diferentes ámbitos —públicos y privados— de la vida cotidiana de las personas con discapacidad. Un ejemplo es una política bancaria que exija realizar ciertos trámites vía telefónica y que niegue la atención presencial en una sucursal o por algún otro medio como el correo electrónico o una aplicación móvil, impidiendo que las personas sordas puedan acceder a esos servicios de manera remota y autónoma.

De acuerdo con el modelo social, para superar las barreras necesitan tomarse todo tipo de medidas para garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad de los servicios, lo que a su vez garantizará el ejercicio efectivo de sus derechos. Un ejemplo de la aplicación del modelo social es la creación de un sistema de asistencia personal (que puede incluir a personas de asistencia o tecnología) que permita a una persona con discapacidad motriz o intelectual eliminar algunas

---

8 Jorge, Emiliano José y D’ugo, Gerardo Andrés (coords.), *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 8 y 9.

9 Sabatello, Maya y Schulze, Marianne (eds.), *Human Rights and Disability Advocacy*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2014, pp. 13-16.

de las barreras que enfrenta cotidianamente y así poder vivir de manera independiente.

Derivado del movimiento social de personas con discapacidad se generó una identidad alrededor de la discapacidad y se impulsó la creación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de la Organización de las Naciones Unidas, que fue suscrita y ratificada por México en 2007 y, al obtener las veinte firmas que se requerían para tal efecto, entró en vigor el 8 de mayo de 2008. Este documento consagra los reclamos del movimiento social y constituye el instrumento internacional destinado a proteger los derechos de las personas con discapacidad desde un abordaje social y de derechos humanos.

La Convención está acompañada de un protocolo facultativo —que permite examinar quejas individuales por incumplimiento de la CDPD—. Además, para supervisar la aplicación de la CDPD, se creó un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad integrado por 18 expertos independientes que revisan los informes de los Estados parte de la CDPD y les formulan recomendaciones. El Comité también recibe y examina quejas individuales, investiga casos de posibles violaciones graves y sistemáticas a la CDPD y ha emitido 8 observaciones generales en las que ha desarrollado o interpretado distintos artículos previstos en la Convención para ayudar a que los Estados los apliquen adecuadamente.<sup>10</sup>

### III. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, actualmente más de mil millones de personas, es decir, aproximadamente el 15% de la población mundial vive con discapacidad, de las cuales el 80% vive en países en desarrollo.<sup>11</sup>

En México, de acuerdo con el Censo de Población y Vivienda de 2020, hay 6 millones 179 mil 890 personas con discapacidad, lo que representa 4.9% de la población del país.<sup>12</sup>

Sin embargo, estos datos son estimaciones, pues al recabar la información muchos países no alinean su definición de quiénes son personas con discapacidad a los estándares de la CDPD. Por ejemplo, en México, el Instituto Nacional de

---

10 Naciones Unidas, *Introducción al Comité*. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/introduction-committee>». [Consultado el 21 de abril de 2022].

11 Naciones Unidas, *Vivir con discapacidad*. Disponible en: «<https://www.un.org/es/observances/day-of-persons-with-disabilities/background>». [Consultado el 5 de mayo de 2022].

12 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda 2020*. Disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020\\_Principales\\_resultados\\_EUM.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_EUM.pdf)». [Consultado el 5 de mayo de 2022].

Estadística y Geografía define a las personas con discapacidad como aquellas que tienen mucha dificultad o no pueden llevar a cabo actividades consideradas de la vida diaria, como: ver, escuchar, caminar, recordar o concentrarse, bañarse, vestirse, comer, hablar o comunicarse,<sup>13</sup> lo que no se ajusta a la definición legal. Sin embargo, al ser los únicos datos disponibles, se usan para fines ilustrativos.

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha sido retomado en su jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el concepto de personas con discapacidad incluye a aquellas que tengan: “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” personas.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPCD) establece que las deficiencias pueden ser permanentes o temporales, que la discapacidad limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (artículo 1, CIEDPCD).

En México, también está vigente la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (LGIPCD) que combina las definiciones establecidas en los tratados internacionales señalados y añade que las deficiencias pueden ser por razones congénitas o adquiridas (artículo 2, fracción XXVII, LGIPCD). A nivel estatal, todas las entidades federativas en nuestro país tienen normas específicas relacionadas con los derechos de las personas con discapacidad, entre ellas está la Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal, que replica la definición ofrecida por la LGIPCD.

En la práctica, es común que se equipare el concepto de discapacidad con la presencia de una deficiencia establecida en un diagnóstico médico o psiquiátrico. Esta equiparación es incorrecta si nuestro marco legal es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que consagra el llamado modelo social de la discapacidad y si tomamos en consideración la doctrina constitucional de nuestra Suprema Corte.

De acuerdo con el modelo social y como lo vimos en la definición, al hablar de discapacidad debemos tener en cuenta que están presentes tanto factores perso-

---

13 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Glosario del censo de Población y Vivienda 2020*. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=cpv2020>». [Consultado el 5 de mayo de 2022].

nales como factores del entorno y que al interactuar entre sí pueden traducirse en exclusión o denegación de derechos.

Factores personales que habría que tomar en cuenta son la presencia de una deficiencia visual, auditiva, física, intelectual o mental. También deben considerarse otros factores personales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, la orientación sexual, la condición social, el nivel educativo, etcétera.<sup>14</sup>

Ejemplos de factores del entorno son: el nivel de accesibilidad del entorno físico, del transporte, de la información y las comunicaciones, el nivel de accesibilidad de los servicios e instalaciones abiertos al público como son las escuelas, los centros de salud, las actividades culturales, deportivas y recreativas. Incluyendo si son asequibles o no. También está la existencia o no de servicios de asistencia personal y apoyos, servicios basados en la comunidad y servicios de vivienda con asistencia. Igualmente hay que fijarnos en las condiciones socioeconómicas: si se trata de una zona rural o urbana, el nivel económico, si están presentes estereotipos o prejuicios en relación con la condición de discapacidad u otros factores individuales, si hay concientización social o no, si hay apertura al cambio, etcétera. También nos podemos fijar en otros factores del entorno como son las políticas públicas y las normas: si tienen un enfoque asistencialista o de derechos humanos, si hay políticas de antidiscriminación, si se han adoptado medidas positivas y cuál es el nivel de aplicación de las normas en esta materia.<sup>15</sup>

Desde un enfoque social entendemos que la discapacidad es el resultado de que la sociedad esté organizada en una forma que no considera a la diversidad humana, de modo que las personas con discapacidad todo el tiempo enfrentan barreras y prejuicios que las excluyen y discriminan. Entendemos que la discapacidad no está en la persona, sino que principalmente deriva de lo inadecuado del entorno que le impone barreras y que al entrar en interacción con una deficiencia se traduce en exclusión y denegación de derechos. En consecuencia, la manera de atender la situación de desigualdad y exclusión es eliminar esas barreras en el entorno para asegurar la accesibilidad universal y la igualdad de oportunidades.

Desde un enfoque de derechos humanos reconocemos que existe la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones para todas las personas, incluidas aquellas con discapacidades.

---

14 Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía de formación: Serie de capacitación profesional N° 19*, HR/P/PT/19, Naciones Unidas, 2014, p. 8. Disponible en: «[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD\\_TrainingGuide\\_PTS19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf)».

15 *Idem*.



La consideración de los factores personales y del entorno nos llevan a concluir que un niño no tiene una discapacidad derivada, por ejemplo, de que no pueda caminar con sus piernas, sino que la discapacidad surge de que no pueda acceder a la escuela pública que le correspondería ir, que no pueda participar en la clase de deportes o que no pueda nadar en el mar con sus amigos —de modo que no puede gozar de sus derechos a la educación, al deporte y a las actividades recreativas—, porque los entornos no están diseñados para que pueda acceder a ellos con su silla de ruedas, que es la forma en que se desplaza. Esto, porque en la entrada de la escuela hay escaleras, porque en las aulas y los baños de la escuela hay puertas que no es viable abrir desde una silla de ruedas tanto por su peso como porque abren hacia adentro y porque en la playa no hay rampas que permitan el desplazamiento por la arena y hacia adentro del mar (barreras).

Otro ejemplo sería que la discapacidad de una mujer no deriva de un diagnóstico médico que señala una deficiencia intelectual sino de que no pueda acceder a una vida independiente porque se trate de una persona no alfabetizada y de un nivel económico precario (factores personales) y en su ciudad no haya políticas públicas de viviendas a un costo asequible, ni servicios públicos de asistencia personal, ni exista la posibilidad de firmar un contrato de arrendamiento que utilice un lenguaje sencillo y accesible, ni encuentre a alguna persona que quiera rentarle una vivienda, pues todas las que ha conocido tienen el prejuicio de que no puede vivir sola (factores del entorno).

Con estos ejemplos pretendo poner mucho énfasis en que más allá de si existe o no una deficiencia, limitación o diagnóstico médico o psiquiátrico, un abordaje social y de derechos humanos de la discapacidad nos exige indagar por los factores del entorno para observar cómo interactúan con los factores individuales y así determinar si se están traduciendo en exclusión o desigualdad en el acceso a derechos.

Es común que cuando una persona con discapacidad se acerca a consultar a un abogado o a una abogada, cuando tiene contacto con operadores de justicia, cuando accede a un servicio como puede ser un banco, una escuela o servicios notariales, o cuando solicita un ajuste razonable en su empleo, quienes le atienden se pregunten cuál es su “tipo” de discapacidad, le pidan que presente su diagnóstico o una evaluación médica o psicológica que indique qué puede y qué no puede hacer (y que con base en esta información le nieguen u obstaculicen el servicio o derecho). Sin embargo, la definición de discapacidad desde el abordaje social y de derechos humanos nos requiere cambiar esta forma de proceder.

En principio, se debe prever la posibilidad de que un individuo se identifique a sí mismo como persona con discapacidad y que con base en dicho autorreconocimiento se le aplique el marco jurídico de protección de las personas con discapaci-

cidad, sin que sea necesario probar la existencia de dicha condición.<sup>16</sup> Esto evita imponer barreras adicionales de acceso a los derechos, como sucedería si siempre se solicitara probar la condición.

En el caso específico de procesos judiciales en los que, por un lado, las personas manifestaron bajo protesta de decir verdad que viven con discapacidad y, por otro, nadie se opuso a esa declaración y ésta no implicó una desventaja procesal o un perjuicio para una tercera persona, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que basta el autorreconocimiento como persona con discapacidad para admitir como cierta esa premisa.<sup>17</sup> En el mismo sentido, un juzgado de distrito tuvo como prueba plena la manifestación bajo protesta de decir verdad de que las personas que acudieron a solicitar el amparo eran personas con discapacidad.<sup>18</sup> Por lo que derivado del autorreconocimiento se debería aplicar el marco jurídico de protección de este grupo.

Hay otros casos en los que podría resultar necesario probar la discapacidad, como cuando la existencia de esa condición sea un hecho controvertido en un juicio o cuando de tenerse por cierto el autorreconocimiento de persona con discapacidad resulte en un perjuicio para una tercera persona. En estos supuestos no hay respuestas claras por parte de las normas ni de la doctrina jurisprudencial<sup>19</sup> y reflexionar sobre esos escenarios excede el objetivo de este artículo. Sin embargo,

---

16 En un caso relativo al derecho a la salud, la SCJN sostuvo que tal como lo ha señalado la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU mucha gente con discapacidad no conceptualiza su diversidad funcional como una deficiencia real, sino como un rasgo positivo y normal de su identidad o como una deficiencia percibida. Aunado a que, por los estigmas asociados a la discapacidad, muchas personas que cumplen con las condiciones para ser consideradas personas con discapacidad (en ese caso, psicosocial) no se reconocen como parte de ese grupo. Sin embargo, la Corte estableció que la no autoadscripción de una persona al grupo de personas con discapacidad no debe ser un obstáculo para que gocen del marco jurídico de protección de las personas con discapacidad (SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 251/2016, 15 de mayo de 2019, párrs. 92 a 94).

También es aplicable el marco jurídico de protección de las personas con discapacidad a las personas que, sin importar si forman parte de ese grupo, fueron discriminadas por una supuesta condición de discapacidad.

17 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 702/2018, 11 de septiembre de 2019, párrs. 87 a 91.

18 SCJN, Segunda Sala, Queja 57/2016, 31 de agosto de 2016, párrs. 5 b) y 192.

19 En el Amparo Directo en Revisión 3788/2017 (resuelto el 9 de mayo de 2018), la Primera Sala de la SCJN dijo que cuando una autoridad jurisdiccional conoce de un juicio en el que una de las partes manifieste ser persona con discapacidad y solicite que se realice un ajuste de procedimiento (o quien juzga advierte de oficio la necesidad de hacer un ajuste) debe analizar si la persona tiene una discapacidad y si ésta se traduce en una desventaja procesal que justifique realizar un ajuste al procedimiento. Sin embargo, no aclara cómo se debe probar la condición de discapacidad y, dado que este criterio es anterior al Amparo en Revisión 702/2018, podría interpretarse que una forma de probar la discapacidad en esos casos es el autorreconocimiento.

es importante resaltar que en todos los casos se debe evitar un enfoque médico, así como evitar imponer barreras innecesarias para el acceso a la justicia o a otros derechos. Igualmente es necesario recordar que no debemos equiparar la presencia de una deficiencia a una condición de discapacidad y que debemos enfocarnos en identificar si la persona enfrenta barreras que le estén impidiendo acceder al servicio o gozar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas y a identificar, junto con la persona con discapacidad, qué medidas podemos adoptar para eliminar esas barreras.

#### IV. SUJETOS OBLIGADOS

El modelo social asigna responsabilidad al Estado y a la sociedad por la construcción de barreras en el entorno que limitan el desarrollo y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que nos exige identificar y eliminar estos obstáculos, estableciendo estándares de accesibilidad, la obligación de implementar ajustes razonables, de ofrecer apoyos o formas de asistencia, entre otras obligaciones.<sup>20</sup>

##### 1. Autoridades

Conforme al artículo 1 constitucional “[t]odas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”. Esto comprende los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo lo contenido en la CDPD, que tiene rango constitucional desde que entró en vigor en 2008.

En específico, el artículo 4 de la CDPD desglosa una serie de obligaciones que cada Estado parte debe cumplir para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación.<sup>21</sup>

---

20 Del Águila, Luis Miguel, “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, en Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata (eds.), en *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 68 y 69.

21 Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Obligaciones generales.

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

Para avanzar en el cumplimiento de los objetivos de la CDPD, el 30 de mayo de 2011 fue promulgada la Ley General para la Inclusión de las Personas con

- 
- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
  - b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
  - c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
  - d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
  - e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
  - f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
  - g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
  - h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Discapacidad (LGIPCD), que establece obligaciones específicas e identifica a las instituciones que deben cumplirlas.

La LGIPCD obliga, en el ámbito de sus competencias, a las dependencias, entidades paraestatales y órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal, organismos constitucionales autónomos, Poder Legislativo, Poder Judicial, a los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios. También, esta ley prevé un Programa, Sistema y Consejo (CONADIS), todos nacionales, para el desarrollo y la inclusión de las personas con discapacidad, para observar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades establecidas en la misma norma.

Algunas de las acciones que el Estado mexicano está obligado a realizar son el establecimiento de medidas contra la discriminación y de acciones afirmativas que permitan la inclusión social de las personas con discapacidad, en los ámbitos de la salud y asistencia social, laboral, educativo, de vivienda, transporte público, comunicaciones, deporte, recreación, cultura, turismo, acceso a la justicia, libertad de expresión, acceso a la información, entre otros. De lo que se advierte que la perspectiva de discapacidad se debe incorporar a todo el quehacer gubernamental y en lo abierto al público y de uso público.

Otras medidas que se deben implementar son el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas, la creación y revisión de normas técnicas y programas, la capacitación de servidores públicos, la adaptación de infraestructura, la facilitación de instrumentos accesibles y el otorgamiento de apoyos administrativos, técnicos, humanos y financieros.

Respecto a las acciones legislativas en las que se formulan y producen normas para lograr la igualdad ante la ley y en virtud de ella, cabe destacar que en nuestro país cada entidad federativa tiene una ley especializada en la materia, sin embargo, no sólo se trata de crear normas específicas para esta población, sino que también es importante transversalizar la perspectiva de discapacidad en el resto del sistema jurídico y armonizar la legislación ya existente con los estándares de la CDPD.

Sobre este tema, es necesario tener en cuenta que según lo estipulado en el artículo 4.3 de la CDPD, el Estado debe celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con niñas, niños, adolescentes y personas adultas con discapacidad, al adoptar decisiones sobre cuestiones relacionadas con esta población, lo que incluye los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, así como de elaboración y aprobación de normas.

Finalmente, el poder judicial también tiene un papel muy importante para garantizar la justicia de las personas con discapacidad asegurando que los procesos judiciales sean accesibles y capacitando a quienes trabajan en la administración

de justicia. Además de la tarea que le corresponde de velar por los derechos de esta población al aplicar e interpretar las normas y emitir (y ejecutar) sentencias respetuosas de sus derechos.

## 2. *Particulares*

El Estado no es el único destinatario de las obligaciones en materia de discapacidad, los particulares también son sujetos obligados. En específico, el artículo 3 de la LGIPCD establece que las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios a las personas con discapacidad están obligadas a la observancia de esa ley. Comercios, escuelas, centros de trabajo, servicios bancarios, inmobiliarios, médicos, turísticos, de transporte y comunicaciones, por mencionar algunos, deben adoptar medidas para incluir a las personas con discapacidad y permitirles acceder a los bienes y servicios que ofertan, en igualdad de condiciones con las demás personas.<sup>22</sup>

Otras obligaciones de los particulares están establecidas en Normas Oficiales Mexicanas, por ejemplo, la NOM-015-SSA3-2012, que establece los lineamientos para la atención integral a personas con discapacidad en servicios de salud,<sup>23</sup> la NOM-034-STPS-2016, que determina las condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo,<sup>24</sup> y la NOM-008-SEGOB-2015 relacionada con las acciones de prevención y condiciones de seguridad para personas con discapacidad en materia de protección civil en situación de emergencia o desastre.<sup>25</sup>

## V. PRINCIPIOS GENERALES

La CDPD se construyó con base en los principios de igualdad y de autonomía, contenidos en otros tratados internacionales de derechos humanos, pero redefinidos conforme a la situación particular de desventaja, opresión histórica y exclu-

---

22 *Idem.*

23 Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA3-2012, Para la atención integral a personas con discapacidad. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Salud, 14 de septiembre de 2012.

24 Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 20 de julio de 2016.

25 Norma Oficial Mexicana NOM-008-SEGOB-2015, Personas con discapacidad. Acciones de prevención y condiciones de seguridad en materia de protección civil en situación de emergencia o desastre. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, 12 de agosto de 2016.

sión sistemática que afecta a las personas con discapacidad.<sup>26</sup> Así, en el artículo 3 de la CDPD encontramos los ocho principios generales del tratado:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Estos principios generales no son meras expresiones de buenos deseos, sino que transmiten la esencia de la Convención y, por eso, deben ser usados como brújula al interpretar y garantizar los derechos de las personas con discapacidad, así como al implementar acciones para cumplir con las obligaciones contenidas en la CDPD.

La LGIPCD replica los mismos principios de la CDPD y añade los principios de equidad, justicia social y transversalidad (artículo 2, fracción XXIV).

### ***1. Principios a) y c): Respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; y participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad***

La CDPD establece como uno de sus principios el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, es decir, a ese valor intrínseco que poseemos como seres humanos. Esto cobra relevancia si tomamos en cuenta la historia de discriminación estructural y exclusión a las que ha sido sometido ese grupo. El respeto a la dignidad es tan central que el tratado no sólo lo establece como principio general sino también como propósito de la propia convención (artículo 1). Además, la CDPD especifica que la dignidad humana se ve vulnerada cuando se discrimina a una persona por razón de su discapacidad.

---

26 Del Águila, Luis Miguel, *op. cit.*, p. 57.

Este respeto a la dignidad humana se relaciona con el reclamo de las personas con discapacidad de ser protagonistas y responsables de su vida privada y de participar y tomar decisiones en la vida pública, lo que tiene una estrecha relación con el principio de autonomía individual, entendida como la libertad de tomar decisiones sin injerencias y como el fundamento del resto de libertades. Aunque cabe aclarar que el hecho de que las personas con discapacidad puedan requerir asistencia o apoyo para ejercer sus derechos, no compromete su autonomía e independencia, ya que autonomía no implica autosuficiencia y en muchos casos son esas medidas las que precisamente posibilitarán su participación e inclusión en la vida en sociedad.

El principio de autonomía se relaciona con múltiples derechos reconocidos en la CDPD, entre ellos, con el artículo 19 de la CDPD que reconoce el derecho a vivir de manera independiente y a ser incluido en la comunidad y con el artículo 12 de la CDPD en el que se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.<sup>27</sup>

Sobre el tema, en un caso en el que una persona con discapacidad buscaba el cese de su estado de interdicción, la SCJN señaló que “[u]na verdadera percepción de la dignidad de los seres humanos apunta en favor de la libertad individual, no de la coerción”.<sup>28</sup> Así como que el principio de la dignidad humana tiene que ver con que las personas gozan del derecho de gobernar sus propias vidas y que tomar en serio este principio implica tomar en serio las decisiones y el consentimiento de cada persona.

## ***2. Principios b), d), e) y g): No discriminación, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, igualdad de oportunidades e igualdad entre el hombre y la mujer.***

La igualdad y la no discriminación son tanto principios como derechos. Están estrechamente relacionados entre sí y son un elemento fundamental del derecho internacional de los derechos humanos. En la CDPD estos principios están relacionados con los diversos derechos que son reconocidos a las personas con discapacidad, al señalar que deben ser garantizados “en igualdad de condiciones con las demás” personas.<sup>29</sup>

---

27 *Ibidem*, pp. 61-65.

Della Fina, Valentina *et al.* (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Suiza, Springer, 2017, pp. 121-124.

28 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 4/2021, 16 de junio de 2021, párrs. 109-110.

29 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018, párr. 7.



La igualdad y la no discriminación prohíben las distinciones arbitrarias o injustificadas. Al respecto, se debe precisar que un trato diferenciado a una persona o un grupo, por sí mismo, no constituye un acto discriminatorio. Por ejemplo, están justificadas las medidas positivas encaminadas a lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad (artículo 5.4 de la CDPD). Para que califique como discriminación deben concurrir estos elementos: i) un trato diferenciado o desigual que afecte el ejercicio de un derecho; ii) un motivo prohibido para hacer la diferenciación; y, iii) que sea injustificada la distinción.<sup>30</sup> Los motivos prohibidos proyectan la existencia de grupos que han sufrido vulneraciones sistemáticas a sus derechos fundamentales por determinadas condiciones, como las discapacidades.<sup>31</sup>

De acuerdo con el Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad de la ONU, la “discriminación por motivos de discapacidad” puede afectar a personas que tienen una discapacidad, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta (la discriminación puede darse con base en una deficiencia real o percibida). También afecta a las personas asociadas a personas con discapacidad, lo que se conoce como discriminación por asociación.<sup>32</sup>

En este sentido, se ha dicho que el derecho a la igualdad implica tratar igual a las personas iguales. Sin embargo, otros movimientos por la igualdad, como el de género o raza, nos enseñaron que tratar a dos personas de manera igual, cuando una de ellas viene de una situación de desventaja, sólo perpetúa la desigualdad. Por ello, además de una idea de igualdad formal que lucha contra la discriminación directa, ha sido necesario desarrollar una noción de igualdad sustantiva que también aborde la discriminación indirecta y estructural. Esto también es aplicable en relación con la discapacidad.

Para lograr la igualdad de las personas con discapacidad no basta con buscar tener una sociedad que no estigmatice la discapacidad, es decir, que sea neutral

---

30 Bregaglio Lazarte, Renata, “Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 76-78.

31 Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

32 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6..., *op. cit.*, párrs. 2 y 20.

ante la discapacidad e ignore las diferencias entre los seres humanos. Se requiere corregir la situación de desventaja estructural en la que se encuentra esta población, para lo que es necesario hacer adaptaciones y cambios, redistribuir las desventajas económicas, combatir el estigma y los estereotipos y así dar cabida a la diferencia. Sólo así se lograrán igualar las oportunidades.<sup>33</sup> Con esto en cuenta, la CDPD desarrolla un nuevo modelo de igualdad al que llama igualdad inclusiva.<sup>34</sup>

Además, la CDPD pone énfasis en la igualdad de género, pues reconoce que las mujeres y las niñas con discapacidad con mayor frecuencia enfrentan discriminación múltiple e interseccional, por lo que para garantizar que ejerzan sus derechos es necesario tomar medidas para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de las mujeres (artículo 6).

Al prohibir la discriminación también se garantiza el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas. Este principio de respeto de la diferencia está relacionado con el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad, que precisamente considera a la discapacidad como parte de la diversidad humana y, por ello, no busca eliminarla sino que reconoce su valor y su contribución a la sociedad. En este mismo sentido, la CDPD establece el compromiso de los Estados de adoptar medidas para que la sociedad en su conjunto tome mayor conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad (artículo 8).

Sobre discriminación por motivos de discapacidad, en el Amparo Directo en Revisión 1387/2012, la SCJN se pronunció sobre un caso de discriminación directa en el que una persona por su condición de discapacidad recibió un trato menos favorable que las demás personas.

La situación fue que una empresa publicó en línea una oferta de trabajo para pasante de derecho, la cual señalaba expresamente que no contemplaba la contratación de personas con discapacidades. Por considerar que se trataba de un acto discriminatorio que la excluía de cualquier oportunidad para competir por ocupar la vacante ofertada y que transmitía un mensaje estigmatizante respecto de las personas con discapacidad, una mujer con discapacidad que cumplía con el resto de los requisitos solicitados en el anuncio demandó a la empresa por daño moral, en la vía civil.

---

33 Fredman, Sandra, "Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?", en Lawson, Anna (ed.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, EUA y Canadá, Hart Publishing, 2005, pp. 203-213.

34 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6..., *op. cit.*, párr. 11.

Cuando el caso llegó a la Suprema Corte, ésta resolvió que la sola publicación de la oferta de trabajo, al excluir a las personas con discapacidad, era discriminatoria. El motivo es que no había una justificación razonable entre el fin (ofertar una vacante para desempeñar una labor de carácter intelectual) y la medida (excluir a las personas con discapacidad). En ese sentido, para evitar la exclusión de las personas con discapacidad, la Suprema Corte dijo que los exámenes y criterios de selección para cubrir una vacante deben enfocarse en las calificaciones, conocimientos y competencias específicas que se consideren esenciales para desempeñar las funciones del puesto. Por lo anterior, se tuvo por acreditado el daño moral y se declaró procedente el pago de una indemnización.<sup>35</sup>

En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

podría resultar razonable y admisible la decisión de no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad en caso de que ésta sea incompatible con las funciones esenciales que se van a desempeñar. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para decidir no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Esto obliga a una fundamentación más rigurosa que determine las razones objetivas por las que se adopta dicha decisión.<sup>36</sup>

Así como que quien tiene la carga de probar que la diferencia de trato a una persona con discapacidad se encuentra justificada, sin fundamentarlo en estereotipos, es al Estado.<sup>37</sup>

Esto, lo argumentó la Corte Interamericana en el caso Guevara Díaz contra Costa Rica, en el que declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por no haber seleccionado al señor Guevara en un concurso público para ocupar un puesto en el Ministerio de Hacienda y, por ende, haber cesado su relación laboral, debido a su discapacidad intelectual. La Corte señaló que existían diversos oficios emitidos por las autoridades en los que hacían claras (y agregaría ofensivas) alusiones a la discapacidad del señor como motivo para no contratarle, como un documento en el que refieren que no es apto para el puesto por “sus problemas de retardo y bloqueo emocional”. Además de que había diversos elementos para concluir que el hombre cumplía con los requisitos para ser contratado, tales como que obtuvo la calificación más alta en el concurso, que contaba con años de experiencia en el puesto, pues lo había ocupado de manera interina, que

---

35 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1387/2012, 22 de enero de 2014, párrs. 160-196.

36 Corte IDH, Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Párr. 80.

37 *Ibidem*, párr. 50.

no se había reportado que hubiera tenido un desempeño deficiente y, al contrario, se había reconocido su efectividad y, sin embargo, no fue seleccionado para ocupar el puesto. En ese contexto, la Corte Interamericana concluyó que existió una diferencia de trato que no tuvo una justificación objetiva y razonable y que únicamente estuvo basada en la discapacidad, lo que constituyó un acto de discriminación directa en el acceso al empleo, y por ende, vulneró el derecho al trabajo del señor Guevara.<sup>38</sup>

Por otro lado, sobre discriminación indirecta por motivos de discapacidad, en el Amparo Directo en Revisión 8314/2019, la Suprema Corte conoció del caso de una persona con discapacidad a quien se le había negado el acceso al Programa de Apoyo Alimentario o al diverso de Desarrollo Humano Oportunidades, por considerar —derivado de un estudio socioeconómico— que no tenía ingresos inferiores a la Línea de Bienestar Mínimo, lo que era un requisito de elegibilidad. La Corte resolvió concederle el amparo en contra de dicha negativa, pues consideró que es inconstitucional, por vulnerar el derecho a la igualdad, que las reglas de operación del programa establecieran ese criterio de elegibilidad, ya que los hogares con al menos un integrante con discapacidad pueden gastar hasta tres veces más en alimentos, vivienda y salud que el resto de las familias (por los gastos de salud, dispositivos o servicios de asistencia, dietas especiales, por la falta de transporte público accesible, etcétera), lo que implica que los costos adicionales que genera la discapacidad se traducen en que el mismo nivel de ingresos represente diferentes niveles de vida para diferentes hogares, sin que esto sea considerado por el programa de inclusión social controvertido. De este modo, la Corte concluyó que establecer el ingreso como requisito único de elegibilidad de los programas sociales referidos generó un trato desigual para las personas y hogares que afrontan los costos de la discapacidad, en violación del derecho a la igualdad y recordó que la regulación y acceso a apoyos sociales no sólo deben cumplir con un principio de igualdad formal sino que también deben abordar la discriminación indirecta y estructural para lograr la igualdad sustantiva, que incluya una dimensión redistributiva que permita afrontar las desventajas socioeconómicas.<sup>39</sup>

Otro ejemplo de discriminación es el que se dio cuando una familia conformada por una mujer ucraniana, un hombre danés con discapacidad (que en ese momento no podía incorporarse a la vida laboral, por lo que percibía prestaciones sociales) y su hijo solicitaron a Dinamarca la reunificación familiar y un permiso de residencia para la esposa, para que no fuera expulsada del país. Sin embargo, la solicitud les fue negada con base en el artículo 9, párrafo 5, de la Ley

---

38 *Ibidem*, párrs. 76-82.

39 SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 8314/2019, 23 de septiembre de 2020, pp. 27-36.

de Extranjería de Dinamarca que establece que no puede concederse un permiso de residencia por motivos de reunificación familiar si el cónyuge del solicitante ha percibido prestaciones sociales durante los tres años anteriores a la presentación de la solicitud. El caso llegó al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, quien observó que el requisito de autosuficiencia de la Ley de Extranjería representó una barrera que afectó de forma desproporcionada al esposo ya que su discapacidad se relacionaba directamente con su necesidad de recibir prestaciones sociales. Por tanto, el Comité concluyó que el rechazo de la solicitud de reunificación familiar implicó un acto de discriminación indirecta hacia el señor con discapacidad, mismo que obstaculizó su derecho a la vida familiar.<sup>40</sup>

### 3. Principio f): Accesibilidad

La accesibilidad es un principio general de la CDPD (artículo 3), pero también es un derecho con una obligación correlativa a cargo de autoridades y particulares (artículo 9 de la CDPD y artículo 16 de la LGIPCD). Es un principio nuevo en los tratados de derechos humanos y refleja el cambio de paradigma consagrado en la CDPD, esto es, el enfoque en eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad, para lograr que puedan gozar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. La eliminación de esas barreras es el objetivo de la accesibilidad.<sup>41</sup> Esta figura será desarrollada con mayor detalle en el apartado de derechos de las personas con discapacidad.

### 4. Principio h): Respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Este principio fue propuesto por el Caucus Internacional de la Discapacidad<sup>42</sup> para atraer la atención sobre el hecho de que, aunque se reconoce que los niños y las niñas son personas sujetas de derechos y que progresivamente pueden ejercerlos de manera autónoma, a las niñas y los niños con discapacidad se les impide este ejercicio autónomo de manera desproporcionada. Así, con la inclusión de este principio se pretendió reconocer el derecho de las infancias con discapacidad a

---

40 Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 39/2017, CRPD/C/20/D/39/2017, Naciones Unidas, 2018.

41 Della Fina Valentina, *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 130.

42 Este Caucus representó a más de 70 organizaciones de personas con discapacidad y organizaciones de la sociedad civil aliadas que participaron activamente en la negociación de la CDPD.

ser involucradas en las decisiones que les afectan, lo que les permitirá desarrollar sus habilidades de toma de decisiones y promoverá su activa participación en la comunidad.<sup>43</sup>

## VI. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### 1. *Accesibilidad*

La accesibilidad es la meta consistente en que no haya barreras que impidan a las personas con discapacidad acceder en igualdad de condiciones con las demás personas “al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales” (artículo 9 de la CDPD y 2 de la LGIPCD).

Tratándose de entornos, bienes, productos o servicios nuevos y que se crean de manera posterior a la expedición de normas de accesibilidad que les sean aplicables, la obligación de accesibilidad consiste en que se diseñen, construyan o produzcan de forma accesible, para lo que son aplicables los principios de diseño universal. Esto es, que lo puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado (artículo 2 de la CDPD).

Por otra parte, en el caso de los diseños, construcciones o producciones anteriores a la expedición de normas de accesibilidad aplicables, la obligación de accesibilidad consiste en que de manera continua y sistemática se eliminen las barreras y obstáculos existentes para que los entornos, bienes, productos o servicios se vuelvan accesibles para el mayor número de personas, sin la necesidad de adaptaciones. Por la naturaleza de esta obligación, se entiende que debe cumplirse de forma gradual, pero progresiva, para lo que es necesario establecer planes con plazos de cumplimiento y con asignación de recursos económicos y materiales, además de mecanismos de supervisión y sanción para cuando haya incumplimiento.<sup>44</sup> La LGIPCD establece que las dependencias y entidades competentes de la Administración Pública de los tres niveles de gobierno, bajo la coordinación del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, deben elaborar programas en materia accesibilidad, desarrollo urbano y vivienda, elaborar la certificación en materia de accesibilidad a instalaciones

---

43 Della Fina, Valentina *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 134.

44 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6..., *op. cit.*, párrs. 24-25.

públicas o privadas y supervisar la aplicación de las distintas normas (artículo 16). De acuerdo con dicha ley, algunos elementos que garantizan la accesibilidad en la infraestructura son: el uso de señalización, facilidades arquitectónicas, tecnologías, información, sistema braille, lengua de señas mexicana, ayudas técnicas, perros guía u otros animales de servicio y otros apoyos (artículo 17).

Se entiende que el diseño universal está dirigido a atender las necesidades de todas las personas y las medidas de accesibilidad las necesidades de las personas con discapacidad en general,<sup>45</sup> por ende, implementarlas es una obligación que existe sin necesidad de que medie la solicitud de alguna persona para acceder a un lugar o utilizar un servicio.<sup>46</sup> Sin embargo, considerando la inmensa diversidad dentro de la humanidad es posible que aun cumpliendo con el diseño universal y con los estándares de accesibilidad, haya entornos, productos, bienes o servicios que no sean accesibles para un número (reducido, en el escenario ideal) de personas. Igualmente, tomando en cuenta la progresividad de la obligación de accesibilidad, tampoco serán accesibles los lugares, cosas o comunicaciones que estén en vías de ser adaptadas para serlo. Para estos casos, la CDPD prevé la obligación de proporcionar ajustes razonables, esto es, de hacer las modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada, cuando se requieren en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el acceso en igualdad de condiciones (artículo 2 de la CDPD).

Se habla de que los ajustes deben ser razonables en el sentido de que deben ser necesarios y adecuados para lograr el acceso de la persona con discapacidad de que se trate y, en ese sentido, que estén diseñados para satisfacer las necesidades de esa persona en concreto.<sup>47</sup> Además, la implementación de los ajustes no deben imponer una carga desproporcionada o indebida, es decir, al valorar si se van a otorgar, se puede evaluar la proporcionalidad entre los medios empleados para adoptar la medida y el fin que se busca, esto es, el disfrute de un derecho.<sup>48</sup>

Denegar un ajuste razonable de manera injustificada, de acuerdo con el artículo 2 de la CDPD, constituye discriminación, y quien tiene la obligación de demostrar que la carga de implementar el ajuste sería desproporcionado o indebido es el garante de los derechos.<sup>49</sup>

---

45 Bregaglio Lazarte, Renata, *op. cit.*, pp. 91-92.

46 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6..., *op. cit.*, párr. 25.

47 *Idem.*

48 *Ibidem*, párr. 26.

49 *Idem.*

Un ejemplo de medidas de accesibilidad es que el Metrobús de la Ciudad de México nombre las estaciones con letras, con pictogramas y colores, con letreros en Braille y que se anuncie en audio en que estación se encuentra la unidad y cuál es la siguiente parada, así como que en la estación haya guías podotáctiles, rampas y señalización con pictogramas.

Algunos ejemplos de ajustes razonables en un contexto escolar para un estudiante con autismo son: que se hagan modificaciones curriculares como incorporar los intereses específicos del estudiante en las actividades de aprendizaje, que se limite la iluminación artificial del aula y se aumente la luz natural, que se hagan rutinas con las actividades cotidianas o que se le anuncie a través de pictogramas lo que sucederá en el día, por ejemplo, que el día iniciará con la clase de español, luego habrá cambio de profesorado para la clase de inglés y luego habrá un receso con una duración de tantos minutos, o que se le anuncie con anticipación de las actividades que alterarán la rutina, como un simulacro de sismo, una celebración de cumpleaños o la sustitución de alguien del profesorado. Aunque recordemos que todo dependerá de las necesidades específicas de la persona.

En un contexto laboral, un ajuste razonable podría consistir en adquirir mobiliario adaptado, instalar un lector de pantalla en una computadora, hacer una modificación al horario laboral de una persona o cambiar algunas de sus funciones.<sup>50</sup>

## 2. Acceso a la justicia

La protección del derecho de acceso a la justicia a las personas con discapacidad, más allá de una igualdad formal que exigiría dar el mismo trato a todas las personas, está fuertemente relacionado con garantizar una igualdad sustantiva. Para esto, entre otras medidas, es necesario que: a) se garantice la accesibilidad en los servicios de justicia y en la información sobre cómo funciona el sistema de justicia; b) que en los procedimientos se permita el uso de las distintas formas de comunicación que utilizan las personas con discapacidad y que están reconocidas en el artículo 2 de la CDPD;<sup>51</sup> c) que se capacite a los operadores del sistema de

---

50 Para una revisión más a profundidad del tema, véase Pinkus, María Fernanda, “Medidas para lograr la igualdad inclusiva de las personas con discapacidad”, en Latapie, Ricardo (coord.), *Discriminación: Problemas Contemporáneos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022 (en prensa).

51 Artículo 2 de la CDPD: “A los fines de la presente Convención: La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos,



justicia para concientizarles sobre las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad, para luchar contra los estereotipos y prejuicios que recaen sobre esa población y para que entiendan sus necesidades específicas; y, d) que se realicen ajustes al procedimiento, adecuados a la edad de la persona que participa directa o indirectamente en el procedimiento judicial, en todas las etapas de investigación y otras etapas preliminares, tal y como le exige el artículo 13 de la CDPD.

A diferencia de los ajustes razonables, los ajustes al procedimiento no están limitados por el criterio de proporcionalidad, aunque también sirven para atender a las necesidades de una persona específica y se realizan sobre la base de su voluntad y preferencias. Por eso, denegarlos cuando una persona con discapacidad los requiere, constituye discriminación en relación con el derecho de acceso a la justicia.<sup>52</sup>

En este sentido, el derecho de acceso a la justicia también implica que se eliminen las barreras actitudinales a las que frecuentemente se enfrentan las personas con discapacidad. Por ejemplo, es común que las autoridades que reciben una denuncia como pudiera ser de acoso o violación de una mujer con una discapacidad relacionada a una deficiencia intelectual no la tomen en serio por considerar (con base en un prejuicio) que su testimonio no puede ser confiable y, por tanto, no le den el trámite legal que corresponde y le nieguen su acceso a la justicia.<sup>53</sup>

De acuerdo con la Suprema Corte, son ejemplos de ajustes al procedimiento que se modifique el lugar en que desarrolle una entrevista con una persona con discapacidad para que sea adecuado y conveniente para dicha persona, que se acuerde con la persona la fecha de la entrevista para que se asegure su presencia y la de sus personas de apoyo, así como el tiempo de duración de ésta y, si es necesario, se fraccione en dos o más sesiones.<sup>54</sup>

En el Amparo en Revisión 1368/2015, que también revisaremos en el apartado de capacidad jurídica, la SCJN señaló que un ejemplo de ajuste al procedimiento para garantizar la accesibilidad cognitiva en el sistema de impartición de justicia es dictar resoluciones en un formato accesible que suministre la información de un modo fácil de leer y comprender y que puede implicar la participación de una persona de apoyo para la comunicación (párr. 66). Esto, en contraposición a un

---

medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso...”.

52 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC, Naciones Unidas, 2017, párrs. 25 y 26.

53 Kanter, Arlene, *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*, New York, Routledge, 2015, p. 223.

54 SCJN, Amparo Directo 4/2021, 16 de junio de 2021, párr. 241, inciso e).

sistema de justicia en el que la información se proporcione utilizando un lenguaje especializado e inaccesible para la persona involucrada, lo que crea una barrera para el acceso a la justicia (párrs. 64 y 65).

Sobre el tema, el artículo 83, fracción III, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé una medida de accesibilidad en el contexto de acceso a la justicia consistente en la obligación de que las autoridades que substancien procedimientos jurisdiccionales o administrativos deberán proporcionar información clara, sencilla y comprensible para la niñez y adolescencia con discapacidad sobre el procedimiento en el que participen, incluyendo, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura.

### 3. *Capacidad jurídica*

Los códigos civiles y las leyes de familia en México establecen que las personas menores de 18 años y las declaradas en estado de interdicción tienen incapacidad natural y legal.<sup>55</sup> Por regla general restringen a estas personas su capacidad de ejercicio y se señala que la pueden ejercer a través de un representante.

En relación con los niños, las niñas y los adolescentes (con y sin discapacidad) es necesario reinterpretar estas normas a la luz del principio de autonomía progresiva, que obliga a promover su participación y tomar en cuenta su opinión, de acuerdo con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, en todos los asuntos que les atañen (artículo 2, fracción II de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes).

Respecto a las personas adultas, la ley hace suposiciones sobre las habilidades y deficiencias de las personas. El estado de interdicción presume que las personas con ciertas deficiencias o diversidades funcionales carecen de capacidad para tomar decisiones.<sup>56</sup>

Los códigos civiles y leyes de familia en México varían la fórmula sobre quiénes son las personas que pueden ser declaradas en estado de interdicción. Ésta es una lista de las características a las que aluden: personas “disminuidas o perturbadas en su inteligencia”, privadas de su inteligencia por “locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos” o privadas de sus funciones de pensamiento, raciocinio y toma de decisiones, y personas con enfermedades, trastornos, deficiencias o discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Algunas normas agregan que esas características deben tener como consecuencia

---

55 Por ejemplo, el artículo 23 del Código Civil Federal.

56 Kanter, Arlene, *op. cit.*, p. 241.

que las personas no puedan gobernarse o manifestar su voluntad por sí mismas o por algún medio que las supla. También hay referencias a personas con uso problemático de alcohol o drogas.<sup>57</sup>

De esta manera, observamos que (además de que la mayoría son expresiones peyorativas) las distintas formulaciones de los códigos civiles y las leyes de familia del país afectan directa e indirectamente a las personas con discapacidad como destinatarias de una restricción a su capacidad de ejercicio.

Con la restricción a la capacidad jurídica, se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar algunas o (como casi siempre sucede) todas las decisiones en relación con su propia vida. Aunque esto se ha visto como un acto de benevolencia y no de castigo, pues se supone que el tutor o tutriz proteja a la persona que se considera que se encuentra en estado de indefensión, la figura es muy intrusiva de la vida privada y se presta a que haya abusos, tal como ha sido debidamente documentado por investigaciones alrededor del mundo. Además de que la etiqueta de incompetencia que se coloca sobre la persona le quita agencia, lo que afecta su dignidad y, de acuerdo con diversos estudios, afecta negativamente su personalidad y su desarrollo, pues una vez que la persona es catalogada como incapaz, sucede que ella misma comienza a dudar de su capacidad y a creer que diversas decisiones están fuera de su control, lo que se suma al hecho de que es común que su voluntad y preferencias pronto empiecen a ser ignoradas por no ser consideradas relevantes (ya que es alguien más quien tiene la facultad de tomar las decisiones en relación con la vida de esa persona). Aunado a que, como consecuencia de la declaración de incapacidad jurídica, la persona dejará de tener la oportunidad de seguir desarrollando ciertas habilidades, como precisamente la habilidad para tomar decisiones, lo que confirmará el diagnóstico: se vuelve una profecía autocumplida.<sup>58</sup>

También cabe hacer notar que, aunque la ley contempla como medio de convicción el uso de evidencia científica en la forma de una evaluación a cargo de un médico (psiquiatra o alienista) o de profesionales de la psicología que certifiquen la incapacidad de la persona,<sup>59</sup> tales evaluaciones han sido muy criticadas por

---

57 Por ejemplo, el artículo 450 del Código Civil Federal estipula que tienen incapacidad natural y legal las personas mayores de edad “disminuid[a]s o perturbad[a]s en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquell[a]s que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

58 Kanter, Arlene, *op. cit.*, pp. 240, 242 y 243.

59 Por ejemplo, véase el artículo 905, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

diversas investigaciones. Se ha considerado que los criterios para llegar a sus conclusiones son demasiado vagos, que la evidencia no es clara, que la mayoría de las decisiones se basan solamente en la etiqueta de discapacidad y no en verdaderas pruebas sobre la falta de habilidad de la persona para tomar decisiones.<sup>60</sup> Sumado a que un estándar de prueba así de bajo, en otros ámbitos, nunca sería aceptable para privar a las personas de los derechos que aquí están en juego, como la libertad, la autonomía o la vida privada. Sucede que en el caso de la interdicción el acto queda oculto bajo una intención de protección que se relaciona con un espíritu proteccionista y paternalista del Estado y por eso es tolerado. En México, lo mismo se puede corroborar de revisar procedimientos de interdicción, en los que se advierte que lo más común es que médicos psiquiatras practiquen en un par de minutos un examen mental a la persona, en el que tras realizar unas pocas preguntas llegan a determinaciones muy tajantes sobre la falta de capacidad de la persona para tomar sus propias decisiones y para “gobernar” su propia vida, sin que se explique el sustento de dichas conclusiones. A lo que se suma que generalmente no se realiza ninguna clase de ajuste para realizar el examen, de modo que no se toma en cuenta el modo de comunicación de la persona, su contexto o su desarrollo cognitivo, lo que devela que se le está comparando con un estándar de normalidad (socialmente impuesto) que se espera que alcance y que sólo se está midiendo el déficit, lo que será usado para restringir sus derechos, en vez de poner apoyos y eliminar las barreras necesarias para que pueda ejercerlos, de modo que el abordaje corresponde al modelo médico o rehabilitador de la discapacidad.

Precisamente en respuesta a ciertas preocupaciones que había en torno a las leyes que existen en el mundo de tutela y curatela que autorizan que una persona tome decisiones en nombre y representación de otra que es concebida como incapaz o incompetente para tomar sus propias decisiones, sin siquiera tener que consultarle o aunque sean contrarias a lo que la persona en interdicción quiere para su propia vida, durante la redacción de la CDPD, se propuso (y después se aprobó) la inclusión del actual artículo 12 de dicha Convención.<sup>61</sup>

Aunque hay algunas personas que argumentan que el artículo 12 de la CDPD no mandata la abolición del estado de interdicción, actualmente existe un amplio consenso en la comunidad internacional de que dicho artículo, en efecto, exige la abolición de las leyes de tutela y curatela como las conocemos, es decir, como figuras que sustituyen la voluntad de las personas con discapacidad.<sup>62</sup>

---

60 Kanter, Arlene, *op. cit.*, p. 241.

61 *Ibidem*, p. 236.

62 *Ibidem*, p. 235.

El artículo 12 de la CDPD,<sup>63</sup> en términos de la doctrina mexicana, abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio, pues prevé el concepto de igual reconocimiento ante la ley, en relación con el concepto de personalidad jurídica como con el de capacidad jurídica. Es decir, se refiere tanto a la capacidad de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones como a la capacidad de actuar bajo la ley.

Esta interpretación se corrobora de los trabajos preparatorios de la CDPD en los que se advierte que se rechazó la inserción de una nota al pie en el artículo 12 que acotara que el reconocimiento a todas las personas con discapacidad era en relación sólo a la capacidad de goce, pero no a la de ejercicio. También se deriva del título del citado artículo 12 “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, que clarifica que bajo el derecho internacional, las personas con discapacidad gozan no sólo del derecho a la capacidad jurídica sino también a ejercerlo en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Además, del punto 5 del artículo 12 de la CDPD —que especifica que los Estados deberán tomar todas las medidas para garantizar a las personas con discapacidad su derecho a ser propietarias, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, a acceder a préstamos bancarios e hipotecas— se advierte una clara referencia a la capacidad de ejercicio.<sup>64</sup>

---

63 Artículo 12 de la CDPD. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

64 Kanter, Arlene, *op. cit.*, pp. 236, 253 a 258.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado el artículo 12 de la CDPD en el sentido de que mandata a transitar de los regímenes de sustitución de la voluntad consagrados en las instituciones de tutela a uno que respete la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad y les brinde apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En específico, el Comité instó a México a que “tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones, que respete la autonomía, la voluntad de la persona, sin importar su nivel de discapacidad”.<sup>65</sup> Para lo que consideró necesario revisar toda la legislación federal y estatal para eliminar cualquier restricción de derechos relacionados con el estado de interdicción o con motivo de la discapacidad de la persona.<sup>66</sup>

Por su parte, la SCJN también ha tenido la oportunidad en múltiples casos de interpretar el estado de interdicción.

La primera vez que la SCJN estudió la figura del estado de interdicción fue al resolver el Amparo en Revisión 159/2013. En este caso, a los 19 años, un joven en el espectro autista había sido declarado en estado de interdicción y se había nombrado a su mamá como su tutriz y a su papá como su curador. Unos años después, sus progenitores explicaron al joven que había sido declarado en estado de interdicción. Inconforme, el joven interpuso un amparo en contra de los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal que regulan el estado de interdicción. Esto, por considerar que violentaban su dignidad humana, su capacidad jurídica y su derecho a la igualdad. El Juez de Distrito le negó el amparo en cuanto al reclamo de inconstitucionalidad del estado de interdicción, por considerar que la CDPD no permitía la restricción a la capacidad de goce, pero sí a la de ejercicio. Solamente le concedió el amparo para que se repusiera el juicio de interdicción y se le garantizara su derecho de audiencia. En contra de esta sentencia, el joven interpuso un recurso de revisión, que fue conocido por la Primera Sala de la SCJN.

Al resolver el Amparo en Revisión 159/2013, la SCJN señaló que el juicio de interdicción conlleva una limitación a la capacidad de ejercicio y que consagra el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, consideró que era posible realizar una interpretación conforme con la Constitución Federal y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del estado de interdicción en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) para que se conci-

---

65 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1, Naciones Unidas, 2014, párr. 24.

66 *Idem.*

quiera a partir del modelo social y del de asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad.<sup>67</sup> Por ello, estableció que caso a caso se debería delimitar cuál es el grado de la discapacidad y, por tanto, la extensión de la limitación a la capacidad jurídica. De modo que quien juzga debía establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad gozaría de plena autonomía y en qué otros deberían intervenir el tutor o tutriz, con la aclaración de que la intervención sería para otorgar asistencia en la toma de decisiones, es decir, con respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Así como se debería propiciar que las restricciones fueran las menos posibles, por el menor tiempo necesario y que tuvieran un debido sustento probatorio. Aunque la Corte también concluyó que podrían existir escenarios en los que, analizadas las diversidades funcionales de la persona —por ejemplo, los casos en los que la persona no pueda externar su voluntad por ningún medio—, se determinara que la asistencia en la toma de decisiones no fuera suficiente para proteger a la persona y se decretara un escenario excepcional de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, permitiendo tomar decisiones bajo el mejor interés de la persona, el cual debería estar sujeto a un mayor escrutinio judicial. Sin embargo, adelante que este criterio ya fue revocado y sustituido por uno que declara la inconstitucionalidad del estado de interdicción.

Después de dictada esta sentencia, la Corte reiteró su criterio de que el abordaje de la discapacidad se debe realizar según el modelo social, así como la regla de que se debe respetar la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. Así lo estableció, por ejemplo, la Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 3859/2014, en el que se analizó si para dar en adopción a su hijo, debía recabarse el consentimiento del padre quien era una persona con discapacidad declarada en estado de interdicción. La Corte resolvió que sí debía recabarse su consentimiento porque además de que sólo tenía suspendida la patria potestad (no la había perdido), debía tomarse en cuenta su voluntad y sus preferencias, sin importar que estuviera en estado de interdicción.

Más tarde, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 107/2015, el Pleno de la SCJN tuvo la oportunidad de nuevamente pronunciarse sobre la constitucionalidad de la restricción a la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. En este caso, estipulada en el artículo 15 del Código Civil de Michoacán.<sup>68</sup>

---

67 Esta regla fue revocada por medio de la creación de un nuevo precedente en el Amparo en Revisión 1368/2016, que se analiza más adelante.

68 Artículo 15. Las discapacidades establecidas por la ley son solo restricciones a la capacidad de ejercicio.

Son personas con discapacidad:

I. Los menores de edad; y,

En esta ocasión, la Corte determinó la inconstitucionalidad de este artículo, por considerar que dicha norma equiparaba el concepto de discapacidad con el de incapacidad, siendo que son nociones distintas, así como que el establecer una regla general de incapacidad jurídica vulnera el derecho a la no discriminación y a la dignidad humana.

Posteriormente, al resolver el Amparo en Revisión 1368/2015, que constituye una sentencia hito, la Primera Sala volvió a analizar la constitucionalidad del estado de interdicción. Este caso surge de la historia de un hombre que había sido declarado en estado de interdicción en 1995. Años después, en 2013, el señor presentó, por su propio derecho, un escrito ante el juez que conoció de su interdicción y le solicitó —en lo que nos interesa— que se reconociera su derecho a vivir donde y con quien él decidiera, su derecho a disponer de sus ingresos económicos y a administrar sus gastos y a que se le reconociera el apoyo que necesitaba para tomar decisiones y para poder vivir de manera independiente. El juez de lo familiar determinó no acordar lo solicitado por el hombre, hasta que fuera solicitado por su tutriz. De manera paralela, el señor también realizó diversas peticiones al juzgado en que se tramitaba una sucesión testamentaria en la que era parte. La jueza que conocía del caso señaló que acordaría la promoción hasta que fuera presentada por la tutriz del señor o se exhibiera la revocación del estado de interdicción.

Inconforme, el hombre promovió un juicio de amparo en contra de estas determinaciones, en contra de todo lo actuado en las diligencias de la jurisdicción voluntaria en la que fue declarado en estado de interdicción y en contra del sistema normativo que regula la interdicción.

El Juez de Distrito sobreseyó el juicio por considerar que la declaración de interdicción había sido consentida, pues había estado debidamente representado por su tutriz y le concedió el amparo sólo para garantizar su derecho de audiencia en el nombramiento de su tutor definitivo. Inconforme, el hombre interpuso el recurso de revisión del que conoció la SCJN.

Al resolver este asunto, primero la SCJN levantó el sobreseimiento decretado, pues determinó que no puede admitirse bajo el modelo social y de derechos humanos, que la garantía de audiencia de una persona con discapacidad se satisfaga

---

II. Las personas físicas que, siendo mayores de edad, presenten una perturbación, afección, alteración o daño, que trastorne las capacidades y funciones de pensamiento, raciocinio y toma de decisiones, provocando que no puedan obligarse por sí mismas o manifestar su voluntad por algún medio.

Las personas con discapacidad podrán ejercer sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes.



con la participación de su tutor o tutriz. Y que con fundamento en los artículos 12 y 13 de la CDPD se debe posibilitar la participación directa de la persona con discapacidad en cualquier proceso en el que esté involucrada. Con esto la Corte reiteró el criterio que había emitido en el Amparo en Revisión 1043/2015 (párrs. 55-59).

Luego, la Corte estudió la constitucionalidad de la figura de interdicción. En esta ocasión, la Primera Sala decidió apartarse del criterio que había establecido al resolver el Amparo en Revisión 159/2013 y concluyó que la figura del estado de interdicción no admite interpretación conforme al ser violatoria del derecho a la igualdad y no discriminación,<sup>69</sup> entre otros derechos, de modo que la declaró inconstitucional y ordenó dejar insubsistente el estado de interdicción decretado al hombre en el año 1995, para que en su lugar se emitiera una resolución que estableciera los apoyos y salvaguardias necesarios para que ejerciera plenamente su capacidad jurídica conforme con el artículo 12 de la CDPD.

Para llegar a esta conclusión, la Corte señaló que los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal hacen una distinción por razón de discapacidad, por lo que —al tratarse de una categoría sospechosa— es necesario comprobar si la distinción tiene un objetivo constitucionalmente imperioso. La Corte estableció que históricamente el estado de interdicción ha tenido como finalidad la protección de las personas con discapacidad, lo que es una finalidad constitucionalmente válida, pero que no existe correspondencia entre la impor-

---

69 Para llegar a esta conclusión aplicó la jurisprudencia: 1a./J. 47/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, Tomo 1, agosto de 2015, página 394, registro digital: 2009726, de rubro y texto: “NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR. Cuando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por dichas personas. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos y ciudadanas. Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. Así pues, el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo.”

tancia de la finalidad perseguida y los efectos perjudiciales que produce la interdicción en otros derechos, ya que la supresión de la capacidad jurídica supone una sustitución completa de la voluntad de la persona con discapacidad. Esto lo contrastó con que el artículo 12 de la CDPD prohíbe negar la capacidad jurídica de las personas con base en una deficiencia y que, en cambio, exige proporcionar el apoyo necesario para ejercerla a quien lo requiera (párrs. 92 a 97).

Más adelante, la Corte reiteró la interpretación del artículo 12 que hizo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en su Observación General número 1 y señaló que no hay ninguna circunstancia que permita privar o limitar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley (párr. 93); que las deficiencias en la capacidad mental no deben ser utilizadas como justificación para negar la capacidad jurídica (párr. 95); que la CDPD reconoce de manera expresa e indudable el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sin excepción alguna, sin hacer diferencia entre discapacidades o por condición mental, y simplemente reconociendo la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos humanos (párrs. 96 y 97).

Aparte de declarar inconstitucional el estado de interdicción, en este precedente, la Corte señala que proporcionar el acceso a apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación estatal derivada del artículo 12.3 de la CDPD. Explica que el hecho de que algunas personas requieran apoyo para ejercer su capacidad jurídica no menoscaba su capacidad. Aclara que las personas con discapacidad deben poder elegir y controlar el tipo y nivel de apoyo que desean recibir, así como quién les presta el apoyo (párrs. 102 a 104 y 112 a 113). En ese sentido, señala que el sistema de apoyos “debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de cada persona, y puede estar conformado por una persona, un familiar, profesionales en la materia, objetos, instrumentos, productos, y, en general, cualquier otra ayuda que facilite el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás”, cuya función sea promover el máximo de autonomía posible para que la persona tome decisiones sobre su propia vida (párrs. 105 y 116). En otros precedentes, la Corte ha dicho que los apoyos “permiten a la persona con discapacidad: a) obtener y entender información; b) evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias; c) expresar y comunicar una decisión; y/o d) ejecutar una decisión”.<sup>70</sup>

Finalmente, la Corte explicó la figura de las salvaguardias y señaló que —como lo indica la CDPD— su finalidad es asegurar que las medidas de apoyo para el

---

70 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 4/2021, 16 de junio de 2021, párr. 184.

ejercicio de la capacidad jurídica “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, así como que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Las salvaguardias deberán estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial, competente e imparcial” (párr. 113). La Corte estableció como salvaguardia que cualquier persona que tenga conocimiento de una influencia indebida o conflicto de interés por parte de los apoyos puede dar aviso al juez (párr. 114). En otros precedentes, la Corte ha añadido que las salvaguardias deben contar con mecanismos de rendición de cuentas y mecanismos para impugnar las acciones de las personas de apoyo cuando se cree que no actúan de acuerdo con la voluntad y preferencias de la persona que recibe el apoyo.<sup>71</sup>

Este criterio fue reiterado por la Suprema Corte en el Amparo Directo en Revisión 44/2018 (respecto del Código Civil del Estado de México), Amparo Directo en Revisión 8389/2018 (respecto del Código Civil para el Estado de Aguascalientes), Amparo en Revisión 702/2018 (respecto del Código Civil y la Ley del Notariado<sup>72</sup> de la Ciudad de México), en el Amparo en Revisión 1082/2019 (respecto del Código Civil para el Estado de Jalisco) y en el Amparo Directo 4/2021 (respecto del Código Civil para el Distrito Federal).

Cabe resaltar el Amparo Directo 4/2021, en el que se resolvió un caso en el que una persona había solicitado el cese de su estado de interdicción, con fundamento en el artículo 12 de la CDPD, la Primera Sala de la SCJN también declaró inconstitucional el procedimiento para decretar el cese del estado de interdicción según el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, principalmente porque es contrario a la dignidad humana, ya que lleva implícito el estereotipo asociado a la discapacidad de que estas personas son incapaces de expresar su voluntad o entender y querer las consecuencias de sus actos y convierte a la persona en un objeto de estudio respecto a su salud, con lo que cuestiona lo que puede o no hacer la persona comparándola con un estándar de normalidad socialmente impuesto y sin garantizar un auténtico derecho de audiencia.<sup>73</sup> En consecuencia, la Corte aclaró que quien juzga debe ejercer sus facultades de control difuso de constitucionalidad para advertir la inconstitucionalidad de las normas procesales que rigen el cese del estado de interdicción y preferir la aplicación directa de la CDPD para reconocer su capacidad jurídica, sin que la salud (mental en ese caso concreto) de la persona deba ser materia de prueba para determinar si procede o

---

71 *Ibidem*, párr. 198.

72 Esta norma fue impugnada porque impone a las notarias y los notarios la obligación de constatar la capacidad natural y legal de las personas que solicitan sus servicios conforme a la regla del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

73 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 4/2021, 16 de junio de 2021, párrs. 124 y 125.

no declarar el cese del estado de interdicción (párr. 127). De este modo, la Corte aclaró que el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica no depende de que se controle con medicamento o se cure una enfermedad ni de que desaparezca la condición de discapacidad de la persona, sino que simplemente es una cuestión de derecho en la que se reconoce que el estado de interdicción es inconstitucional e inconvencional y, por tanto, se procede a reconocer el derecho a la capacidad jurídica de la persona (párrs. 127 y 152).

Además, sobre la figura de salvaguardias, en este caso, la persona con discapacidad había reclamado que en la sentencia de apelación que resolvió su solicitud de cese de estado de interdicción, se había impuesto como salvaguardia “la rendición de informes médicos psiquiátricos por parte de una institución pública de salud mental respecto de [su] condición”. La Corte resolvió que dicha medida, cuya finalidad era la de propiciar que la persona mantuviera “control” de su condición de salud mental, no cumple con las características que debe tener una salvaguardia, pues su finalidad no es impedir abusos por parte de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Además de que este tipo de medidas no pueden ser impuestas por una autoridad, es decir, no pueden existir sin el consentimiento o en contra de la voluntad de la persona. La Corte señaló que el derecho a la libre autodeterminación abarca la libertad de las personas con discapacidad a elegir de manera plena, libre e informada los procedimientos o tratamientos médicos a los que desea someterse, elegir la persona con la que desea atenderse y hasta, en su caso, el tipo de asistencia que requiera de su sistema de apoyo (párr. 217). En este sentido, sobre el caso específico, la Corte le concedió la razón a la persona sobre que al imponerse la rendición de informes mensuales por parte de una institución de salud mental se le obliga a someterse a controles médicos sin contar con su consentimiento, lo que, además de no ser una salvaguardia en términos del artículo 12 de la CDPD, restringe su derecho a decidir, desconoce su capacidad jurídica, vulnera su derecho a la privacidad y a la protección de sus datos personales sensibles, e inclusive podría considerarse un tratamiento médico forzoso o involuntario constitutivo de tortura o maltrato (párr. 118).

Sobre este mismo tema, en el caso Guachalá Chimbo y otros contra Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció del caso de una persona con discapacidad que fue internado en un hospital psiquiátrico con la autorización de su madre, donde recibió tratamiento médico sin dar su consentimiento y del que actualmente no se conoce su paradero. En lo que nos interesa para el tema que estamos abordando, destaca que la Corte Interamericana expuso que el consentimiento informado es un elemento fundamental del derecho a la salud y que el hecho de que el Estado no haya tomado medidas para apoyar a la persona a dar su consentimiento informado para la internación y los tratamientos a los que fue

sometido en el hospital psiquiátrico constituye una vulneración a su autonomía personal y a su capacidad de tomar decisiones sobre su propia vida.<sup>74</sup>

En síntesis, la SCJN reconoce que los sistemas de sustitución de la voluntad como lo es la interdicción están prohibidos por el artículo 12 de la CDPD, por lo que ha declarado la inconstitucionalidad de las normas sustantivas y procedimentales que regulan esa figura. Al mismo tiempo, reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas (es decir, que la capacidad de goce se adquiere con el nacimiento y a los 18 años se adquiere la capacidad de ejercicio); reconoce una obligación estatal de proporcionarles acceso al apoyo que soliciten para ejercer su capacidad jurídica (por ejemplo, para entender el acto jurídico o las posibles consecuencias, para ayudarles a comunicarse o para ejecutar una decisión) y de establecer salvaguardias que impidan que dichas medidas de apoyo cometan abusos o ejerzan una influencia indebida o tengan un conflicto de interés.

#### 4. Consulta y participación

Históricamente no se ha consultado a la población con discapacidad al tomar decisiones sobre cuestiones que afectan su vida, pues como ya hemos señalado a lo largo de este capítulo, lo común es que se tomen las decisiones en su nombre. Sin embargo, bajo el lema “nada de nosotros sin nosotros”, las personas con discapacidad han reclamado ser escuchadas y tener un papel central en todos los asuntos que les conciernen. Así fue como en la negociación, elaboración y redacción de la CDPD participaron de manera muy activa, teniendo un papel determinante para que ese tratado incluyera sus experiencias vitales y sus necesidades.<sup>75</sup>

Además, el reclamo que refleja el lema de este movimiento se convirtió en un compromiso de los Estados Parte de celebrar consultas estrechas y de colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectivo dicho tratado y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con esa población, el cual quedó plasmado en el artículo 4.3 de la CDPD.

---

74 Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423*, , párr. 135.

75 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 7: Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan en la aplicación y el seguimiento de la Convención, CRPD/C/GC/7, Naciones Unidas, 2018, párrs. 1-6.

Para hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a participar es fundamental que se les reconozca como sujetos de derecho, se promueva su derecho a la autonomía personal y se tenga en cuenta su capacidad personal evolutiva.<sup>76</sup>

Las autoridades deben garantizar que la escucha a la población con discapacidad no sea sólo una mera formalidad o un gesto simbólico, sino que verdaderamente se les permita aportar, tomando en cuenta los resultados de las consultas, los cuales deberán estar reflejados en la adopción de decisiones y, lo que, a su vez, deberá ser informado a las personas que hayan participado en el proceso.<sup>77</sup>

Dicho compromiso debe ser leído en conjunto con el inciso o) del Preámbulo de la CDPD en el que se toma en consideración “que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente”; la obligación estatal de garantizar a las personas con discapacidad los derechos políticos y a promover un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar en los asuntos públicos, lo que incluye que puedan constituir organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país y organizaciones de personas con discapacidad que representen a este grupo de población a nivel local, regional, nacional e internacional (artículo 29 de la CDPD);<sup>78</sup> y con la disposición (artículo 33 de la CDPD) de que las personas con discapacidad participarán en el proceso de seguimiento de la aplicación de la CDPD.

Sobre este tema, es importante resaltar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha considerado que las “organizaciones de personas con discapacidad” a las que se refiere el artículo 4.3 de la CDPD sólo pueden ser entendidas como aquellas que son “dirigidas, administradas y gobernadas por personas con discapacidad y la mayoría de sus miembros [son] personas con discapacidad”.<sup>79</sup> En este sentido, el Comité ha distinguido a las organizaciones “de” personas con discapacidad y a las organizaciones “para” las personas

---

76 *Ibidem*, párr. 25.

77 *Ibidem*, párr. 48.

78 En el Amparo en Revisión 702/2018, la Primera Sala de la SCJN se pronunció sobre el derecho a la consulta de las personas con discapacidad y sobre la importancia que tiene la creación de organizaciones de personas con discapacidad para hacer efectivo su derecho a participar en la vida pública y para garantizar todos sus derechos; así como sobre la obligación del Estado de eliminar las barreras que esta población encuentre al buscar ejercer estos derechos (párrs. 216-243).

79 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 7..., *op. cit.*, párr. 11

con discapacidad, entendiendo que estas últimas prestan servicios y/o defienden los intereses de esta población.<sup>80</sup> De modo que tanto las asociaciones civiles en general como las organizaciones para las personas con discapacidad pueden hacer un trabajo importante, pero el mandato de la CDPD es de priorizar la participación y empoderamiento de las organizaciones de personas con discapacidad.

La SCJN se pronunció por primera vez sobre el tema, en la Acción de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017. En el asunto se estudió la validez de la Constitución Política de la Ciudad de México al haberse puesto en duda la consulta a las personas con discapacidad durante el procedimiento legislativo. En esa ocasión la Corte validó la norma al señalar que se resguardó el derecho a la consulta cumpliendo con los requisitos convencionales. Para llegar a esta conclusión, analizó las circunstancias bajo las que se elaboró el ordenamiento reclamado y concluyó que se había procurado activamente la participación plural, diversa e incluyente de diversos grupos considerados de atención prioritaria: uno de ellos fue el de las personas con discapacidad. A pesar de no haber existido una consulta específica, consideró que se procuró la participación activa y central dentro del proceso constitutivo y deliberativo, circunstancia suficiente para alegar que el derecho a la consulta de las personas con discapacidad fue respetado.

Luego, en el Amparo en Revisión 241/2018<sup>81</sup> la Corte especificó que las convocatorias con el objeto de consultar a las personas con discapacidad deben respetar su derecho al acceso a la información. Para cumplirlo, es necesario que la información esté disponible para la gama más amplia de usuarios; se presente de cualquier manera o formato alternativo que permita de forma viable y cómoda acceder a ella; y se facilite de manera oportuna y sin costo adicional al público en general a través de formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a las discapacidades.

Más adelante, al revisar la Acción de Inconstitucionalidad 68/2018,<sup>82</sup> la Corte resaltó la importancia de la consulta a personas con discapacidad en procesos

---

80 *Ibidem*, párr. 13.

81 El asunto inició tras el reclamo a las modificaciones del Estatuto Orgánico del Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad (CONADIS). Se argumentó que la sesión en la que se presentaron y aprobaron las modificaciones era inconstitucional. El amparo fue concedido bajo el argumento de que la Convocatoria de la Asamblea Consultiva del CONADIS, entre otras cosas, no cumplía con el derecho humano de acceso a la información para las personas con discapacidad. Al momento de admitir el recurso de revisión presentado, el Tribunal Colegiado de Circuito solicitó a la Corte el ejercicio de su facultad de atracción.

82 La Corte estudió la reforma a la Ley para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en el Estado y Municipios de San Luis Potosí publicada en el periódico oficial local el 27 de julio de 2018.

de adopción de decisiones sobre cuestiones que les atañen, al señalar que tiene el fin de asegurar que las medidas adoptadas efectivamente sean una respuesta a sus necesidades reales, por lo que estableció que se debe realizar la consulta que mandata el artículo 4.3 de la CDPD cuando la medida legislativa afecta directa o indirectamente a las personas con discapacidad. De igual forma, señaló que el incumplimiento a la obligación convencional resulta suficiente para invalidar la totalidad de los preceptos impugnados.

La Corte reiteró la importancia de esta obligación y las consecuencias de su incumplimiento en la Acción de Inconstitucionalidad 1/2017<sup>83</sup>. En el estudio de este asunto, la Corte identificó que fueron realizadas dos mesas de discusión sobre la iniciativa de la ley reclamada donde se convocaron a agrupaciones de la sociedad civil, padres de familia, legisladores y representantes de dependencias estatales. A pesar de esta convocatoria, resolvió que la obligación a la consulta no había quedado satisfecha. La Corte determinó que no basta que las consultas involucren a las organizaciones y personas que trabajan por estos grupos en situación de vulnerabilidad, sino que es necesario hacer todos los esfuerzos razonables para que la voz de las personas con discapacidad sea escuchada. Asimismo, estableció que en la realización de una consulta debe mediar una convocatoria que sea abierta, pública, incluyente y accesible con el fin de garantizar la participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones.

Posteriormente, en la Acción de Inconstitucionalidad 80/2017 y su acumulada 81/2017<sup>84</sup>, la Corte estableció que la obligación de consultar debe verificarse siempre que una medida, ya sea legislativa, administrativa o de cualquier otra índole pueda tener un impacto directo o indirecto en las personas con discapacidad. Una de las razones detrás de esto es superar el modelo rehabilitador o asistencialista donde las personas con discapacidad son sujetos pasivos y, en cambio, favorecer el modelo social al considerarlas en la definición de sus propias necesidades y así garantizar la pertinencia y calidad de las acciones encaminadas a asegurar el pleno goce de sus derechos.

Como se puede apreciar en los párrafos precedentes, la Corte ha reiterado que las personas con discapacidad tienen derecho a la consulta y eso implica reunir una serie de requisitos. En la Acción de Inconstitucionalidad 41/2018 y su acumu-

---

83 La Corte estudió el decreto 174 por el que se crea la Ley para la Atención y Protección de las Personas con la Condición del Espectro Autista y/o Transtornos del Neurodesarrollo de Nuevo León, publicado en el periódico oficial local el 17 de diciembre de 2016.

84 La Corte estudió la Ley de Asistencia Social para el Estado y Municipios de San Luis Potosí publicada en el periodo oficial local el 20 de junio de 2017 y reformada con posterioridad a través de los decretos 0609 y 0611.



lada 42/2018,<sup>85</sup> la Corte expuso los requisitos que debe cumplir todo órgano del Estado mexicano que intervenga en la creación, reforma o derogación de normas generales que afecten a las personas con discapacidad.

El primero de estos requisitos hace referencia a que la consulta debe ser previa, pública, abierta y regular. Esto quiere decir que el órgano legislativo debe emitir una convocatoria donde plasme las reglas, plazos razonables y procedimientos a través de los cuales las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan puedan participar a lo largo del proceso legislativo, incluido el proyecto de iniciativa. La participación debe quedar garantizada de manera previa al dictamen e incluso durante la discusión ante el pleno del órgano deliberativo, por lo que los momentos de participación deben especificarse desde la convocatoria (pp. 48-49).

El segundo requisito establece que la consulta debe ser estrecha y con participación directa de las personas con discapacidad. En este requisito la Corte señala que las personas con discapacidad no deben ser representadas, aunque sí pueden contar con asesoría, sin que su voluntad sea sustituida. Su participación puede llevarse tanto de forma individual como por conducto de organizaciones de personas con discapacidad o de aquellas que las representen. Además, puntualiza que no puede dejarse de lado la participación de niñas y niños con discapacidad (p. 49).

Un tercer requisito es que las convocatorias deben ser accesibles, por lo que deben de contar con un lenguaje comprensible, en formato de lectura fácil y entendible de acuerdo con las necesidades de las distintas discapacidades. Estas mismas características deberán observarse a lo largo de la iniciativa, dictámenes y debates para garantizar la comprensión de lo que se discuta. El mismo formato deberá estar presente en el decreto por el que se publique el ordenamiento jurídico correspondiente. Para garantizar la participación es necesario que la difusión de la convocatoria sea a través de distintos medios, incluidos los formatos digitales accesibles, con los ajustes razonables que se requieran. De igual forma, se debe facilitar el acceso físico a las instalaciones de los órganos parlamentarios donde se llevará a cabo la participación (pp. 49-50).

Otro requisito va encaminado a que se informe a las personas con discapacidad o comunidades involucradas, de forma amplia y precisa, sobre la naturaleza y consecuencias de la decisión que se pretende tomar. Por otro lado, dentro de los diferentes momentos del proceso legislativo se deberán debatir o analizar las conclusiones obtenidas de la participación de las personas con discapacidad y los

---

85 La Corte estudió la Ley para la Atención Integral de las Personas con Síndrome de Down de la Ciudad de México.

organismos que las representan. La participación efectiva es un pilar por lo que la intervención no debe limitarse a una mera exposición que no surta ningún efecto. El objetivo es obtener un enriquecimiento a través de su visión para que el Estado pueda eliminar las barreras sociales y pueda de esta manera diseñar mejores políticas que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones (pp. 50-51).

Finalmente, el último requisito es que se garantice la transparencia en la información generada por los órganos estatales, la que aporten las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, así como del análisis y debate de sus aportaciones (p. 51).

Más adelante, en la Acción de Inconstitucionalidad 201/2020<sup>86</sup>, la Corte agregó que la obligación de consultar debe ser previa, informada, formal, oportuna, amplia, inclusiva, transparente, apropiada y de buena fe. Coincide con casos ya señalados al momento de establecer la importancia de la participación de las personas con discapacidad, por lo que indica que el requisito de consultarlas a través de las organizaciones que las representan no se cumple simplemente involucrando en la discusión a organizaciones y personas que trabajen por esos grupos. Señala que aunque su participación pueda ser benéfica en la implementación de políticas de inclusión, para efectos del artículo 4.3 de la Convención, es indispensable que la consulta se lleve a cabo a través de las organizaciones “de” personas con discapacidad, mismas que distingue de las organizaciones “para” personas con discapacidad, es decir, que les prestan servicios a ese grupo. Otro tema que resolvió fue que en caso de que se llegue a argumentar que la consulta no se requería, son las autoridades de la entidad federativa respectiva quienes tienen la carga de probar, de ser el caso, que la cuestión examinada no tendría un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad.

En la Acción de Inconstitucionalidad 212/2020,<sup>87</sup> la Corte añadió que cuando la norma que se estudia es resultado de un mandato de armonización ordenado por el legislador federal, el legislador local sigue obligado a practicar la consulta ya que, aun considerando el supuesto de que esta situación librara de la obligación de consultar, ello requeriría, en principio, demostrar que la ley preexistente fue consultada, y, en segundo lugar, que el legislador local se limitó a replicar el contenido de la ley general.

---

86 La Corte estudió el decreto LXVI/RFLEY/0665/2020 III P.E. del 4 de marzo de 2020 que reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua.

87 La Corte estudió el Capítulo VIII “De la Educación Inclusiva” de la Ley de Educación para el Estado de Tlaxcala, expedida mediante el decreto 208 publicado en el periódico oficial de la entidad el 26 de mayo de 2020.

Además, en este asunto se resolvió que la pandemia por SARS-CoV-2 no eximió al legislador de efectuar la consulta previa a las personas con discapacidad y que, en todo caso, si no había condiciones necesarias para llevar a cabo el ejercicio de participación, la autoridad debió haberse abstenido de emitir disposiciones que pudieran afectar a las personas con discapacidad.

Asimismo, en esta sentencia, la Corte planteó que cuando el ordenamiento que se esté impugnando no esté exclusivamente relacionado con un grupo que deba ser consultado, las normas a invalidar serán exclusivamente aquellas que le afecten a ese grupo y no toda la norma. Por otro lado, decidió que la determinación de invalidez de una norma ya sea en su totalidad o de forma parcial, no se limita a su expulsión del orden jurídico, sino que acarrea la obligación a cargo del órgano legislativo respectivo de desarrollar la consulta correspondiente para luego emitir la regulación con base a los resultados obtenidos.

Finalmente, respecto al tema de la legitimación para reclamar la omisión de consulta, en el Amparo en Revisión 579/2020,<sup>88</sup> la Corte estableció que en caso de que la promovente sea una asociación civil es necesario que acredite que representa a una persona, categoría o un conjunto de personas con discapacidad para poder reclamar dicha omisión vía amparo.

De lo expuesto podemos advertir que existe un robusto desarrollo jurisprudencial sobre las implicaciones de la obligación del artículo 4.3 de la CDPD. Sin embargo, el amplio número de normas que se impugnan vía acción de inconstitucionalidad por falta de consulta a las personas con discapacidad también dan cuenta de que aún existen muchas dudas, resistencias u obstáculos para en la práctica hacer efectivo este derecho.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Una vez que hemos revisado el marco jurídico de protección de las personas con discapacidad, los principios que lo rigen y algunos de los precedentes más relevantes en la materia, planteo las siguientes interrogantes con el fin de invitar a quien lee este texto, a realizar investigaciones en la materia: ¿es acorde con la CDPD el concepto de “inimputabilidad” del derecho penal?, ¿lo es la figura de “invalidez” regulada por la Ley Federal del Trabajo y las leyes de seguridad social?, ¿o el aborto eugenésico y la ingeniería genética humana? En relación con la propuesta de normas y políticas públicas: ¿cómo garantizamos el acceso a apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

---

88 Una asociación civil promovió juicio de amparo indirecto en contra de diversos artículos de la Ley General de Educación argumentando la falta de consulta a personas con discapacidad que era necesaria por tratarse de artículos que marcan las directrices de la educación de las personas con discapacidad.

para disminuir las desigualdades sociales y promover la autonomía de las personas con discapacidad?, ¿qué medidas podrían constituirse como salvaguardias adecuadas y efectivas, en términos del artículo 12 de la CDPD, tratándose de personas que requieren apoyos muy intensos para tomar decisiones?, ¿cómo se vería una política pública que garantice el derecho a una vida independiente para las personas con discapacidad?, ¿qué acciones son necesarias para garantizar que la atención a la salud mental se brinde con un enfoque comunitario y con base en el consentimiento libre e informado?,<sup>89</sup> ¿cómo podría el Estado prestar asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de las responsabilidades en la crianza de sus hijos e hijas?

## Fuentes

### Libros y artículos

- Archivo General de la Nación, *La Castañeda: el estigma y el cuidado de la salud mental en México*, 2022. Disponible en: «<https://www.gob.mx/agn/es/articulos/la-castaneda-el-estigma-y-el-cuidado-de-la-salud-mental-en-mexico?idiom=es>». [Consultado el 17 de junio de 2022].
- Bregaglio Lazarte, Renata, “Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 39/2017, CRPD/C/20/D/39/2017, Naciones Unidas, 2018.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 6: Sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, Naciones Unidas, 2018.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 7: Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan en la aplicación y el seguimiento de la Convención, CRPD/C/GC/7, Naciones Unidas, 2018.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1, Naciones Unidas, 2014.
- Del Águila, Luis Miguel, “La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector”, en Salmón, Elizabeth y Bregaglio, Renata (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

---

<sup>89</sup> Tal como lo establece el DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de mayo de 2022.

- Della Fina, Valentina *et al.* (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Suiza, Springer, 2017.
- Fredman, Sandra, “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, en Lawson, Anna (ed.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, EUA y Canadá, Hart Publishing, 2005.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de Población y Vivienda 2020*. Disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020\\_Principales\\_resultados\\_EUM.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_EUM.pdf)». [Consultado el 5 de mayo de 2022].
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Glosario del censo de Población y Vivienda 2020*. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/app/glosario/default.html?p=cpv2020>». [Consultado el 5 de mayo de 2022].
- Jorge, Emiliano José y D’ugo, Gerardo Andrés (coords.), *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*, Buenos Aires, Infojus, 2012, pp. 8 y 9.
- Kanter, Arlene, *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*, New York, Routledge, 2015.
- López Mainieri, Wendy, “Eugenesia y discapacidad: ¿calidad de vida o genocidio?”, *Autonomía Personal*, España, IMSERSO, núm. 7, 2012.
- Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, “El igual valor de la vida de las personas con discapacidad, amenazas y quiebras a un derecho fundamental”, en Lorenzo García, Rafael de y Cayo Pérez Bueno, Luis (dirs.), *Nuevas fronteras del Derecho a la Discapacidad: Volumen II*, España, Aranzadi, 2021.
- Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía de formación: Serie de capacitación profesional N° 19, HR/P/PT/19, Naciones Unidas, 2014. Disponible en: «[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD\\_TrainingGuide\\_PTS19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf)».
- Naciones Unidas, *Introducción al Comité*. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/introduction-committee>». [Consultado el 21 de abril de 2022].
- Naciones Unidas, *Vivir con discapacidad*. Disponible en: «<https://www.un.org/es/observances/day-of-persons-with-disabilities/background>». [Consultado el 5 de mayo de 2022].
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC, Naciones Unidas, 2017.
- Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CINCA, Colección CERMI, 2008.
- Sabatello, Maya y Schulze, Marianne (eds.), *Human Rights and Disability Advocacy*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2014.
- Sacristán, Cristina, “Un Estado sin memoria. La abolición ideológica de la institución manicomial en México (1945-1968)”, en VERTEX *Revista Argentina de Psiquiatría*, Buenos Aires, Editorial Polemos, Vol. XXII, 2011.

## Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, publicada el 5 de febrero de 1917.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008, firmada por México el 3 de mayo de 2008.

- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de Estados Americanos el 7 de junio de 2001, entró en vigor el 14 de agosto de 2001, firmada por México el 8 de junio de 1999.
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, *Diario Oficial de la Federación*, publicada el 30 de mayo de 2011.
- Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación*, publicado entre el 26 de mayo y el 31 de agosto de 1928.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, publicado entre el 1 y el 21 de septiembre de 1932.
- Ley para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad del Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, publicada el 10 de septiembre de 2010.
- Norma Oficial Mexicana NOM-015-SSA3-2012, Para la atención integral a personas con discapacidad. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Salud. 14 de septiembre de 2012.
- Norma Oficial Mexicana NOM-034-STPS-2016, Condiciones de seguridad para el acceso y desarrollo de actividades de trabajadores con discapacidad en los centros de trabajo. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 20 de julio de 2016.
- Norma Oficial Mexicana NOM-008-SEGOB-2015, Personas con discapacidad. Acciones de prevención y condiciones de seguridad en materia de protección civil en situación de emergencia o desastre. *Diario Oficial de la Federación*, Secretaría de Gobernación, 12 de agosto de 2016.

### Resoluciones Judiciales

- Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423.
- Corte IDH, *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C. No. 453.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 1/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 1 de octubre de 2019.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 107/2015, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 20 de agosto de 2015.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 17 de agosto de 2017.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 68/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 27 de agosto de 2019.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 80/2017 y su acumulada 81/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 20 de abril de 2020.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 41/2018 y su acumulada 42/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Luis María Aguilar Morales, 21 de abril de 2020.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 201/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 10 de noviembre de 2020.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 212/2020, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Fernando Franco González Salas, 1 de marzo de 2021.

- Sentencia recaída al amparo directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 16 de junio de 2021.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 1387/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 22 de enero de 2014.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3859/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de septiembre de 2015.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 44/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 13 de marzo de 2019.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 8389/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, 8 de mayo de 2019.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3788/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 9 de mayo de 2019.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 159/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 16 de octubre de 2013.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 1043/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 29 de marzo de 2017.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 241/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alberto Pérez Dayán, 27 de junio de 2018.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de marzo de 2019.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 251/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Javier Laynez Potisek, 15 de mayo de 2019.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 702/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 11 de septiembre de 2019.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 579/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Yasmín Esquivel Mossa, 19 de mayo de 2021.
- Sentencia recaída al amparo en revisión 1082/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 20 de mayo de 2020.





## Capítulo 14

# Los derechos de las niñas, niños y adolescentes

Nicolás Espejo Yaksic\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. 1. Intereses básicos. 2. Intereses por el desarrollo. 3. Intereses por autonomía. 4. De intereses fundamentales a derechos fundamentales: justificación y peso. A. Integración: interdependencia e indivisibilidad. B. Autonomía: Comprensión e inteligencia. a. Los límites de la “competencia”: Paternalismo liberal. b. Proteger y promover la autonomía: dos caras de la misma moneda. 5. La prioridad normativa de los intereses de niñas, niños y adolescentes. A. Prioridad lexicográfica *fuerte*: los intereses de niñas, niños y adolescentes como un “caso especial”. B. Prioridad lexicográfica *débil*: los intereses de niñas, niños y adolescentes como “privilegiados” en el juicio de ponderación. 6. Reconocimiento y exigibilidad de los intereses prioritarios de niñas, niños y adolescentes. A. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes. B. Exigibilidad: Las garantías de los derechos de niñas, niños y adolescentes. a. Las garantías primarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes. b. Las garantías secundarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes. III. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las abogadas y los abogados solemos hablar de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en términos legales. Esto es, utilizamos la expresión *derechos* para referirnos a una serie de normas jurídicas de rango constitucional o legal —tanto nacionales como internacionales— que reconocen formalmente tales derechos. En otras ocasiones, hacemos uso de la expresión “derechos legales” de las niñas, niños y adolescentes para identificar aquellos derechos que han sido reconocidos por las cortes nacionales o internacionales, a pesar de que tales derechos no se encuentren explícitamente mencionados por la Constitución o por un tratado de derechos humanos.<sup>1</sup> Así, los derechos legales de niñas, niños y adolescentes son afirmados a diario y con total independencia de una dogmática que los justifique. Después de todo, si tales derechos ya se encuentran reconocidos por los tratados

---

\* Investigador del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Profesor Visitante en Derechos de la Niñez de la Universidad de Leiden (Países Bajos), Miembro Correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y Presidente de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar (RIDCF).

1 Griffin, James, “Do Children Have Rights?”, en Archard, D. y Macleod, C. (Eds.), *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, Oxford University Press, 2002.

vigentes, la Constitución o las leyes ¿Por qué perder el tiempo recurriendo a la Teoría del Derecho o la Filosofía Moral para justificar estos derechos?<sup>2</sup>

En lo que sigue trataré de explicar por qué y en qué sentido resulta indispensable contar con una teoría sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes, en particular, respecto a sus derechos morales. En mi opinión, insistir en la justificación moral de los derechos de niñas, niños y adolescentes no constituye un ejercicio meramente intelectual o académico, sino todo lo contrario. Los derechos morales juegan a lo menos tres funciones fundamentales en una sociedad.<sup>3</sup> En primer lugar, los derechos morales poseen una *función de señalización* en una comunidad moral: los derechos nos permiten identificar determinados intereses particulares de las personas, respecto de los cuales una protección especial es requerida.<sup>4</sup> En segundo lugar, los derechos morales poseen un *peso normativo significativo*, lo que importa que aquellos intereses protegidos por los derechos contarán con una cierta prioridad frente a otros intereses o valores individuales o sociales. Esto es, sin ser absolutos, los derechos triunfarán frente a otras consideraciones importantes. En tercer lugar, dada su función de señalización y su peso normativo, los derechos morales permiten avanzar hacia su *exigibilidad*. A diferencia de los derechos subjetivos tradicionales, los derechos morales no se confunden con la existencia de los recursos para su exigibilidad.<sup>5</sup> Sin ser equivalentes, los derechos morales juegan un rol esencial en la justificación de los recursos, lo que incluye proveer de razones para avanzar en la creación de aquellos mecanismos procesales e institucionales que permitan su ejecutabilidad (garantías).

- 
- 2 Algunos intentos exitosos de justificación teórica de los derechos de niñas, niños y adolescentes en Eckelaar, J., “The Importance of Thinking that Children Have Rights”, en *International Journal of Law, Policy & the Family*, núm. 6, 1992; Archard, D., *Children: Rights and Childhood*, 2a. ed., London, Routledge, 2004; Freeman, MDA, “Why it Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, en *International Journal of Children’s Rights*, año 5, núm. 15, 2007, pp. 5-23; y Tobin, J., “Justifying Children’s Rights”, en *International Journal of Children’s Rights*, núm. 15, 2013, pp. 395-441.
  - 3 M. Macleod, Colin, “Are Children’s Rights Important?” en Brake, E. y Ferguson, L. (Eds.), *Philosophical Foundations of Children’s and Family Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 194-195.
  - 4 Afirmar que X tiene un derecho equivale a sostener que sus intereses, o un aspecto de ellos, son razón suficiente para la imposición de deberes hacia otros, sea para impedir la interferencia en la acción de X o para garantizarle algo. Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 238.
  - 5 La suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho no distingue entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos. En sentido inverso, creer que basta con buenas razones para que un derecho sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución, y que por ese mero hecho quede garantizado, es incurrir en el mismo tipo de error. *Cfr.*, Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia/Legis, 2005, p. 17.

Siguiendo la estructura anterior, una justificación dogmática inicial de los derechos morales de niñas, niños y adolescentes nos puede ayudar a precisar, a lo menos, tres aspectos esenciales para la interpretación constitucional: a) que niñas, niños y adolescentes poseen intereses significativos y que ameritan un reconocimiento y protección especiales; b) que la protección de estos intereses cuenta con algún tipo de prioridad normativa que limita el peso de otras consideraciones, intereses o valores importantes; y c) que resulta necesario desarrollar medidas para asegurar la exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a la autoridad y terceros.<sup>6</sup> Para el logro de este objetivo, presto especial atención a desarrollos contemporáneos en el campo de la teoría legal sobre estos derechos y a algunos desarrollos jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que pueden ser leídos en diálogo con este campo de la dogmática jurídica.

## II. LA JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Las niñas, los niños y los adolescentes comparten con los adultos una serie de intereses fundamentales y que se reconocen y protegen por medio de determinados derechos fundamentales. Es el caso, entre muchos otros más, de aquellos derechos que protegen intereses como la vida, la igualdad y la no-discriminación, la vida privada y familiar, la identidad o la salud, la vivienda o la protección social. Estos intereses no son específicos o distintivos tratándose de niñas, niños y adolescentes y su reconocimiento y protección corresponden al solo hecho de que ellas y ellos son, también, personas humanas. Traducido al lenguaje dogmático, podríamos decir que niñas, niños y adolescentes merecen la misma consideración moral que los adultos y que, como consecuencia de ello, se debe respetar sus derechos humanos.<sup>7</sup> La cuestión dogmática trascendental que debemos explorar es, sin embargo, si junto a tales intereses generales o compartidos, niñas, niños y adolescentes poseen intereses específicos, distinguibles de los intereses y derechos de los que los adultos son titulares. Es decir, si los derechos de niñas, niños y adolescentes constituyen —o no— un caso especial de la dogmática de los derechos fundamentales.

Mientras el ejercicio de “limpiar” o “separar” los intereses generales de las niñas, niños y adolescentes de sus intereses especiales no es siempre fácil de llevar a cabo<sup>8</sup>,

---

6 M. Macleod, Colin, *op. cit.*, nota 3, p. 195.

7 Brennan, Samantha & Noggle, Robert, “The Moral Status of Children: Children’s Rights, Parents’ Rights, and Family Justice”, en *Social Theory and Practice*, vol. 23, no. 1, 1997, pp. 2 y 3.

8 Por ejemplo, la identidad personal constituye un interés fundamental general, pero posee una dimensión específicamente relevante en el proceso de desarrollo de la personalidad en niñas, niños y adolescentes.

parece útil insistir en la posibilidad de formular dicha distinción. En este sentido, si lo que los derechos (fundamentales) hacen es proteger intereses (también fundamentales), la pregunta evidente que sigue es: ¿cuáles son los intereses esenciales de las niñas, niños y adolescentes? Respondiendo esa pregunta, podremos advertir el lugar esencial, pero no exclusivo, que juega la autonomía al interior de una teoría de los derechos de los niños.<sup>9</sup>

John Eekelaar ha sugerido que una forma razonable de responder la pregunta sobre cuáles son los intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes podría responderse a través de un *juicio retrospectivo hipotético*. De modo similar a la teoría de la posición originaria y el velo de la ignorancia desarrollado en 1971 por John Rawls,<sup>10</sup> Eekelaar nos invita a preguntarnos sobre aquellos intereses que, mirando retrospectivamente en nuestras propias vidas como adultos, habríamos considerado como esenciales para nuestro pleno desarrollo y bienestar. Con base en este mecanismo, Eekelaar identifica tres intereses fundamentales: intereses básicos, intereses por el desarrollo e intereses por la autonomía.<sup>11</sup>

### 1. Intereses básicos

Los intereses básicos surgen de la reclamación de los niños relacionadas con su cuidado y bienestar inmediato en el ámbito físico, emocional e intelectual. Se enmarcan en esta categoría una serie de intereses específicos, tales como el interés por la vida, a ser cuidado y amado, a jugar y ser alimentado adecuadamente, a formar parte de una familia y a ser protegido frente a todo tipo de violencia. Los intereses básicos de niñas, niños y adolescentes también se constituyen por aquellos bienes que resultan indispensables para velar por su dignidad y protección, tales como la igualdad y la no-discriminación, el acceso a la justicia y el debido proceso y el derecho a contar con un nombre y una nacionalidad, entre otros. Algunos de estos intereses parecen fuertemente específicos para niñas, niños y adolescentes, tales como el derecho a ser amados o cuidados, a no ser separado de sus familias o el derecho a jugar. En otros casos, estos intereses básicos también resultan relevantes para los adultos, pero poseen una específica conceptualización y relevancia tratándose de niñas, niños y adolescentes, dada su vulnerabilidad específica.

---

9 He explorado esta cuestión, de forma inicial, en Espejo Yaksic, Nicolás, “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en Contreras, P. y Salgado, C., *Curso de Derechos Fundamentales*, Chile, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 587-593.

10 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised edition, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

11 Eekelaar, John, “The Emergence of Children’s Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, año 6, núm. 2, 1986, pp. 161-182.

Traducidos a la categoría de derechos fundamentales, los intereses básicos de niñas, niños y adolescentes se reconocen en una serie de derechos tradicionalmente identificados como de naturaleza civil y política. Entre ellos, los derechos a la vida, la identidad, la integridad física y psíquica, el derecho a una vida libre de toda forma de violencia y abuso, el debido proceso y el acceso a la justicia, la igualdad y la no-discriminación y la vida privada y familiar, entre otros.

## *2. Intereses por el desarrollo*

Por su parte, los intereses por el desarrollo giran en torno a las expectativas de niñas, niños y adolescentes respecto a su comunidad, en especial, con miras a maximizar todas sus capacidades y potencial como ser humanos. Se trata de intereses que permiten que las niñas, niños y adolescentes cuenten con aquellas condiciones materiales, sociales y culturales que les habiliten, a su vez, a su pleno desarrollo. En esta categoría se encuentran bienes fundamentales, tales como el acceso a una educación que les permita desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades o a contar con prestaciones sanitarias físicas y mentales de calidad, incluidas aquellas orientadas a garantizar su salud sexual y reproductiva. En este mismo marco destacan, entre otros, aquellos intereses orientados a permitir que niñas, niños y adolescentes se beneficien de la protección social y que aquellos que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o a pueblos indígenas, puedan ejercer, en conjunto con los demás miembros de su comunidad, su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Los intereses por el desarrollo se reconocen legalmente por medio de una serie de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Tales derechos complementan los intereses básicos y permiten dar cabida a la protección de intereses asociados al desarrollo de aquellas condiciones que permiten el desarrollo de una vida digna y del pleno potencial de cada niña, niño y adolescente. En esta categoría se encuentran derechos como a la salud, la vivienda, la educación, el agua, el derecho a una alimentación adecuada, los derechos de niñas, niños y adolescentes de minorías culturales, étnicas, lingüísticas o nacionales y el derecho a un medio ambiente seguro y limpio y a una sostenibilidad intergeneracional.

## *3. Intereses por autonomía*

Finalmente, los intereses por autonomía son aquellos relacionados a la libertad de niñas, niños y adolescentes para escoger, de acuerdo con su edad y madurez, su propio estilo de vida y entrar en relaciones sociales de acuerdo con sus propias

inclinaciones y sin el control del mundo adulto, incluido el de sus progenitores o adultos responsables. En este grupo de intereses fundamentales se encuentra la importancia de escuchar y tomar en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes en todas aquellas materias que les afectan directamente, como un criterio indispensable para la adopción de decisiones respecto de ellos. Los intereses por autonomía se manifiestan también, entre otras formas, en el derecho que asiste a niñas, niños y adolescentes competentes para otorgar su consentimiento libre e informado en materias médicas, expresar y buscar reconocimiento a su identidad de género, manifestar libremente —individual y colectivamente— sus opiniones políticas y morales y participar activamente en la vida de sus comunidades, entre otras manifestaciones de su autonomía individual.

En su dimensión legal o positiva, los intereses por autonomía se traducen en derechos que permiten el respeto y despliegue de la agencia moral de niñas, niños y adolescentes. Entre tales derechos destacan el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión se tome en cuenta en toda materia que les afecte directamente, a su libertad de expresión y opinión, a reunirse y manifestarse por distintas vías, a participar de la forma que estimen pertinente en la vida social, cultural y política de sus comunidades, a prestar su consentimiento libre e informado en procedimientos médicos o a decidir sobre el ejercicio de su identidad y expresión de género, entre otras dimensiones del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

#### 4. *De intereses fundamentales a derechos fundamentales: justificación y peso*

Desde una perspectiva estrictamente dogmática, la identificación de estos intereses fundamentales es una etapa indispensable, aunque insuficiente, para afirmar que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos fundamentales. Si bien resulta relativamente intuitivo sostener que niñas, niños y adolescentes tienen una serie de intereses fundamentales, no siempre resulta claro que, de tales intereses, se deriven (necesariamente) derechos fundamentales. Tomemos como ejemplo, el caso del amor. Parece bastante evidente que las niñas, niños y adolescentes poseen un interés fundamental en ser amados. ¿Podríamos deducir de este enunciado fáctico un enunciado normativo como el de afirmar que las niñas, niños y adolescentes tienen *el derecho a ser amados*? No se trata de que no exista tal interés fundamental, sino que resulta muy difícil traducir dicha expectativa humana a la estructura de los derechos, especialmente en lo referido a las expectativas de exigibilidad futura.<sup>12</sup> ¿Podemos obligar a un progenitor a que “ame” a su hijo?

---

12 A pesar de ello, algunos autores han sugerido lo contrario. Liao, por ejemplo, ha indicado que, si los seres humanos tienen derechos humanos a las condiciones fundamentales para lograr una buena vida y dado que ser amado es una de esas condiciones fundamentales en el caso de

Muy difícilmente, pero tal vez si pudiéramos esperar que un adulto a quien se le reconoce legalmente responsabilidad parental se vea obligado a ejecutar una serie de deberes de cuidado y orientación respecto de ese hijo o hija.<sup>13</sup> Deberes y responsabilidades que sí podemos traducir, de mejor forma, como el derecho de niñas, niños y adolescentes a cuidados parentales, a no ser separados de esos adultos responsables y a que sus demás derechos sean garantizados por el Estado en el marco de dicha relación parento-filial.<sup>14</sup>

Para ser justos, el problema identificado respecto al derecho al amor no es, en realidad, un problema específico de la teoría de los derechos de niñas, niños y adolescentes, sino más bien, una crítica general a la teoría de los intereses. No siempre es clara la demarcación entre intereses y derechos fundamentales. En última instancia, lo que permite fijar dicha demarcación es un hecho social: la convicción de una comunidad respecto a que ciertos intereses de niñas, niños y adolescentes tienen una importancia moral significativa y que ellos pueden ser protegidos adecuadamente a través de los derechos.<sup>15</sup> En la medida que esta convicción se ha ido transformando en una opinión social compartida, el reconocimiento de los derechos morales de niñas, niños y adolescentes ha permitido, también, su reconocimiento como derechos legales a nivel constitucional legal e internacional.<sup>16</sup>

A su vez, la identificación de aquellos intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes no nos dice nada, en particular, sobre el peso específico o valor normativo existente *entre* tales intereses. En otras palabras, ¿pesan más los intereses (y derechos) básicos que los intereses (y derechos) por el desarrollo o por la autonomía? ¿Cómo debe resolver la jueza o el juez los conflictos que puedan surgir, por ejemplo, entre la protección de un interés básico —como la vida— y

---

los niños, entonces estos tienen derecho a ser amados. *Cfr.* Liao, S. Matthew, *The Right to be Loved*, New York, Oxford University Press, 2015.

- 13 *Cfr.* Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.
- 14 Espejo Yaksic, Nicolás, “Comprendiendo la responsabilidad parental”, en Espejo Yaksic, Nicolás (coord.), *La responsabilidad parental en el derecho: perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 3-65.
- 15 Fortin, Jane, *Children’s Rights and the Development Law*, 3a. ed., Cambridge University Press, 2009, p. 17.
- 16 Kilkelly, U. & Liefwaard, T. (Eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore, Springer, 2019.

un interés por autonomía —como cuando un adolescente decida no otorgar consentimiento a un tratamiento médico que llevará, necesariamente, a la muerte—?

### A. Integración: interdependencia e indivisibilidad

Los intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes representan valores de la más amplia importancia y que habilitan el ejercicio actual y futuro de las diversas dimensiones constitutivas de su vida personal, familiar, cultural y social. Bajo el paradigma de la protección integral, no creo que sea posible afirmar la prioridad normativa —*ex ante*— de algunos intereses o derechos por sobre otros. Así, el intérprete constitucional debe procurar tutelar dichos intereses o derechos de forma concurrente y buscando su compatibilidad, en la medida que sea posible. En este sentido, por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante “SCJN”) ha indicado que:

el principio del interés superior del menor no debe ser utilizado de manera rígida o inflexible, pues las circunstancias de cada caso particular son diferentes, y por consiguiente en las controversias de naturaleza judicial los juzgadores deberán resolver considerando este principio, *teniendo en consideración las circunstancias de cada caso concreto y los derechos que se encuentran en juego* para establecer lo que sea mejor para el bienestar del menor.<sup>17</sup>

De este modo, y para dar efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes, la Primera Sala considera que:

*éstos (los derechos) no deben analizarse de forma aislada, sino en su conjunto; esto es, atendiendo a su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad* como lo mandata el artículo 1° de la Constitución General de la República, procurando al menor un estado completo de bienestar físico, mental y social, por lo que las disposiciones de derechos humanos imponen una carga considerablemente alta al Estado cuando se trata de proteger el interés superior del menor.<sup>18</sup>

Conforme a esta interpretación, el juzgador debería evitar iniciar su análisis del caso bajo una mirada que prioriza algunos intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes por sobre otros. Si todos los intereses de niñas, niños y adolescentes que hemos identificado son “fundamentales”, entonces el juzgador deberá buscar la forma de honrar y maximizar todos estos intereses por medio de un estricto juicio de balance entre valores igualmente importantes. Puede ser que, como resultado de dicho ejercicio hermenéutico, la jueza o el juez deba pre-

---

17 Sentencia recaída en *Amparo Directo en Revisión 3246/2013*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de enero de 2015, p. 31.

18 *Ibidem*, p. 42



ferir —en el caso concreto— un interés por sobre el otro. Por ejemplo, la vida por sobre la autonomía, o la salud sexual o reproductiva por sobre la vida familiar. Pero dicho resultado no podría justificarse con base en una escala de preferencia u orden lexicográfico *a priori* entre los distintos intereses de niñas, niños y adolescentes. Si la efectividad de los derechos demanda el respeto por la “universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos”, entonces se podrá preferir un interés (o derecho) por sobre el otro, si y sólo si no es posible cautelar un interés fundamental sino por medio de la más estricta, necesaria o proporcional restricción de otro interés fundamental.

## B. Autonomía: Comprensión e inteligencia

Si bien todos los intereses de niñas, niños y adolescentes poseen el mismo valor normativo, de ello no se sigue que las concepciones sobre los mismos carezcan de especificidad, considerando el sujeto específico de su titularidad. Es el caso, por ejemplo, de la forma en que debemos comprender específicamente los intereses por autonomía, al tratarse de niñas, niños y adolescentes.

En 1982, Victoria Gillick llevó a su autoridad de salud local (*West Norfolk y Wisbech Area Health Authority*) y al Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra ante los tribunales con miras a impedir que los médicos proporcionasen asesoramiento o tratamiento anticonceptivo a su hija menor de 16 años sin el consentimiento de los padres. La Sra. Gillick sostenía que: a) su hija no podía otorgar su consentimiento y b) de permitir que ella otorgase su consentimiento, se vulnerarían los derechos parentales, los que le concedían —en su opinión— un veto absoluto sobre el tratamiento médico de su hija. La Cámara de los Lores resolvió en contra de la Sra. Gillick. Los jueces sostuvieron que era claro que una adolescente menor de 16 años podía —legalmente— consentir respecto al consejo, examinación y tratamiento de anticoncepción, siempre que ella tuviera la suficiente *comprensión e inteligencia* para saber lo que ello implicaba.<sup>19</sup> En sus discursos sobre el caso, Lord Fraser observó:

En la práctica, la mayoría de los progenitores sensatos relaja su control gradualmente a medida que el niño se desarrolla y lo alientan a que sea cada vez más independiente. Además, el grado de control parental efectivamente ejercido sobre un niño en particular varía considerablemente en la práctica en función de su comprensión e inteligencia y sería, en mi opinión, poco realista por parte de las cortes no reconocer estos hechos.<sup>20</sup>

---

19 [Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another [1986] AC 112, HL = (1985) 3 WLR 830.  
20 *Ibidem*, 171 D-F.

Dado que será el médico quien deberá determinar si procede con el asesoramiento, examinación y/o tratamiento sanitario sin contar con el consentimiento expreso o el conocimiento de los progenitores, Lord Fraser desarrolló 5 condiciones (*Los Lineamientos Fraser*) que debieran satisfacerse:

- Que la niña, aun cuando sea menor de 16 años, comprenda el asesoramiento médico;
- Que el médico no pueda persuadir a la niña de informar a sus progenitores;
- Que es muy probable que la niña comience o continúe teniendo relaciones sexuales con o sin tratamiento anticonceptivo;
- Que a menos que la niña reciba asesoramiento o tratamiento anticonceptivo, su salud física o mental —o ambas— probablemente se verían afectadas; y
- Que los intereses superiores de la niña requieren que el médico provea consejo, tratamiento —o ambos— sin el consentimiento parental.<sup>21</sup>

Reforzando el rol central de la autonomía, Lord Scarman concluyó que:

[...] los derechos parentales se rinden frente al derecho del niño a tomar sus propias decisiones cuando alcanza la suficiente comprensión e inteligencia para ser capaz de formarse una propia opinión respecto a la materia que requiere decisión.<sup>22</sup> [...] Será una materia de hecho determinar si es que el niño que busca consejo posee la suficiente comprensión sobre aquello que implica proveer de un consentimiento válido para la ley.<sup>23</sup>

Esta idea sobre la autonomía de niñas, niños o adolescentes puede ser entendida como una “perspectiva del desarrollo progresivo de la niñez”.<sup>24</sup> En ella, cuando una niña, un niño o un adolescente ha arribado a un cierto estadio de competencia o capacidad para adoptar una decisión sobre algo que le afecta, no existiría espacio para imponer una decisión contraria. Incluso si la visión contraria resulta, desde la perspectiva de quien la adopta, más beneficiosa para el bienestar de esa niña, niño o adolescente. La Primera Sala de la SCJN ha reconocido esta idea precisamente como un instrumento para permitir la progresiva adopción de decisiones propias por parte de niñas, niños y adolescentes. Así, en relación con los derechos parentales y la autonomía de las hijas y los hijos, ha indicado:

21 *Ibidem*, 174 D-E.

22 *Ibidem*, 1 AC 112, 186D.

23 *Ibidem*, 1 AC 112, 188-89. Véase, en sentido similar, y más recientemente: *R (Axon) v Secretary of State for Health and the Family Planning Association*, [2006] EWHC 37 (Admin.); [2006] QB 539, párrafos 129-130. El énfasis es mío.

24 Bridgeman, Joe, “Embodying our hopes and fears?”, en Bridgeman, J. y Monk, D., (Eds.), *Feminist Perspectives on Child Law*, London, Cavendish Publishing, 2000, pp. 207-226.

*el derecho de los padres a tomar decisiones por sus hijos se va desvaneciendo mientras el menor avanza en su desarrollo y autonomía.* Hasta que los menores resulten capaces de formular y articular sus propios valores, los valores de los padres son atribuidos a la unidad familiar y en este sentido se presume que los padres hablan en este sentido por sus menores hijos. Esto quiere decir que alcanzado cierto grado de madurez, el niño o la niña puede decidir qué religión profesar y qué decisiones tomar con base en esta. [...] a fin de determinar *la capacidad de los menores para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos*, es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del menor (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor en el corto y largo plazo, entre otras cuestiones).<sup>25</sup>

### *a. Los límites de la “competencia”: Paternalismo liberal.*

Como sugiere la estructura tripartita de intereses recién explicada, en la vida de una niña, un niño o un adolescente no todo es libertad individual (en general) ni autonomía actual (en particular). Por ello es por lo que una buena dogmática sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes—y de su interés superior—no puede reducir su justificación final a un puro argumento sobre la autonomía individual, actual o presente. Niñas, niños y adolescentes poseen un interés en decidir o escoger sus preferencias en la medida que desarrollan una *habilidad específica* para adoptar tales decisiones.<sup>26</sup> Es decir, en función del logro de una suficiente discrecionalidad para escoger —de forma mínimamente sabia— entre distintas opciones.<sup>27</sup> Se trata de una comprensión gradualista de la autonomía (o sobre el interés en escoger) que dialoga coherentemente con lo que sabemos sobre el desarrollo cognitivo y moral de las niñas y los niños, desde su temprana infancia hasta arribar a la adolescencia.<sup>28</sup> Así, mientras el derecho de autonomía “ahora” de un adulto toma siempre preferencia sobre su probable buen futuro, el

25 Sentencia Recaída en *Amparo en Revisión 1049/2017*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2018, pp. 31-32.

26 Brennan, S., “Children’s Choices or Children’s Interests: Which Do Their Rights Protect?”, en Archard, D. y Macleod, M., *The Moral and Political Status of Children*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 53-69.

27 Por “sabia” me refiero a un nivel mínimo de condiciones que permitan advertir que nos encontramos frente a un sujeto que puede adoptar decisiones relevantes, en materias igualmente importantes. No, en cambio, que una niña, un niño o un adolescente deba justificar que la decisión adoptada es “correcta” o “no equivocada”. En este sentido, Fortin, Jane, “The Gillick Decision – Not Just a High-water Mark”, en Gilmore, S., Herring, J. *et al.* (Eds.), *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, 2011, pp. 206-207.

28 Gullotta, T., Adams, G. *et al.*, *The Adolescent Experience*, Fourth Ed., Academic Press, , 2000; y Ferguson, L., *The End of an Age: Beyond Age Restrictions for Minors’ Medical Treatment Decisions*, octubre 29, 2004. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=998227>

respeto por la autonomía futura de una niña, niño o adolescente podría significar que, en casos excepcionales, se rechace una determinada elección de ellos. Incluso, si nos encontramos frente a una niña, niño o adolescente que sea considerado como competente.<sup>29</sup>

Frente a las contra-intuitivas consecuencias prácticas de un liberacionismo teórico que coloque la autonomía de los adultos al mismo nivel que la autonomía de niñas, niños y adolescentes,<sup>30</sup> parece razonable sostener que, en caso de *conflicto grave* entre los intereses por autonomía de un niña, niño o adolescente, por un lado y sus intereses básicos o por el desarrollo, por el otro, existan buenas razones paternalistas para preferir, en el caso concreto de que se trate, los segundos. Pocos adultos estaríamos dispuestos a aprobar, hipotética o retrospectivamente, decisiones que hubieren podido comprometer seriamente nuestras posibilidades u oportunidades de vida durante la adultez.<sup>31</sup> Por ello es que, tratándose de niños, la autonomía debe entenderse en una *dimensión dinámica*: si bien no podemos prescindir de la opinión, deseos y preferencias de los niños a la hora de aceptar o validar una decisión, el interés por autonomía en la niñez no sólo importa proteger las decisiones actuales (y sus razones) sino velar por el impacto permanente que decisiones con consecuencias serias o irreversibles pueden generar en la autonomía futura de los niños (como niños o como adultos).<sup>32</sup> Frente a decisiones con profundos impactos en intereses básicos como la vida,<sup>33</sup> la protección frente

---

29 Feinberg, J., “A Child’s Right to an Open Future”, en Aiken, W., LaFollette, H. *et al.*, *Whose Child? Parental Rights, Parental Authority and State Power*, 1980, pp. 121-153

30 Véase, en particular, el trabajo de autores “liberacionistas” y para quienes la institución de la “niñez” es vista como un “jardín con muros”, uno que constituye segregación, control y dominación. Para estos autores, la niña o el niño debe ser visto como un agente autónomo y racional, capaz de tomar libremente aquellas decisiones sobre su propia vida. *Cfr.* Farson, R., *Birthrights*, London, Macmillan, 1974; y Holt, J., *Escape from Childhood*, Harmondsworth, 1975.

31 Como se pregunta Freeman, ¿de qué tipo de acción o conducta desearíamos protegernos, como niñas o niños, en el supuesto de que quisiéramos madurar hasta una edad adulta racionalmente autónoma y ser capaces de decidir sobre nuestro propio sistema de fines como seres libres y racionales? Escogeríamos principios que permitan a niñas y niños madurar hacia una adultez independiente. Una definición de irracionalidad sería la de impedir acciones y conductas que frustrasen tal objetivo. Dentro de las limitaciones de tal definición, defenderíamos una versión del paternalismo (liberal). Freeman, MDA, “Taking Children’s Rights More Seriously”, en Parker Alston y Seymour (Eds.), *Children Rights and the Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 66-69.

32 Eekelaar, J., “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, en *International Journal of Law and the Family*, año 8, núm. 42, 1994.

33 A diferencia de casos como las huelgas de hambre con grave riesgo a la vida o la salud, los casos excepcionales de regulación de la muerte digna o suicidio médico asistido de menores de edad —como los de la legislación del Reino de los Países Bajos y de Bélgica o de la juris-

a toda forma de violencia o el ejercicio futuro —no sólo presente— de la autonomía individual, existen buenas razones para limitar el ejercicio de los derechos de autonomía de niñas, niños y adolescentes.<sup>34</sup>

Sobre esta materia, la SCJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones. En teso sentido, la Primera Sala ha establecido que:

Es importante enfatizar que en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él [...] Sin embargo “[...] La disminución del derecho de los padres a tomar decisiones por los menores de edad no equivale a transferir a (éstos) las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que *el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que éstos merecen*. Por tanto, es deber del Estado verificar que dicha autonomía no restrinja los derechos de los niños, pues aún se presume su inmadurez y vulnerabilidad.<sup>35</sup>

A mayor abundancia, la misa Primera Sala ha indicado que:

Aunado a las características de los menores, —su nivel de madurez y sus aptitudes particulares—, *debe valorarse el tipo de decisión sobre la que se cuestiona si debe prevalecer su autonomía de la voluntad*. En efecto, existen cuestiones que no pueden ser delegadas a la voluntad de los niños, aun cuando muestren que tienen un alto nivel de madurez y responsabilidad. Existen, sin embargo, algunas decisiones que sí pueden ser tomadas por el menor, en tanto no afectarán o pondrán en riesgo sus derechos, más aún, implicarán el efectivo ejercicio de éstos.<sup>36</sup>

---

prudencia constitucional colombiana— pueden ser entendidos como aplicación de este mismo principio. Se trata de circunstancias extraordinarias en las que los tratamientos médicos o postergación de la vida humana implican someter a un menor de edad a un trato cruel, inhumano y degradante (intereses básicos); a un sufrimiento evitable, frente a un pronóstico de inviabilidad (en el caso del Reino de los Países Bajos y de Bélgica) y siempre y cuando exista consentimiento libre, pleno e informado de la niña, el niño o el adolescente y un involucramiento activo de progenitores y cuerpo médico. En tales casos, no sería incoherente sostener la prioridad de los intereses básicos y al desarrollo frente a los intereses por autonomía, de un lado, y permitir —excepcionalmente— que una niña, un niño o un adolescente ejerza su derecho a morir dignamente.

34 Ejemplos de estas restricciones basadas en un paternalismo liberal respecto de niñas, niños o adolescentes que, —eventualmente— podrían ser considerados como “competentes” las encontramos, por ejemplo, en la prohibición de matrimonio en menores de edad, la edad mínima de consentimiento sexual, las restricciones a la celebración de ciertos instrumentos públicos como el testamento o la prohibición de consumo de material pornográfico, entre otros. *Cfr.* Eekelaar, J., “Rights Children Should Not Have”, en Douglas, G., Murch, M. *et al.* (Eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 53-63.

35 Sentencia Recaída en Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015, p. 27.

36 *Ibidem*, p. 28.

Como se puede advertir de los pasajes recién citados, la Primera Sala parece adherir a una tesis que, junto con reconocer la autonomía dinámica o progresiva de niñas, niños y adolescentes, permita justificar algunas restricciones al ejercicio de dicha autonomía, aun cuando nos encontremos frente a un menor de edad competente. Si bien comparto el criterio, creo que la forma específica en que el mismo se presenta —sin precisar del todo como ha de entenderse el “ejercicio riesgoso de derechos”— podría permitir un uso demasiado laxo (o no liberal) de paternalismo justificado por parte de una jueza o un juez.

De manera similar, y en una decisión muy interesante dada la lectura integral e interseccional de distintos intereses comprometidos, el Pleno de la SCJN decidió en 2019 que la prohibición absoluta del matrimonio infantil sin posibilidad de dispensas establecida en la legislación local de Aguascalientes era una medida que respetaba el derecho al matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes. Después de aplicar un “test de escrutinio estricto” para permitir una restricción basada en la edad de las niñas, la Corte concluyó que:

[...] la restricción establecida por el legislador cumple con una finalidad válida desde el punto de vista constitucional, consistente en proteger a los niños, niñas y adolescentes de una práctica que ha sido considerada nociva para ese sector de la sociedad, tanto a nivel nacional como internacional; lo cual, debe decirse, también *tiene sustento constitucional y convencional en el interés superior del niño*.<sup>37</sup>

Tras establecer que la legislación cumplía con un propósito válido, la SCJN determinó que la reforma legal analizada se vinculaba con el propósito constitucional de proteger a los niños (particularmente a las “niñas”) de cualquier práctica que pudiera ser perjudicial para su desarrollo, como el matrimonio infantil o prematuro. En consecuencia, la Corte consideró que el conjunto de reformas analizadas era razonable y acorde con la finalidad perseguida.<sup>38</sup>

### *b. Proteger y promover la autonomía: dos caras de la misma moneda.*

Importantemente, la concepción dinámica sobre la autonomía recién descrita no debe ser vista sólo —ni principalmente— como un argumento para “restringir” las decisiones de las niñas, niños y adolescentes sino, también, para “promoverlas”. En una perspectiva dinámica sobre la autonomía, la promoción y garantía de todas aquellas condiciones que faciliten que una niña, niño o adolescente pueda —de hecho— ejercer su agencia moral y desarrollar todo su potencial, resultan esenciales. Y es que si la capacidad de una persona está constituida por

---

37 Sentencia recaída en Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, Acuerdo del Pleno, p. 113.

38 *Ibidem*, p. 123.

las circunstancias propicias en las que ciertas habilidades nos predisponen a lo que queremos, entonces tal capacidad depende no sólo de las gestiones que realice el individuo como agente de su propio destino, sino también, de las relaciones en las que desarrolla su vida.<sup>39</sup>

En otras palabras, la justicia requiere más que dar a las personas una cantidad igual de bienes o recursos; requiere dar a las personas las mismas capacidades para *funcionar* de ciertas maneras humanas clave y preguntar qué necesitan ellas para vivir una vida que sea “merecedora de la dignidad del ser humano”.<sup>40</sup> En este orden de cosas, el que alguien tenga la capacidad de lograr cierto hacer o ser depende de los llamados “factores de conversión”: el grado en que una persona puede transformar un recurso en un funcionamiento.<sup>41</sup> Así, en la medida en que a las niñas, los niños y los adolescentes se les garantiza mayores y mejores niveles de *capacidad para funcionar*, es probable que su campo de acción para la toma de decisiones se amplíe. En ese ámbito de cosas, el rol de las y los adultos —progenitores, educadores, legisladores, jueces— en la promoción y desarrollo de oportunidades reales para el ejercicio de la autonomía en niñas, niños y adolescentes, resulta esencial. Es a través de tales apoyos que una persona transforma un bien abstracto —como el igual derecho a la capacidad jurídica— en un funcionamiento concreto: la toma específica e individualizada de una decisión.<sup>42</sup>

Finalmente, nuestro desarrollo en torno a la comprensión dogmática de la autonomía en niñas, niños y adolescentes debiera ser capáz, también, de visibilizar el ejercicio de la agencia moral no sólo en adolescentes o niñas o niños considerados como “competentes”, conforme a los canones tradicionales. En mi opinión, una noción estrictamente “cognitiva” o de “competencia con base en la capacidad mental” como la que se ha ido imponiendo en el campo del ejercicio de la autonomía de niñas, niños y adolescentes puede también esconder o invisibilizar otras formas de competencia o agencia moral. Existen varios casos documentados en la literatura que demuestran, por ejemplo, como niñas y niños pequeños —tradicionalmente considerados como carentes de la “suficiente competencia” para

---

39 Nussbaum, Martha C., “Aristotle on Human Nature and the Foundations of Ethics”, en Altham, J. E. G. y Harrison, Ross (Eds.), *World Mind, and Ethics: Essays on the Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 86-131.

40 Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 70.

41 Sen, Amartya, *Inequality Re-examined*, England, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 19-21, 26-30, 37-38.

42 Espejo Yaksic, Nicolás, “Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica”, en Bach, Michael y Espejo Yaksic, Nicolás (Editores), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, México, Dirección General de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 127.

adoptar decisiones por sí mismos— cuentan, sin embargo, con niveles altos de comprensión y habilidades para adoptar decisiones importantes, incluso en el ámbito de decisiones médicas. Este “conocimiento experiencial” de niñas y niños más pequeños suele ser obviado por el Derecho.<sup>43</sup> A su vez, una comprensión sobre la autonomía basada en la competencia mental puede tender a obviar el ejercicio sustantivo y relevante de la agencia moral de niñas y niños relativamente pequeños que —en el marco de su involucramiento social— intervienen como agentes políticos activos, con ideas y propuestas propias y que buscan reconocimiento de su ciudadanía constitucional.<sup>44</sup>

### 5. *La prioridad normativa de los intereses de niñas, niños y adolescentes*

Una justificación dogmática de los derechos morales de niñas, niños y adolescentes debe ser capaz de establecer, también, que la protección de sus intereses cuenta con algún tipo de prioridad normativa que limita el peso de otras consideraciones, intereses o valores importantes y distintos a los propios intereses de niñas, niños y adolescentes. Esta justificación se basa, a mi modo de ver, en dos argumentos. El primero de ellos es de carácter general y entiende que, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, los derechos fundamentales no quedan sometidos a la sola mayoría parlamentaria (Congreso) o a la discreción de la Administración (Gobierno). En otras palabras, si es que los intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes se protegen a través de sus derechos fundamentales, entonces tales intereses no pueden quedar reducidos a meros mandatos políticos contingentes o, con suerte, a normas de efecto indirecto, cuya exigibilidad jurisdiccional resulta supeditada a una previa interposición legislativa y administrativa.<sup>45</sup> Si es que los intereses de niñas, niños y adolescentes se consideran como posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria,<sup>46</sup> entonces tales derechos poseen una prioridad normativa sobre otros valores y fines sociales o

---

43 *Ibidem*, Cfr. Anderson, Priscilla, *Young Children's Rights*, 2a. ed., London, Jessica Kingsley, 2008.

44 Véase, en especial, el trabajo de Domingo Lovera sobre el movimiento estudiantil secundario en Chile y su impacto en el proceso de elaboración de una nueva constitución política. Cfr. Lovera, Domingo, “El camino constituyente de los pingüinos. Ensayo y aprendizaje”, en Lorca Rocío *et al.* (Eds.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución*, Chile, La Pollera, 2020, pp. 147-162.

45 Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: Un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, España, Icaria, 2003.

46 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.



individuales que el Legislador pueda querer promover y reconocer. Por ejemplo, la seguridad ciudadana, la regularidad migratoria o la eficiencia de los recursos públicos.<sup>47</sup>

El segundo argumento sobre la prioridad normativa de los intereses fundamentales de niñas, niños y adolescentes es más específico y permite defender la idea de que tales intereses poseen primacía o precedencia sobre los intereses fundamentales de los adultos. Más específicamente, que los intereses fundamentales de niñas niños y adolescentes son “superiores” y que, por tanto, poseen prioridad lexicográfica respecto a los intereses fundamentales de sus progenitores. Existen, sin embargo, a lo menos dos formas de concebir esta idea de prioridad: una débil y una fuerte.

### A. Prioridad lexicográfica *fuerte*: los intereses de niñas, niños y adolescentes como un “caso especial”

La prioridad lexicográfica fuerte —o la idea de que los intereses de niñas, niños y adolescentes constituyen un “caso especial”— se manifiesta de dos formas: a) proveyendo a niñas, niños y adolescentes con protecciones legales adicionales a las que tienen las demás personas y, b) determinando que, cuando exista un conflicto entre los intereses de niñas, niños y adolescentes y los intereses de otras personas, los intereses de los primeros tendrán supremacía.<sup>48</sup> A diferencia del primer argumento general sobre la prioridad de los intereses o derechos fundamentales por sobre otros bienes o valores importantes, la prioridad lexicográfica fuerte transforma los principios y normas generales de la interpretación judicial en materia de derechos fundamentales. Reconoce que cuando haya que tomarse cualquier decisión que les afecte, los intereses o derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes se preferirán, en principio y como regla, frente a otros derechos fundamentales. En otras palabras, a diferencia del juicio de ponderación tradicional —en el que el intérprete debe buscar la armonización de los principios en pugna, procurando una solución intermedia que lesione, de la forma más livia-

---

47 Sostener este tipo de prioridad respecto a los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes no es equivalente a afirmar que sólo esos derechos son relevantes en un Estado Constitucional de Derecho. Otros valores, bienes, fines e incluso derechos, deben ser también considerados. Prioridad significa —en este contexto— precedencia, primacía o preeminencia, pero no exclusión.

48 Ferguson, Lucinda, “The Jurisprudence of Making Decisions Affecting Children: An Argument to Prefer Duty to Children’s Rights and Welfare”, en Diduck, A., Peleg, N. *et al.*, (Eds.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy – Essays in Honour of Michael Freeman*, Brill, 2015, p. 143.

na, ambos principios—<sup>49</sup> la prioridad lexicográfica fuerte mandata al intérprete constitucional a considerar los intereses de niñas, niños y adolescentes como un “caso especial.”

Una posición normativa a favor de la prioridad lexicográfica fuerte de los intereses de niñas, niños y adolescentes puede tener efectos intensos y extensos en la forma en que los tribunales deben adjudicar los derechos de la niñez y la adolescencia. En particular, una noción fuerte de prioridad determina que los intereses de este grupo no sólo deben ser “privilegiados” en el contexto de la ponderación entre varios intereses igualmente relevantes. Un ejemplo jurisdiccional de esta forma de concebir la prioridad parecería ser aquel desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Yousef vs Reino de los Países Bajos*, y en el que la Corte determinó que: “Los derechos de los niños deben ser la consideración suprema [...] de modo tal que, de ser necesaria alguna forma de balance entre intereses en conflicto, los intereses del niño *deben prevalecer*.”<sup>50</sup>

La idea de que los intereses de niñas, niños y adolescentes constituyen un “caso especial” sería indicativa de que tales intereses no son iguales a otros intereses fundamentales: su *naturaleza* es distinta, no sólo *pesan* más que otros intereses.<sup>51</sup> A nivel internacional, el Comité de Derechos del Niño de la ONU parece sostener una posición similar al indicar que:

La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño *no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones*. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.<sup>52</sup>

A su vez, en el contexto mexicano, esta tesis parece tener acogida en el Amparo Directo 35/2014. Resolviendo sobre las consecuencias y lugar del interés superior del niño en el sistema constitucional, la Primera Sala de la SCJN ha establecido:

49 Prieto, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2003, p. 192.

50 Corte Europea de Derechos Humanos, *Yousef v The Netherlands*, petición núm. 33711/96, 5 de febrero de 2003.

51 Ferguson, Lucinda, “An Argument for Treating Children as a ‘Special Case’”, en Brake, E. y Ferguson, L. (Eds.), *Philosophical Foundations of Children’s and Family Law*, England, Oxford University Press, 2018, pp. 228.

52 Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 37. El énfasis es mío.

El principio del interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los niños sean protegidos con mayor intensidad. Esta obligación deriva tanto de una pluralidad de precedentes de esta Suprema Corte, como de distintos instrumentos internacionales [...] la protección constitucional que merecen los niños *no se equipara a la que debe recibir cualquier otro grupo vulnerable*. La mayor protección a sus derechos no sólo se justifica por su situación de mayor vulnerabilidad, sino también por el interés específico de la sociedad en velar porque los menores alcancen su pleno desarrollo.<sup>53</sup>

Como puede leerse de la decisión adoptada la Primera Sala de la SCJN, la protección reforzada a los intereses de niñas, niños y adolescentes parecería descansar en la naturaleza especial —distinguible— de la vulnerabilidad experimentada por este grupo social, a la vez que en el interés de la comunidad por promover su pleno desarrollo. Distintos grupos podrían reclamar una protección especial en función de su situación de vulnerabilidad, pero niñas, niños y adolescentes se encontrarían al tope de la escala de amparo constitucional reforzado.

## **B. Prioridad lexicográfica *débil*: los intereses de niñas, niños y adolescentes como “privilegiados” en el juicio de ponderación**

Existe una mejor forma de entender la prioridad normativa de los intereses o de niñas, niños y adolescentes cuando estos puedan entrar en conflicto con otros intereses fundamentales de los adultos. En esta segunda interpretación, la idea de prioridad se entiende como una forma de preferencia de los intereses de niñas, niños y adolescentes por sobre otros intereses, pero en el marco de un proceso de ponderación o balance entre intereses igualmente importantes.<sup>54</sup> En otras palabras, en caso de conflicto entre los intereses de niñas, niños y adolescentes y los de los adultos, el intérprete constitucional debe evitar partir de un supuesto respecto a la superioridad ontológica de los primeros por sobre los segundos. Los intereses o derechos de niñas, niños y adolescentes serían tan importantes como los derechos de otros sujetos en general,<sup>55</sup> pero ello no significa que, a la hora de arbitrar un conflicto entre los primeros y los segundos, no podamos contar con una regla de preferencia calificada, a favor de los primeros.

---

53 Sentencia recaída en Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015, pp. 29-30. El énfasis es mío.

54 Choudhry, S. y Fenwick, H., “Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Núm. 3, 2005, pp. 453-492.

55 Freeman, M., “Why It Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, *15 International Journal of Children’s Rights* 5, 2007, p. 7.

Eekelaar, por ejemplo, ha sugerido un acercamiento a la idea de prioridad normativa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes por medio de lo que llama: “la alternativa menos perjudicial”.<sup>56</sup> Conforme a esta forma de balance entre intereses, sería posible escoger un resultado que no sea el menos perjudicial para una niña, un niño o un adolescente si dicha opción restringe, menos que cualquier otra alternativa, los intereses del progenitor o los progenitores involucrados.<sup>57</sup> Dicha decisión, sin embargo, podría ser adoptada si y sólo si se cumplen dos condiciones: a) que los intereses o derechos de la niña, el niño o el adolescente sean “privilegiados” en el cálculo, aunque no sean “supremos”; y b) que el grado de perjuicio que sufra la niña, el niño o el adolescente sea “apropiado”, cuestión que implica tomar en cuenta todas las circunstancias del caso y evitar una aplicación rígida del test propuesto. Conforme a esta propuesta, entonces, el intérprete constitucional operará de forma tal que los intereses de niñas, niños y adolescentes resulten privilegiados en el balance de intereses, pero no sin antes haber efectuado un análisis estricto y con base en un juicio de ponderación que implique revisar criterios de necesidad y proporcionalidad.

De modo similar, Choudhry y Fenwick han esbozado una alternativa a la prioridad lexicográfica fuerte que, aun cuando garantice que los intereses de niñas, niños y adolescentes sigan siendo “prominentes”, se reconozcan otras perspectivas e intereses relevantes en el ejercicio de balance.<sup>58</sup> Basadas en el extenso uso del test de proporcionalidad por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, Choudhry y Fenwick han propuesto lo que llaman un “acercamiento de análisis paralelo”, que parte de la consideración de los intereses de niñas, niños y adolescentes y de los adultos, en un pie de igualdad. Bajo este modelo, el intérprete debiera desarrollar un cuidadoso y sensible acto de equilibrio entre derechos e intereses contrapuestos. No, en cambio, un análisis breve y mecánico que estime que toda interferencia a los derechos de los progenitores es siempre una respuesta proporcionada.<sup>59</sup> A pesar de requerir el desarrollo de un *acto de balance*, los intereses de niñas, niños y adolescentes podrían seguir siendo privilegiados, por ejemplo, debido a su especial vulnerabilidad si se les compara con el mundo adulto o porque estimemos, como comunidad política, que los intereses de los primeros poseen un lugar primordial.<sup>60</sup>

---

56 J. Eekelaar, “Beyond the Welfare Principle”, en *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 14, Issue 3, 2002, pp. 237-250

57 *Ibidem*, p. 244.

58 Choudhry, S. y Fenwick, H., *op. cit.*, p. 492.

59 *Ibidem*, p. 465. Como en cualquier otra restricción a los derechos fundamentales, la solución o acción adoptada en relación con la niña, el niño o el adolescente sería considerada y sopesada en función de la *necesidad* específica de restringir los derechos de los progenitores en el caso concreto.

60 Choudhry, Shazia y Herring, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oregon, Oxford y Portland, 2010, p. 235.

Una lectura más detenida de la jurisprudencia puede reforzar esta idea sobre la prioridad lexicográfica débil. En el caso *Johansen vs. Noruega*, la Corte Europea precisó que:

[...] *debe lograrse un justo balance* entre los intereses del niño en permanecer bajo el cuidado público y los de los progenitores en reunirse con el niño. En la implementación de este *ejercicio de balance*, la Corte concederá especial importancia a los intereses superiores del niño, los cuales, según su naturaleza y gravedad, *pueden* prevalecer sobre los de los progenitores.<sup>61</sup>

En un sentido similar, la propia Primera Sala de la SCJN parece también reconocer esta idea. Refiriéndose al principio del interés superior en materia jurisdiccional, la Sala ha precisado la prioridad especial que reviste la protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes de la siguiente forma:

[...] el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales el realizar una labor interpretativa que encuentre la forma de proteger de forma especial a la niñez, por lo que el escrutinio que debe realizarse en controversias que afecten intereses de menores, de forma directa o indirecta, es mucho más estricto que el de otros casos de protección a derechos fundamentales; en otras palabras, se requiere que el juzgador realice un examen minucioso en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.<sup>62</sup>

Sin embargo, junto con relevar el carácter prioritario de la tutela de los intereses o derechos de niñas, niños y adolescentes, la Primera Sala de la SCJN ha reconocido la necesidad de velar —en la mayor medida de lo posible— por la protección de los derechos de los progenitores. Así, por ejemplo, en la conocida decisión en el Amparo en Revisión 1049/2017 (transfusión de sangre) la Primera Sala señaló:

[...] el Estado puede actuar para proteger a un menor si, con base en sus creencias religiosas, los padres se oponen a que se aplique al menor el tratamiento idóneo para salvar su vida [...] Con todo, ello *no autoriza al Estado a desplazar por completo los derechos parentales* [...] Es decir, la intervención estatal en un contexto médico está gobernada por lineamientos encaminados a *preservar el interés superior del menor sin atropellar los derechos de los padres*.<sup>63</sup>

En un sentido similar, la Segunda Sala de la SCJN ha indicado que los progenitores toman decisiones por sus hijos y tienen autonomía para elegir lo que es

61 Corte Europea de Derechos Humanos, *Johansen v Norway*, 23 EHRR 33, 1997, párrafo 78. El énfasis es mío.

62 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 2293/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014, párr. 48.

63 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 1049/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2018, pp. 42-43. El énfasis es mío.

timen mejor para ellos sin intervenciones externas, atento a la presunción de que resultan los más aptos para decidir lo más favorable para sus hijos menores. Así, si bien existen límites cuando está involucrado, por ejemplo, el derecho a la salud y a la vida de éstos, en los cuales puede y debe intervenir el Estado:

[...] esa intervención debe motivarse de manera suficiente, es decir, el derecho a la vida privada familiar es una garantía frente al Estado y a los terceros para que no puedan intervenir injustificadamente en las decisiones que sólo corresponde al núcleo familiar como son el derecho a inculcarles costumbres y tradiciones hasta en tanto no sean capaces por sí mismos de tomar decisiones propias y de estar convencidos de sus gustos, lo que se va adquiriendo con la edad.<sup>64</sup> (Párr. 44).

Interesantemente, esta versión débil sobre la prioridad lexicográfica no parece alejada de la formulación escogida por la propia Convención Sobre los Derechos del Niño de la ONU, al momento de consagrar —en su formulación general— el principio del interés superior del niño. Tal y como indica este tratado al determinar una materia que afecte a una niña, un niño o un adolescente, la jueza o el juez debe considerar su interés como *una* (no *la*) consideración primordial.<sup>65</sup> Ello sugiere que, al momento de resolver, el juez(a) no sólo tendrá en cuenta el interés superior de la niña, el niño o el adolescente involucrado, aun cuando, como hemos visto, dicho interés resulte preponderante y guíe su decisión final. El Comité de Derechos del Niño de la ONU señala:

[...] Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. *Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.*<sup>66</sup>

---

64 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 329/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de noviembre de 2020, párr. 44.

65 Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, artículo 3(1). Una excepción probable a esta interpretación puede tal vez encontrarse en materia de adopción. En este campo, el artículo 21 de la Convención no entiende el principio del interés del niño como “una consideración primordial”, sino como “la consideración primordial”.

66 Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 39. El énfasis es mío.

Un atractivo adicional de la tesis de la prioridad lexicográfica débil radica en su uso ya no solamente para casos de “conflicto” entre los intereses de una niña, un niño o un adolescente y los intereses de los adultos, específicamente los de los progenitores. Como he intentado explicar en otra parte, tanto en el proceso de evaluación como de determinación del interés superior, los intereses y responsabilidades de los progenitores juegan un rol importante.<sup>67</sup> Y es que del ejercicio concreto de la responsabilidad parental por parte de los progenitores surgen relaciones de cuidado que resultan indispensables para el desarrollo del niño o de la niña y el propio ejercicio de sus derechos.<sup>68</sup> Por tanto, separar los intereses de una niña, un niño o un adolescente del de sus progenitores no resulta del todo fácil.<sup>69</sup> Como ha indicado la Primera Sala de la SCJN:

[...] el interés superior del menor conlleva ineludiblemente que el juzgador tome en cuenta, al emitir sus resoluciones, algunos aspectos que le permitan determinar con mayor precisión el ámbito de protección requerida, tales como: la opinión del menor; sus necesidades físicas, afectivas y educativas; el efecto sobre él de un cambio; su edad, sexo y personalidad; los males que ya ha padecido o en que puede incurrir y la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades.<sup>70</sup>

Adicionalmente, negar la existencia de derechos parentales —aun cuando los mismos se deriven de sus responsabilidades hacia las hijas y los hijos y se encuentren limitados por ellas— es evadir tanto las razones normativas como prácticas que justifican tales intereses, así como desconocer la existencia fáctica de los mismos en la vida diaria en los procesos judiciales en los que se discute sobre los intereses de una niña, un niño o un adolescente.<sup>71</sup> Los derechos parentales juegan,

67 Espejo Yaksic, Nicolás, *op. cit.*, nota 14, pp. 45-51.

68 “[...] los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.” Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (2006), *Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40º período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 16.

69 Herring, Jonathan, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London, 2014, p. 29. Ver, también, el interesante análisis de Joe Bridgeman sobre los procesos y la jurisprudencia inglesa en el campo de las decisiones médicas respecto de hijas e hijos pequeños. *Cfr.*, Bridgeman, Joe, *Parental Responsibility, Young Children and Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

70 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 2293/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014, párr. 50.

71 Andrew Bainham, “Is Anything Now Left of Parental Rights?”, en Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (Eds.), *Responsible Parents & Parental Responsibility*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 31-32.

en consecuencia, un rol importante en el marco de una dogmática general de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Aun cuando, como hemos visto, tales derechos se justifiquen, enmarquen y limiten por los intereses prioritarios de niñas, niños y adolescentes. En palabras de la Primera Sala de la SCJN:

[...] la patria potestad no se configura meramente como un derecho de los padres, sino como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor.<sup>72</sup>

## **6. Reconocimiento y exigibilidad de los intereses prioritarios de niñas, niños y adolescentes**

Una vez precisados qué intereses tienen las niñas, los niños y los adolescentes, así como en qué consiste su carácter prioritario, debemos prestar atención a la forma en que estos son legalmente reconocidos y cuáles son los mecanismos que permiten su exigibilidad. Estas dos dimensiones son indispensables para completar —aun inicialmente— una propuesta dogmática constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

### **A. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

El reconocimiento jurídico formal de los derechos de niñas, niños y adolescentes en las constituciones políticas no es un asunto trivial. Después de todo, si la Constitución Política es el documento fundante del marco de legitimidad final del Estado, de las instituciones que lo conforman, y por su intermedio se reconocen las potestades, inmunidades y poderes que asisten a los habitantes de la República, entonces las niñas, los niños y los adolescentes no pueden quedar excluidos formalmente de ella. Del mismo modo, no es irrelevante saber si lo que una constitución política hace es proteger “a las niñas, niños y adolescentes” o a “los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.<sup>73</sup>

---

72 Sentencia recaída en Amparo en Revisión 203/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9 de noviembre de 2016, p. 55.

73 El reconocimiento constitucional explícito de la niñez y sus derechos constitucionales ha operado, en términos generales, de dos formas. De un lado, algunas constituciones han incorporado normas que buscan dar protección a la niñez, en cuanto *objeto de protección constitucional* especial. Ejemplos de esta técnica específica de reconocimiento constitucional pueden



Si bien el reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes no garantiza el respeto —en la práctica— de tales derechos, existan varias razones para advertir por qué resulta importante que lo primero ocurra.<sup>74</sup> Estas razones pueden agruparse de la siguiente forma:

- Cuando las disposiciones centradas en los derechos de la niñez están arraigadas en las constituciones se hace más difícil su erosión, lo que asegura que tengan prioridad sobre todas las demás leyes nacionales con las que puedan entrar en conflicto. A su vez, tales normas constitucionales operan como un “trampolín” desde el cual proyectar los marcos legales y políticos y pueden ayudar a promover conciencia y dar legitimidad a tales derechos.<sup>75</sup>
- El reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes permite evitar la *subordinación* de estos intereses específicos, a los intereses de la sociedad, la familia o de sus padres.<sup>76</sup> Como hemos visto en las secciones anteriores de este capítulo, niñas, niños y adolescentes tienen intereses fundamentales distintos y distinguibles de los adultos, sin perjuicio del rol que estos últimos puedan jugar para su efectivo ejercicio. Un mandato constitucional de prioridad ayuda a precisar la supremacía de los intereses de niñas, niños y adolescentes sobre otras consideraciones importantes.<sup>77</sup>

---

observarse, entre otras, en las constituciones de Italia, Croacia y Grecia, entre otras. De otro lado, y de forma mayoritaria, las constituciones de estados democráticos han avanzado en dar reconocimiento no solo a la protección de la niñez y/o las familias, sino, específicamente, a los *derechos de niñas, niños y adolescentes*. En esta tradición se insertan, por ejemplo, Portugal, España, Irlanda, Suiza, Austria, Sudáfrica, Brasil, Colombia, México y Ecuador, entre otros. *Cfr.*, Espejo Yaksic, Nicolás, “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República”, en Anuar Quesille (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Santiago, UNICEF, 2017, pp. 11-43.

- 74 Espejo Yaksic, Nicolás, *Derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Informe sobre diversidad e inclusión en la Nueva Constitución Política de Chile, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, enero 2022. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/357713794\\_Informe\\_sobre\\_diversidad\\_e\\_inclusion\\_y\\_nueva\\_constitucion\\_DERECHOS\\_DE\\_LAS\\_NINAS\\_NINOS\\_Y\\_ADOLESCENTES](https://www.researchgate.net/publication/357713794_Informe_sobre_diversidad_e_inclusion_y_nueva_constitucion_DERECHOS_DE_LAS_NINAS_NINOS_Y_ADOLESCENTES)
- 75 Sloth-Nielsen, Julia y Oliel, Michelle, *Constitutionalising Children’s Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V. – issue 7, 2019, p. 6.
- 76 O’Mahony, Conor, “The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children’s Rights”, en Dwyer, James G. (Eds.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 871-896.
- 77 Liefaard, T. y Doek, J. (Eds.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015, p. vii.

- Una vez “constitucionalizados”, los derechos de niñas, niños y adolescentes no sólo se convierten en un marco de referencia importante para la formulación e implementación de la legislación y las políticas públicas. El reconocimiento de tales derechos debiera proveer a sus titulares de las *garantías* constitucionales específicas, tanto primarias como secundarias que permiten exigirlos frente a la autoridad y los tribunales.<sup>78</sup>
- Junto a lo anterior, el reconocimiento formal de los derechos de niñas, niños y adolescentes genera evidentes impactos en la interpretación judicial. De un lado, la positivización de derechos y garantías constitucionales de la niñez y la adolescencia permite restringir —aun cuando ello sea de manera general— la enorme discrecionalidad judicial que ha imperado tradicionalmente en este campo. Del otro lado, la precisión de derechos y garantías en el texto constitucional ayuda a dotar de mayor coherencia a la interpretación judicial y precisar contornos y contenidos normativos mínimos, desde los cuales se proyecta el trabajo del intérprete constitucional.<sup>79</sup>
- Finalmente, el reconocimiento constitucional de los derechos de la niñez no sólo permite al Estado, los progenitores y la sociedad en su conjunto tener claridad respecto al catálogo de derechos orientados al cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes. Al hacerlo, dicho reconocimiento provee de buenas razones para contar con mayor claridad social, cultural y política respecto al rol que niñas, niños y adolescentes juegan no sólo como “sujetos de protección especial” sino, también, como “agentes políticos y constitucionales significativos”.<sup>80</sup>

En el caso mexicano, la Constitución de 1917 ya contemplaba la obligación de que aquellos que tuvieran hijos o pupilos menores de 15 años los hicieran concurrir a la escuela con el objeto de recibir educación primaria. Este ligero marco de protección constitucional fue reforzado en 1980 con la reforma al artículo 4 de la Constitución, la que estableció el deber de los padres de preservar el “derecho de los menores” a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental. Dicho marco de protección fue ampliado, aunque aún de forma insuficiente, con la reforma al mismo artículo 4 de la Constitución Política el año 2000. Dicha reforma agregó otros derechos explícitos de las niñas, los niños y los adolescentes y

---

78 Sloth-Nielsen, J. y Kruuse, H., “A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children’s Rights en South African Jurisprudence 2007-2012,” en *International Journal of Children’s Rights* 21, 646-678, 2013, p. 647.

79 Espejo Yaksic, Nicolás, *op. cit.*, nota 74, p. 6.

80 Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, abril 2021.

añadió otros derechos y obligaciones para su exigibilidad. No fue, sin embargo, hasta la reforma de derechos humanos del 2011, que el texto constitucional contó con un marco integral de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>81</sup> En su formulación actual, el artículo 4 dispone:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.<sup>82</sup>

A su vez, la Constitución mexicana actualmente reconoce el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes a que su interés superior sea priorizado en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos.<sup>83</sup> Entre otros aspectos, estos artículos también incorporan la educación inicial como parte de la educación básica y obligatoria y reconocen que la educación en general se basará en el respeto irrestricto a la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos e igualdad sustantiva.<sup>84</sup> Tratándose de pueblos y comunidades indígenas, la Constitución obliga a impartir educación plurilingüe e intercultural basada en el respeto, promoción y preservación del patrimonio histórico y cultural.<sup>85</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también establece la obligación de pagar un salario justo, entendido éste como aquél suficiente para garantizar la educación de hijas e hijos de las trabajadoras y los trabajadores.<sup>86</sup> Así mismo, dispone que las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos

---

81 González Contró, Mónica, “Niñas, niños y adolescentes. La evolución de su reconocimiento constitucional como personas”, en Esquivel, Gerardo, Ibarra Palafox, Francisco *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo 2, México, IJ UNAM, 2017, pp. 185-195. Para una revisión panorámica de la evolución jurisprudencial de la SCJN en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes ver, en especial, Ibarra Olguín, Ana María y Navarrete, Nallely, “Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 101-140.

82 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 4, incisos 9, 10 y 11.

83 *Ibidem*, artículo 3.4.

84 *Ibidem*, artículo 3.3.

85 *Ibidem*, artículo 3.11. e).

86 *Ibidem*, artículo 123, sección A, VI.

que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, con el deber de percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.<sup>87</sup>

La Constitución mexicana prohíbe la utilización del trabajo de los menores de quince años. En el caso de aquellas y aquellos adolescentes mayores de quince años y menores de dieciséis años, la Constitución dispone que tendrán como jornada máxima la de seis horas.<sup>88</sup> En cuanto al derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes, la Constitución de México regula la forma de obtener la ciudadanía mexicana y reconoce el derecho a ser registrado desde que se nace, con lo que impone la obligación a los progenitores y al Estado de salvaguardar dicho derecho.<sup>89</sup> Junto a ello, la Constitución obliga a la Federación y a las entidades federativas a establecer un sistema integral de justicia para adolescentes entre los doce y los dieciocho años y que entren en contacto con la ley penal. Dicho sistema deberá garantizar los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes.<sup>90</sup> Finalmente, y de manera importante, la Constitución asegura que, en aquellos casos en que se proceda a la suspensión de derechos debido a casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, no se podrán suspender los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>91</sup>

## **B. Exigibilidad: Las garantías de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

En cuanto al destinatario esencial de los derechos niñas, niños y adolescentes, el Estado opera como garante final de tales derechos. Para cumplir con este mandato, el Estado debe dotar a niñas, niños y adolescentes con dos tipos genéricos de garantías: a) garantías primarias y b) garantías secundarias.

---

87 *Ibidem*, artículo 123, sección A-V.

88 *Ibidem*, artículo 123, sección A-III.

89 *Ibidem*, artículo 4, inciso 8.

90 *Ibidem*, artículo 18, inciso 4.

91 *Ibidem*, artículo 29, inciso 2.

a. *Las garantías primarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes*

Las *garantías primarias* pueden ser políticas, legales, presupuestarias y administrativas, y buscan tanto reconocer los derechos, como dotar de aquellos mecanismos específicos que permiten su efectividad universal para todas las niñas, los niños y los adolescentes. En particular, las garantías primarias permiten la efectivización de los intereses o derechos de niñas, niños y adolescentes en dos sentidos particulares. De un lado, visibilizan la dimensión positiva o el cumplimiento de obligaciones positivas para el goce efectivo de todo derecho. Del otro lado, las garantías primarias permiten el despliegue del pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes a través de un sistema de derechos.

Como ha indicado la Segunda Sala de la SCJN:

El interés superior de la niñez relacionado a la salud del niño no se limita a escucharlo en su calidad de paciente y brindar la atención médica que requiera, *también implica la asignación de recursos suficientes y la creación de políticas públicas para otorgar servicios médicos de la más alta calidad para su bienestar y desarrollo integral [...] La inobservancia a este principio implica un incumplimiento a los compromisos asumidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y, en específico, al deber de proteger un derecho elemental y necesario para que los niños desarrollen su más alto potencial, seguros de que su salud será garantizada.*<sup>92</sup>

Importantemente, las garantías primarias incluyen la creación de *sistemas de protección integral a la infancia*. Se trata del establecimiento formal de un conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local (incluido un órgano rector) orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia (sea por parte de instituciones públicas o privadas).<sup>93</sup> Los sistemas de protección integral a niñas, niños y adolescentes permiten priorizar respuestas administrativas de carácter preventivo, con lo que se evita judicializar —tardíamente— los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y de apoyo a las familias y comunidades.<sup>94</sup>

92 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 57/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de agosto de 2019, p. 81. El énfasis es mío.

93 Morlachetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL /UNICEF, 2013.

94 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, Washington, DC., 2013, pp. 231-232.

En el caso mexicano, los derechos constitucionales de niñas, niños y adolescentes en México se efectivizan —muy importantemente— de acuerdo con lo dispuesto por la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)*.<sup>95</sup> La LGDNNA tiene cinco objetivos clave orientados a proporcionar una plena implementación —o efectivización— de los mandatos establecidos en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

- Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, y *con capacidad para disfrutarlos*,<sup>96</sup> de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos establecidos en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- Crear y reglamentar la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional para la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de que el Estado cumpla con su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que han sido violentados;
- Establecer los principios rectores y criterios que orientarán la política nacional sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como las facultades, competencias, concurrencia y bases de coordinación entre la Federación,<sup>97</sup> las entidades federativas (autoridades locales),<sup>98</sup> los municipios<sup>99</sup> y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; y las actuaciones de los Poderes Legislativo y Judicial, y de los órganos constitucionales autónomos; y
- Establecer las bases generales para la participación de los sectores privado y social en las acciones encaminadas a garantizar la protección y el ejer-

---

95 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), México, Diario Oficial de la Federación (DOF 04/12/2014). Última versión tras las reformas de 2017 y 2019. Disponible en: «[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_171019.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf)».

96 Frase en cursiva añadida en reforma de 6 de junio de 2019 (DOF 06/03/2019). Disponible en: «[http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5561716&fecha=06/03/2019](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561716&fecha=06/03/2019)».

97 LGDNNA, artículos 116-117.

98 *Ibidem*, artículo 116-118.

99 *Ibidem*, artículo 119.

cicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como prevenir su vulneración.<sup>100</sup>

A su vez, la LGDNNA regula varios aspectos fundamentales para la efectiva implementación de la CDN, entre ellos: (a) la consideración del interés superior de la niña, el niño o el adolescente como consideración primordial en la adopción de cualquier medida que les afecte,<sup>101</sup> entre otros principios fundamentales;<sup>102</sup> (b) el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales y garantías jurídicas;<sup>103</sup> (c) la forma en que se deben proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes, con la creación del Sistema Integral de Protección a las Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA);<sup>104</sup> y (d) cómo se deben restituir los derechos de las niñas, niños y adolescentes cuando se encuentran en riesgo o hayan sido vulnerados, por medio de las Procuradurías de Protección de Derechos.<sup>105</sup>

### *b. Las garantías secundarias de los derechos de niñas, niños y adolescentes*

Junto con las garantías primarias, los derechos fundamentales se complementan con garantías secundarias. Las *garantías jurisdiccionales o secundarias* habilitan a niñas, niños y adolescentes a someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente (públicos o privados) y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones. Se trata, en otras palabras, de complementar las garantías políticas o primarias con garantías que sólo entran en juego cuando los poderes encargados de concretar e implementar derechos incumplen con su obligación — lo que implica, a su vez, que las garantías políticas han fallado.<sup>106</sup> Las garantías jurisdiccionales son de mucha importancia para la efectividad de los derechos de niñas, niños y adolescentes dada las especiales barreras que suelen enfrentar para poder reclamar por el incumplimiento de las obligaciones legales de las agencias del Estado, así como respecto de sus adultos responsables.

---

100 *Ibidem*, artículo 1.

101 *Ibidem*, artículo 2, fracción III inciso a).

102 La LGDNNA también reconoce otros principios fundamentales en el artículo 6.

103 *Ibidem*, artículos 13-101 bis 2.

104 *Ibidem*, artículos 125-135.

105 *Ibidem*, artículos 122-124.

106 Para la utilización de la metáfora del contrato social y sus implicancias para las condiciones de la cohesión social contemporánea, ver, Courtis, Christian y Espejo, Nicolás, *Por un contrato de cohesión social: apuntes exploratorios*, Santiago de Chile, CEPAL, División de Desarrollo Social, Serie Políticas Sociales 129, abril, 2007. Disponible en: «[http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/sps\\_LCL2699.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/sps_LCL2699.pdf)».

Si bien las garantías secundarias son esenciales para la protección de los derechos de todas las personas, éstas son especialmente relevantes al tratarse de niñas, niños y adolescentes. Ello es así, dado que todos ellos enfrentan una serie de dificultades específicas y vinculadas a la ausencia de espacios físicos adecuados para interactuar con niñas niños y adolescentes, falta de especialización de funcionarios judiciales, jueces y personal administrativo, la existencia de un lenguaje procesal complejo, la ausencia de información adaptada a la edad y madurez de la niña o el niño y prácticas que pueden revictimizar a quienes ya han sufrido alguna vulneración grave a sus derechos.<sup>107</sup> Consciente de ello, la Primera Sala de la SCJN ha indicado que:

[...] es importante crear una serie de principios a los que deben apegarse los juzgadores, a fin de crear ámbitos confiables, no intimidatorios, que eviten la inducción o coacción de los menores. En ese sentido, se proponen como principios rectores: [1.] Realizar entrevistas con la participación de profesionales especializados, según la edad y condición de los menores. [2.] Establecer objetivos precisos de la entrevista con niños, niñas y/o adolescentes de acuerdo a la situación en la que se encuentren. [3.] Se debe tomar en cuenta que el evaluador no tiene como objetivo aliviar el sufrimiento o dar tratamiento sino proporcionar información objetiva al juzgado o autoridad pertinente para tomar la mejor decisión. [4.] Respetar el tiempo de los niños. [5.] Conocimiento sobre los momentos madurativos. [6.] No inducir, ni realizar tipo de coerción alguno. [7.] Saber esperar. [8.] Considerar al niño desde sus lazos familiares, historia, cultura, etc. [9.] Reducir las preguntas al mínimo posible, procurando hacer hablar al niño, niña y/o adolescente. [10.] Realizar preguntas que no contengan una sugestión, o que en su caso, revelen la opinión del que interroga. [11.] Conformarse con respuestas breves. [12.] No obligar a detallar al menor a repetir una narración que fuese fragmentaria, ya que se corre el riesgo de que incorpore situaciones irreales. [13.] No atemorizar al menor [...] [y] [14.] Recordar que cada situación en la que se involucra un menor tiene características específicas a considerar.<sup>108</sup>

A su vez, en muchos casos existen barreras legales y/o interpretaciones predominantes respecto a la supuesta ausencia de intereses jurídicos propios, así como respecto a su capacidad legal, que les permita acceder y comparecer independientemente en juicio, especialmente cuando sus intereses puedan colisionar con los de sus adultos responsables.<sup>109</sup> Consciente de esta cuestión, la Primera Sala de la SCJN ha precisado que, en materia de amparo:

---

107 Para una revisión de principios, estándares y una guía práctica que considera estos factores en el marco de la administración de justicia para niñas, niños y adolescentes, ver, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Infancia y Adolescencia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, México, 2021. Disponible en: «[www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf](http://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf)».

108 Sentencia recaída en Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de marzo de 2009, p. 90, párrs. 1-9 y p. 91, párrs. 1-7.

109 Child Rights International Network (CRIN), *Rights, Remedies & Representation. Global Report on Access to Justice for Children*, Child Rights Information Network, 2016.



[S]i el menor es titular del derecho de convivencia con sus padres y del derecho de ser escuchado en los asuntos que los atañen y el interés superior del menor a que refiere el artículo 4º Constitucional permite que el menor haga valer sus derechos, es de concluirse que el menor sí cuenta con interés jurídico para impugnar en amparo las determinaciones sobre el régimen de guarda y custodia, pues precisamente en esa determinación se decide, entre otras cosas, la convivencia que ha de tener el menor con sus progenitores.<sup>110</sup>

Dado este contexto de vulnerabilidad, el acceso a la justicia se transforma en un derecho central para la protección de todos los derechos y garantías que asisten a niñas, niños y adolescentes. Reconocer, facilitar y garantizar el acceso a la justicia permite a estas niñas, niños y adolescentes cautelar sus derechos reconocidos en las normas y estándares nacionales e internacionales, obtener una reparación justa y oportuna por las violaciones a los mismos y prevenir futuras violaciones a sus derechos.<sup>111</sup> En particular, el acceso a *una justicia adaptada* a niñas, niños y adolescentes requiere la provisión de aquellos medios que les permitan obtener una respuesta rápida, efectiva y justa, a la protección de sus derechos.<sup>112</sup> Ello, a su vez, por medio de procesos transparentes, eficientes, sensatos y asequibles.<sup>113</sup> En otras palabras, el acceso a una justicia adaptada a la niñez y la adolescencia implica el reconocimiento de que niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos y actores activos en sus vidas, por lo cual los sistemas de justicia deben adecuar sus procesos a los derechos, necesidades e intereses y haciendo efectiva su participación en los procedimientos judiciales o administrativos que les afectan o en los que intervienen.<sup>114</sup> En este sentido, la Primera Sala ha determinado que:

[S]i bien el interés del menor de edad no siempre coincide con sus opiniones, sentimientos o deseos, la intervención del niño o niña en la concreción de su interés debe ser tomado en consideración hasta donde sea atendible. Su participación, en este sentido, no es un recurso dialéctico, un gesto compasivo o un mero “adorno” legal, sino que su

---

110 Sentencia recaída en *Contradicción de Tesis 70/2008*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2012, p. 49.

111 Espejo Yaksic, Nicolás, “El acceso a una justicia amigable para la niñez en contextos de movilidad internacional”, en Espejo Yaksic, Nicolás (Editor), *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en contextos de movilidad internacional*, México, Dirección General de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 7.

112 *Cfr.*, Artículos 16, 17 y 18 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 12 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

113 Child Rights International Network (CRIN), 2016, *El acceso a la justicia de los niños*, 4. Disponible en: «[https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546\\_d\\_crin\\_reporte\\_global\\_completo\\_acceso\\_a\\_la\\_justicia\\_de\\_los\\_ninos.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546_d_crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf)».

114 Liefwaard, T., “Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System”, en *Temple Law Review*, 88, 2016, pp. 905-943.

protagonismo activo durante el procedimiento está directamente relacionado con la precisión por parte del juez de qué es lo mejor para él o ella [...] En este sentido, el punto de partida de todo operador jurídico —y en particular del juzgador—, debe ser posibilitar el ejercicio del derecho de los niños a ser escuchados, ya sea que de oficio se decrete su participación o que las partes ofrezcan su testimonio o declaración [...].<sup>115</sup>

En particular, un acceso a la justicia adaptado requiere el empoderamiento legal de niñas, niños y adolescentes, lo que les permite acceder a información pertinente y a recursos efectivos para reclamar sus derechos, incluso a través de servicios legales y de otro tipo, educación, asesoramiento o asesoramiento sobre sus derechos y el apoyo de adultos con conocimientos.<sup>116</sup> Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha determinado que:

La satisfacción de este derecho de los menores de edad a ser informados sobre las decisiones sustanciales que se emitan en relación con sus derechos, y en concreto, sobre la sentencia que decida la controversia, ha de realizarse, de igual forma, tomando en cuenta la autonomía progresiva del menor, es decir, atendiendo a su edad, su grado de madurez y las demás circunstancias de su caso, conforme a todo el conocimiento que se haya adquirido en el proceso sobre su persona, siguiendo, en lo conducente, las directrices que se hubieren empleado para efectos de la escucha de su opinión, pues [...] la comunicación de resultado del proceso ha de ser asertiva, es decir, se le debe explicar con sencillez y claridad, en la forma más sustancial y directa posible, sin tecnicismos jurídicos o lenguaje complejo, respetando siempre su dignidad humana, las decisiones medulares que se toman en relación con sus derechos, y las razones que las justifican, así como la ponderación que se hizo, en su caso, sobre sus opiniones, de manera que se tenga certeza que el menor de edad ha comprendido el contenido esencial del fallo en lo que a él concierne.<sup>117</sup>

Para que el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes sea adecuado o amigable, se requiere, también, de una serie de adaptaciones específicas y orientadas a permitir que las interacciones de ellas y ellos con los procedimientos judiciales o administrativos resulten pertinentes. Ello implica, entre otras cosas: a) evitar retrasos indebidos; b) elegir métodos de comunicación adecuados a la edad, género, idioma, origen cultural, necesidades especiales y madurez del niño o de la niña; c) adaptar los procedimientos al ritmo y la capacidad de atención del niño o de la niña; d) hacer que el entorno físico para la realización de procedimientos o entrevistas sea lo más adecuado, lo que permite que la niña o el niño se familiarice de antemano con el diseño y formato de los procedimientos; y e) garantizar que

---

115 Sentencia recaída en Amparo Directo Contradicción de Tesis 256/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, 25 de febrero de 2015, p. 35, párr. 2 y p. 38, párr. 1

116 *Un Common Approach to Justice for Children, Guidance Note of the Secretary-General*, New York, UN, 2008, p. 4.

117 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 5833/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 2021, párr. 75.

niñas y niños cuenten con un progenitor o un adulto responsable que los apoye durante el proceso.<sup>118</sup>

A su vez, para ser adaptado a niñas, niños y adolescentes, el acceso a la justicia demanda que los recursos procesales disponibles se atribuyan con prontitud, sean holísticos y resulten proporcionales a la gravedad del riesgo o el daño sufrido. Así, por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN ha determinado que, cuando la niña o el niño es una presunta víctima de abuso sexual y hay un proceso penal en curso, se debe seguir una serie de normas. Entre ellas se encuentran: a) Proporcionarle una asistencia eficaz que incluya un trato profesional con sensibilidad y tacto a lo largo de todo el proceso de justicia; b) La consideración de sus necesidades inmediatas y la evolución de sus facultades (en función del sexo, discapacidades físicas, nivel de madurez) ; y c) que el proceso se desarrolle con pleno respeto a la intimidad e integridad física, mental y moral del menor.<sup>119</sup> En consecuencia, y a lo largo de la identificación de una serie de criterios y requisitos específicos que deben seguirse en el proceso,<sup>120</sup> la Primera Sala ha reafirmado que:

El interés superior del niño exige evitar la victimización secundaria o revictimización de los menores, que no se produce como consecuencia directa del hecho delictivo, sino que, por el contrario, se deriva de la respuesta inadecuada de las instituciones públicas y de los particulares hacia el niño como víctima.<sup>121</sup>

Finalmente, un acceso efectivo y adaptado a la justicia requiere la provisión de recursos que permitan prevenir violaciones futuras a los derechos de niñas, niños y adolescentes, incluidas aquellas “garantías de no repetición”. Estos recursos “estructurales” o “sistémicos” pueden implicar reformar la ley, revisar y diseñar políticas, prevenir la impunidad y transformar las prácticas sociales y culturales a través de la formación y la sensibilización. En otras palabras, junto con los recursos individuales para niñas, niños y adolescentes, los recursos estructurales consideran medidas más amplias para garantizar un mejor cumplimiento de sus derechos en el futuro. En otras palabras, tales recursos demandan una “reparación transformadora”, orientada a mejorar las condiciones para el ejercicio de los derechos.<sup>122</sup>

---

118 Consejo de Europa, *Directrices sobre Justicia Adaptada a los Niños*, Adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos. Disponible en: «<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-878101aa75ed71a1/language-es/format-PDF>».

119 Sentencia recaída en Amparo Directo en Revisión 1072/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de marzo de 2017 p. 35.

120 *Ibidem*, pp. 54-58.

121 *Ibidem*, p. 37.

122 Roach, Kent, *Remedies for Human Rights Violations. A Two-Track Approach to Supra-National and National Law*, Cambridge University Press, 2021.

### III. CONCLUSIONES

Una de las áreas de mayor desarrollo en el campo de los derechos humanos ha sido el de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Desde la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1989, los sistemas jurídicos comparados han avanzado en la incorporación de sus principios y reglas a nivel local. Algunas jurisdicciones han tomado el reto de la incorporación efectiva de estos derechos al más alto nivel y han reconocido tales derechos a nivel constitucional. En esos casos —e incluso en aquellos en que dicho reconocimiento constitucional no ha tenido lugar— los sistemas jurídicos internos han desarrollado sistemas de garantías integrales y especiales para dar efectividad a tales derechos. Tales marcos constitucionales, legales y de política pública han permitido generar las bases para el reconocimiento y protección de niñas, niños y adolescentes ya no sólo como objetos de protección, sino como sujetos legales, titulares de derechos fundamentales generales y de derechos especiales en función de sus opiniones, necesidades y dependencias especiales.

A pesar de estos importantes avances, el campo dogmático de los derechos de niñas, niños y adolescentes sigue siendo relativamente pobre. Esto se agudiza en el contexto Latinoamericano. Con la excepción de algunos sub-campos jurídicos y prácticos específicos, tales como el del derecho penal juvenil, en la Región contamos como pocos insumos para localizar —y a su vez desarrollar— una dogmática constitucional propia sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes.<sup>123</sup> Este déficit no es trivial, puesto que los tribunales de justicia, especialmente aquellos con competencia para resolver conflictos de naturaleza constitucional, requieren de guías robustas y específicas en materia de interpretación de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Como he intentado explicar en este capítulo, no es irrelevante comprender el rol que juegan estos derechos, por ejemplo, a la hora de limitar la discrecionalidad del Estado y priorizar los intereses de niñas, niños y adolescentes por sobre otras consideraciones relevantes. A su vez, priorizados, el intérprete constitucional requerirá de mayor claridad a la hora de proceder a adjudicar tales derechos en el marco general de los modelos de interpretación, tales como el de ponderación en general y el test de proporcionalidad, en particular. Finalmente, la irrupción constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes genera desafíos de interpretación constitucional específica en el campo de

---

123 Junto a un grupo de expertas y expertos de América Latina hemos intentado comenzar a desarrollar este tipo de dogmática constitucional comparada, aun cuando sea a nivel inicial y exploratoria. *Cfr.*, Espejo Yaksic, Nicolás y Lovera Parmo, Domingo (eds.), *La constitucionalización de los derechos de niñas, niños y adolescentes en América Latina*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022 (en prensa).

la protección de los intereses por autonomía individual. El ejercicio de la autonomía progresiva por parte de niñas, niños y adolescentes ha ido progresivamente presionando la necesidad de contar con respuestas jurisdiccionales robustamente justificadas y que dialoguen con los debates paralelos que se dan en el campo de la igualdad, la identidad de género, los derechos políticos o la salud sexual y reproductiva, entre otras materias.

Finalmente, una dogmática constitucional sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes nos debiera llevar a prestar atención a las formas específicas de exigibilidad de tales derechos: sus garantías. En el marco específicamente jurisdiccional —o el de las garantías secundarias— esta preocupación nos deriva a una concepción radicalmente distinta sobre la justicia. Una justicia sustancialmente adaptada a la satisfacción de las necesidades especiales y al ejercicio de todos los derechos de niñas, niños y adolescentes. Como he indicado, tal concepción adaptada o amigable a los derechos de la niñez y la adolescencia implica grandes desafíos a la hora de garantizar el acceso a la justicia. Ello incluye la creación de condiciones físicas, procesales y de interacción que garanticen que el contacto con el sistema de justicia es sensible al mandato de priorización de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como garantizar una participación sensible y adecuada de ellos en los procesos jurisdiccionales.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

Los temas planteados en este capítulo permiten debatir en torno a ciertas preguntas en el campo de la dogmática constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Entre otras cuestiones: ¿Por qué es relevante la justificación de los derechos morales de niñas, niños y adolescentes para la interpretación de tales derechos a nivel constitucional o legal? ¿Qué tipos de intereses fundamentales tienen las niñas, los niños y los adolescentes y cómo hemos de entender cada uno de esos intereses? ¿Le parece útil esta categorización con base en diversos intereses? ¿Poseen tales intereses fundamentales un peso específico distinto al interior de una teoría general de los derechos de niñas, niños y adolescentes? Si todos pesan igual, ¿cómo hemos de resolver los conflictos o tensiones que se produzcan entre ellos y que ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México al respecto? ¿Cómo podemos entender la idea de autonomía en niñas, niños y adolescentes, de forma tal de reconocerles libertad y otorgarles, a la vez, protección frente a los riesgos o daños graves? ¿Cómo ha resuelto esta cuestión la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México? ¿Cómo hemos de entender la idea de “prioridad” al interpretar el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes? ¿Qué consecuencias jurídicas específicas genera distinguir entre prioridad lexicográfica fuerte y débil de los intereses de niñas, niños y adolescentes para los derechos parentales? ¿Qué posición ha adoptado

la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México al respecto? ¿Cómo hemos de entender la idea de una justicia adaptada o amigable para niñas, niños y adolescentes? ¿Qué consecuencias jurisdiccionales se siguen de dicho concepto para la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México?

## Fuentes

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Anderson, Priscilla, *Young Children's Rights*, 2a. ed., London, Jessica Kingsley, 2008.
- Andrew Bainham, "Is Anything Now Left of Parental Rights?", en Probert, R., Gilmore, Stephen & Herring, J. (Eds.), *Responsible Parents & Parental Responsibility*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia/Legis, 2005.
- Archard, D., *Children: Rights and Childhood*, 2a. ed., London, Routledge, 2004.
- Brennan, Samantha, "Children's Choices or Children's Interests: Which Do Their Rights Protect?", en Archard, D. & Macleod, M., *The Moral and Political Status of Children*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- & Noggle, Robert, "The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights, and Family Justice", en *Social Theory and Practice*, vol. 23, no. 1, 1997, pp. 1-26.
- Bridgeman, Joe, *Parental Responsibility, Young Children and Health Care*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- "Embodying our hopes and fears?", en Bridgeman, J. y Monk, D., (Eds.), *Feminist Perspectives on Child Law*, London, Cavendish Publishing, 2000.
- Child Rights International Network (CRIN), *El acceso a la justicia de los niños*, 4, 2016. Disponible en: «[https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546\\_d\\_crin\\_reporte\\_global\\_completo\\_acceso\\_a\\_la\\_justicia\\_de\\_los\\_ninos.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5546_d_crin_reporte_global_completo_acceso_a_la_justicia_de_los_ninos.pdf)».
- *Rights, Remedies & Representation. Global Report on Access to Justice for Children*, Child Rights Information Network, 2016.
- Choudhry, Shazia & Herring, Jonathan, *European Human Rights and Family Law*, Oregon, Oxford and Portland, Hart Publishing 2010.
- & Fenwick, H., "Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, núm. 3, 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, Washington, DC., 2013.
- Consejo de Europa, *Directrices sobre Justicia Adaptada a los Niños*, Adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos. Disponible en: «<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-878101aa75ed71a1/language-es/format-PDF>».

- Courtis, Christian y Espejo, Nicolás, *Por un contrato de cohesión social: apuntes exploratorios*, CEPAL, División de Desarrollo Social, Serie Políticas Sociales 129, Santiago de Chile, abril, 2007. Disponible en: «[http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/spss\\_LCL2699.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/spss_LCL2699.pdf)».
- Eekelaar, John, “Rights Children Should Not Have”, en Douglas, G., Murch, M. *et al.* (Eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018.
- “Beyond the Welfare Principle”, en *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 14, Issue 3, 2002.
  - “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism”, en *International Journal of Law and the Family*, año 8, núm. 42, 1994.
  - “The Importance of Thinking that Children Have Rights”, *International Journal of Law, Policy & the Family*, núm. 6, 1992.
  - “The Emergence of Children’s Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, año 6, núm. 2, 1986.
- Espejo Yaksic, Nicolás, “Persona, vulnerabilidad y capacidad jurídica”, en Bach, Michael y Espejo Yaksic, Nicolás (Editores), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, México, Dirección General de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- *Derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Informe sobre diversidad e inclusión en la Nueva Constitución Política de Chile, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, enero 2022. Disponible en: «[https://www.researchgate.net/publication/357713794\\_Informe\\_sobre\\_diversidad\\_e\\_inclusion\\_y\\_nueva\\_constitucion\\_DERECHOS\\_DE\\_LAS\\_NINAS\\_NINOS\\_Y\\_ADOLESCENTES](https://www.researchgate.net/publication/357713794_Informe_sobre_diversidad_e_inclusion_y_nueva_constitucion_DERECHOS_DE_LAS_NINAS_NINOS_Y_ADOLESCENTES)».
  - “Comprendiendo la responsabilidad parental”, en Espejo Yaksic, Nicolás (Editor), *La responsabilidad parental en el derecho: perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
  - “El acceso a una justicia amigable para la niñez en contextos de movilidad internacional”, en Espejo Yaksic, Nicolás (Editor), *Acceso a la justicia y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en contextos de movilidad internacional*, Dirección General de Derechos Humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
  - “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en Contreras, P. y Salgado, C. (Editores), *Curso de Derechos Fundamentales*, Chile, Tirant Lo Blanch, 2020.
  - “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución de la República”, en Quesille, Anuar (coord.), *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Santiago, UNICEF, 2017.
  - Espejo Yaksic, Nicolás y Lovera Parmo, Domingo (Editores), *La constitucionalización de los derechos de niñas, niños y adolescentes en América Latina*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022 (en prensa).
- Farson, R., *Birthrights*, London, Macmillan, 1974.
- Feinberg, J., “A Child’s Right to an Open Future”, en Aiken, W., LaFollette, H. *et al.*, *Whose Child? Parental Rights, Parental Authority and State Power*, 1980.
- Ferguson, Lucinda, “An Argument for Treating Children as a ‘Special Case’”, en Brake, E. y Ferguson, L. (Eds.), *Philosophical Foundations of Children’s and Family Law*, England, Oxford University Press, 2018.
- “The Jurisprudence of Making Decisions Affecting Children: An Argument to Prefer Duty to Children’s Rights and Welfare”, en Diduck, A., Peleg, N. *et al.* (Eds.), *Law in Society: Reflec-*

- tions on Children, Family, Culture and Philosophy – Essays in Honour of Michael Freeman, Brill, 2015.
- *The End of an Age: Beyond Age Restrictions for Minors’ Medical Treatment Decisions*, October 29, 2004. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=998227>
- Fortin, Jane, “The Gillick Decision – Not Just a High-water Mark”, en Gilmore, S., Herring, J. *et al.* (Eds.), *Landmark Cases in Family Law*, Hart Publishing, 2011.
- *Children’s Rights and the Development Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Freeman, MDA, “Why it Remains Important to Take Children’s Rights Seriously”, en *International Journal of Children’s Rights*, año 5, núm. 15, 2007.
- “Taking Children’s Rights More Seriously”, en Parker, Alston & Seymour (Eds.), *Children Rights and the Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992.
- González Contró, Mónica, “Niñas, niños y adolescentes. La evolución de su reconocimiento constitucional como personas”, en Esquivel, Gerardo, Ibarra Palafox, Francisco *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo 2, México, IJ UNAM, 2017.
- Griffin, James, “Do Children Have Rights?”, en Archard, D. & Macleod, C. (Eds.), *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, Oxford University Press, 2002.
- Gullotta, T., Adams, G. *et al.*, *The Adolescent Experience*, Academic Press, 2000.
- Herring, Jonathan, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer Cham Heidelberg New York Dordrecht London, 2014.
- Holt, J., *Escape from Childhood*, Harmondsworth, 1975.
- Ibarra Olguín, Ana María y Navarrete, Nallely, “Diez años de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *La reforma constitucional en derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Kilkelly, U. y Liefaard, T. (Eds.), *International Human Rights of Children*, Singapore, Springer, 2019.
- Liao, S. Matthew, *The Right to be Loved*, New York, Oxford University Press, 2015.
- Liefaard, T., “Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System”, en *Temple Law Review*, 88, 2016, pp. 905-943.
- & Doek, J. (coords.), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Springer, 2015.
- Lorca Rocío *et al.* (coords.), *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva constitución*, Chile, La Pollera, 2020.
- Lovera, Domingo, *Reconocimiento constitucional de niños, niñas y adolescentes. Agencia presente y futura*, Santiago de Chile, Plataforma Contexto, abril 2021.
- Macleod Colin, M., “Are Children’s Rights Important?” en Brake, E. & Ferguson, L. (Eds.), *Philosophical Foundations of Children’s and Family Law*, Oxford University Press, 2018.
- Morlachetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL/UNICEF, 2013.
- Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.



- “Aristotle on Human Nature and the Foundations of Ethics”, en Altham, J. E. G. & Harrison, Ross (Eds.), *World Mind, and Ethics: Essays on the Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- O’Mahony, Conor, “The Promise and Pitfalls of Constitutionalizing Children’s Rights”, en Dwyer, James G. (Eds.), *Oxford Handbook of Children and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Parker, Alston y Seymour (Eds.), *Children Rights and the Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992.
- Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: Un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, España, Icaria, 2003.
- Prieto, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2003.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised edition, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- Sen, Amartya, *Inequality Re-examined*, England, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Sloth-Nielsen, Julia & Oliel, Michelle, *Constitutionalising Children’s Rights and Domestic Courts of Member States of the Council of Europe*, Publication series of Deutsches Kinderhilfswerk e.V. – issue 7, 2019.
- Sloth-Nielsen, J. & Kruuse, H., “A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children’s Rights in South African Jurisprudence 2007-2012,” en *International Journal of Children’s Rights* 21, 2013.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Infancia y Adolescencia*, 2021. Disponible en: «[www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf](http://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2021-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20IA%2010nov21.pdf)».
- Tobin, J., “Justifying Children’s Rights”, en *International Journal of Children’s Rights*, núm. 15, 2013.
- Un Common Approach to Justice for Children, Guidance Note of the Secretary-General*, New York, UN, 2008.

## Jurisprudencia

### *Suprema Corte de Justicia de la Nación, México*

- Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5833/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 2021.
- Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 329/2020, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de noviembre de 2020.
- Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 57/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de agosto de 2019.
- Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 1049/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2018.
- Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1027/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de marzo de 2017.
- Sentencia recaída al Amparo en Revisión 203/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9 de noviembre de 2016.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015.

Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 256/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de febrero de 2015.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3246/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de enero de 2015.

Sentencia Recaída en el Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015.

Sentencia Recaída al Amparo Directo en Revisión 2293/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014.

Sentencia Recaída a la Contradicción de Tesis 70/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de agosto de 2012.

Sentencia Recaída en el Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de marzo de 2009.

### ***Inglaterra***

R (*Axon*) v *Secretary of State for Health and the Family Planning Association*, [2006] EWHC 37 (Admin.); [2006] QB 539.

[*Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another* [1986] AC 112, HL = (1985) 3 WLR 830.

### ***Corte Europea de Derechos Humanos***

Corte Europea de Derechos Humanos, *Yousef v The Netherlands*, petición núm. 33711/96, 5 de febrero de 2003.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Johansen v Norway*, 23 EHRR 33, 1997.

### ***Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas***

Comité de Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (2006), *Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40° período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1

### **Legislación mexicana**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada DOF 28-05-2021. Disponible en: «<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>».

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), México, Diario Oficial de la Federación (DOF 04/12/2014). Última versión tras las reformas de 2017 y 2019. Disponible en: «[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_171019.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf)».

## Capítulo 15

# Los derechos de los pueblos indígenas

Daniel Cerqueira\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA Y PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. La evolución del derecho de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano. 2. Fundamento constitucional de la CLPI y otros derechos de participación diferenciada de los pueblos indígenas y tribales. 3. Principales instrumentos y derechos internacionalmente reconocidos. A. Convenio 169 de la OIT. B. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. C. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. D. Otros tratados relevantes. III. MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y DE LA SCJN. 1. Principales disposiciones de la Constitución Federal. 2. Principales derechos y su desarrollo jurisprudencial. a. Autoadscripción como criterio de definición de una persona, comunidad o pueblo como indígena. b. Derecho a la personalidad jurídica colectiva. c. Derecho a la identidad e integridad cultural. d. Derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley. e. Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales. f. Derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado. f.1. La obligatoriedad de la obtención del consentimiento. f.2. Obligaciones accesorias-estudios de impacto socio-ambiental y derecho a compartir beneficios razonables. g. Libre determinación de los pueblos indígenas. h. Pluralismo jurídico y justicia indígena.

## I. INTRODUCCIÓN

En México y en el resto de América Latina, la relación entre Estado y pueblos indígenas<sup>1</sup> ha sido abordada desde diferentes modelos jurídico-políticos, enmarcados en distintos paradigmas constitucionales. Cada uno de ellos consagró un espectro de reconocimiento de derechos que inicia con la aclamación de un Estado-nación étnica y culturalmente homogéneo (constituciones liberales de comien-

---

\* Director del Programa Derechos Humanos y Recursos Naturales de la Fundación para el Debido Proceso (Due Process of Law Foundation)

1 A los efectos del presente capítulo, la expresión “pueblos indígenas” coincide con la definición derivada de los estándares internacionales vigentes, la cual se basa en criterios de naturaleza objetiva y subjetiva. Bajo la primera, integran pueblos indígenas aquellas personas que descienden de grupos étnicos cuya existencia es anterior a los Estados donde se encuentren, y que conservan al menos parte de sus instituciones sociales, políticas o culturales. Bajo el criterio subjetivo, son integrantes de un pueblo indígena quienes poseen consciencia de una auto-identificación como tal. Véase, por ejemplo, Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169, artículo 1.2, literal b) y artículo 2. Disponible en: «<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>».

zos del siglo XIX); evoluciona a la aceptación de los pueblos indígenas y tribales<sup>2</sup> como colectivos culturalmente diferenciados, pero en una lógica tutelar en la que el Estado representa sus intereses (constituciones sociales en la segunda mitad del siglo XX); y culmina con el llamado paradigma multicultural, basado en la participación directa en las decisiones estatales que les afectan y en la autonomía para determinar sus propias prioridades de desarrollo político, económico y social.

En Latinoamérica, a partir de la década de 1980 se observa un progresivo reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y la adhesión a instrumentos internacionales sobre la materia. El marco normativo regional pasó a ser tejido, además, por medio de pronunciamientos de la Comisión Interamericana (CIDH) y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y su incorporación a la jurisprudencia de las altas cortes de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). El Derecho Constitucional mexicano se insiere en esta tendencia, habiendo atravesado cada uno de los paradigmas descritos y consagrado, en las últimas tres décadas, instituciones, reglas y principios propios de la pluriculturalidad, muchas veces en aplicación directa del marco normativo internacional y de los precedentes del SIDH por parte de sus altas cortes.

El presente capítulo sistematiza el contenido de los derechos de los pueblos indígenas y tribales reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por México, así como de aquellos derivados del marco constitucional mexicano, de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). La primera sección resume la evolución de los diferentes paradigmas constitucionales en la región y su incidencia en la relación Estado-pueblos indígenas. Asimismo, esta sección hace una conceptualización teórica en torno al fundamento constitucional de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales.

La segunda sección enumera las disposiciones más relevantes de la Constitución federal mexicana sobre la materia y desarrolla el contenido jurisprudencial

---

2 La expresión “pueblo tribal” aquí empleada sigue la definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber: “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. En el contexto mexicano, dicha categoría abarca a las comunidades afromexicanas que mantienen un vínculo con el territorio que ocupan, preservan un modo de vida tradicional y, principalmente, se auto-adscriben como pertenecientes a un grupo culturalmente distinto a los demás sectores de la población. Véase Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

de los derechos previamente identificados, a partir de los precedentes de la Corte IDH y de la SCJN. Finalmente, el capítulo concluye con algunas preguntas de discusión, con el fin de servir como herramienta de aprendizaje sobre los estándares internacionales y constitucionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA Y PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. *La evolución del derecho de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano*

Desde la adopción de las primeras constituciones liberales de comienzos del siglo XIX, Latinoamérica ha experimentado diferentes modelos jurídico-políticos en torno a la relación entre Estado y pueblos indígenas. La importación de un ideal de Estado-nación europeo,<sup>3</sup> impasible a las diferencias étnico-culturales de los pueblos que habitaban la mayor parte del territorio de las nuevas repúblicas americanas, caracterizó la tendencia asimilacionista que perduró por más de un siglo en la región. En este contexto, las elites políticas de los países recién emancipados limitaron los derechos fundamentales a una lista corta de libertades individuales y derechos políticos, desconociendo la existencia de los pueblos originarios. Con el tiempo, algunos de estos derechos fueron ampliados a los integrantes de los pueblos indígenas, pero en calidad de individuos-ciudadanos, sin la posibilidad de ejercerlos colectivamente.<sup>4</sup>

En la segunda mitad del siglo XX, diversas constituciones sociales pasaron a reemplazar el modelo asimilacionista por uno integracionista, en que se reconocían a los pueblos indígenas como titulares de una serie de derechos colectivos. Sin embargo, se asumía que las culturas indígenas tendían a desaparecer, debido a su fragilidad frente a la realidad social y económica predominante, siendo necesario crear derechos económicos y sociales mínimos y una institucionalidad

---

3 Uno de los mayores expertos en el estudio del concepto de “nación”, el historiador Eric Hobsbawm, ironiza el hecho de que los próceres de la unificación italiana en 1871 tenían cierta claridad sobre el significado de Italia en tanto país independiente, pero eran incapaces de definir el significado de “italianos” en tanto nación. Hobsbawm, Eric J., *Nations and Nationalism since 1780: programme, myth, reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 19.

4 Aguilar, José A., “Multiculturalism and Constitutionalism in Latin America”, *Notre Dame J Intl & Comp L*, 19, vol. 4:1, 2014, p. 24.

estatal para mediar la incorporación de las personas indígenas al tejido social mayoritario.<sup>5</sup> Se da, entonces, el fenómeno de la “campesinización” del indígena, en una lógica según la cual su problema central es el acceso a la tierra y el goce de condiciones socioeconómicas dignas.

En México, la demanda de restitución de los territorios indígenas prevista en el Plan de Ayala de 1911 y recogida en el artículo 27 original de la Constitución de 1917 reflejó dicha tendencia, al equiparar a los pueblos indígenas con los grupos campesinos.<sup>6</sup> La consigna zapatista “la tierra es de quien la trabaja” ilustra cómo el vínculo de una comunidad con su territorio se redujo —primero en ámbito político-discursivo y luego en el marco jurídico— a un postulado de subsistencia más económica que cultural. Décadas más tarde, el constitucionalismo indigenista latinoamericano consagraría una nueva forma de pensar la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, siendo la tierra propiedad de quienes mantienen un vínculo ancestral con ella.

El modelo integracionista estuvo vigente no sólo en los marcos constitucionales de los países de la región, sino en la posición de foros multilaterales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Adoptado en 1957,<sup>7</sup> el Convenio 107 de dicho organismo incorporó de manera explícita el modelo integracionista, el cual fue revisado en junio de 1989, con la adopción del Convenio 169,<sup>8</sup> principal tratado internacional dedicado exclusivamente a reconocer una serie de derechos de los pueblos indígenas y tribales.

---

5 Yrigoyen F., Raquel Z., “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica” en Yrigoyen F., Raquel Z. (ed.), *Pueblos Indígenas: Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, pp. 18-23.

6 El artículo 27.VI del texto original de la Constitución de 1917 establecía que “los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren [...]”.

7 OIT, Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes. ILC/40 No 107 (en vigor desde el 2 de junio de 1959).

8 En palabras de la propia OIT: “[d]urante la década de 1970, cuando la ONU comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio núm. 107 fue objeto de cuestionamientos. El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y ésta concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno”. Véase OIT, “Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (19 de febrero de 2013), p. 14. Disponible en: «[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf)».

En las décadas de 1980 y 1990, varios países del continente atravesaron nuevos procesos constituyentes o amplias reformas constitucionales mediante las cuales pasaron a reconocerse como sociedades multiculturales o pluriculturales.<sup>9</sup> Este proceso estuvo influenciado por el llamado “debate multicultural” de las décadas de 1960 y 1970, experimento intelectual con amplia influencia en la *praxis* política de algunos países de origen anglosajón, particularmente Canadá y Estados Unidos, en la búsqueda de una mejor gobernanza de sus diversidades étnicas y culturales.<sup>10</sup>

Inspirados sobre todo en la experiencia canadiense de comienzos de la década de 1980, varios países latinoamericanos —incluyendo a México, con la reforma constitucional de 1992— abandonaron el paradigma integracionista y navegaron por el denominado “constitucionalismo multicultural”.<sup>11</sup> De este paradigma surgieron las principales instituciones jurídico-políticas creadas en los ámbitos doméstico e internacional en las décadas venideras.<sup>12</sup>

Ecuador y Bolivia son los únicos países de la región que han trascendido el constitucionalismo multicultural, habiendo apostado por un reconocimiento más pronunciado de los pueblos y naciones indígenas como entidades fundadoras de la propia institucionalidad estatal. Sus respectivas constituciones de 2008 y 2009

---

9 Algunos autores distinguen el abordaje multicultural – reconocimiento constitucional inicial de ciertos derechos básicos en las Constituciones de Canadá (1982), Guatemala (1985) y Brasil (1988) – del pluricultural – referido al reconocimiento más profundo de derechos de identidad, educación multilingüe, autonomía cultural y justicia indígena propia, en las Cartas Políticas de Colombia (1991), Paraguay (1992), y Perú (1993). Véase Yrigoyen, Raquel Z., “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista” en Baldi, Cesar A. (ed.), *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 35.

10 Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 10-33.

11 Cabe subrayar que el abordaje multicultural no está exento de críticas por parte de comunidades, pueblos y movimiento indígena en general. Los efectos colaterales de dicho abordaje para los pueblos indígenas y minorías nacionales en Canadá, Latinoamérica y en otras regiones han sido ampliamente abordadas por la doctrina. Sin embargo, y para los fines del presente capítulo, es innegable la influencia que dicho abordaje ha tenido y sigue teniendo en la manera como México y otros países de la región han confeccionado las instituciones jurídicas que rigen la relación entre el Estado y los pueblos indígenas y tribales. Para una crítica al modelo multicultural en diferentes países, véase Andersen, Chris, *Metis: Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2014; Lee Van Cott, Donna, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

12 Para una explicación sobre la forma como la consolidación de un determinado paradigma constitucional incide en la creación e interpretación del Derecho, véase Ferrajoli, Luigi *et. al.*, “La teoría del derecho en el paradigma constitucional”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, ISBN: 978-84-612-3659-6.

definen a ambos Estados, y no a los grupos sociales que coexisten bajo un mismo ordenamiento jurídico, como plurinacionales.<sup>13</sup> Para algunos autores, dicha experiencia inaugura el llamado “constitucionalismo plurinacional”, en el que diferentes colectivos, indígenas y no indígenas, convergen en una posición de igualdad en un proceso constituyente para conformar un nuevo Estado.<sup>14</sup>

A diferencia de los dos países mencionados, México y los demás Estados de la región mantienen un marco constitucional y leyes secundarias enmarcadas en el paradigma multicultural, con algunas expresiones de interculturalidad, entendida como la horizontalidad entre las instituciones jurídicas, políticas y culturales de los pueblos indígenas vis-à-vis las instituciones estatales. Una de las premisas fundamentales del paradigma multicultural es la participación directa de los pueblos indígenas, a través de mecanismos diferenciados, en las decisiones estatales que les afectan; y la autonomía para tomar decisiones esenciales a sus modos de vida, sin la necesidad de tutela o mediación estatal. Los países que adoptan dicho paradigma suelen consagrar:

- i. El derecho a la autoadscripción, es decir, la potestad individual y colectiva para definirse como indígena;
- ii. salvaguardias especiales de protección, demarcación y titulación del territorio indígena;
- iii. la promoción del pluralismo jurídico<sup>15</sup> en las decisiones estatales y controversias judiciales que involucran a comunidades, pueblos o personas indígenas;
- iv. el reconocimiento de un grado mínimo de autogobierno, como el derecho a elegir sus propias autoridades locales por medio de sus usos y costumbres, y administración de controversias intracomunitarias bajo sus propios sistemas normativos;

---

13 Cruz, Edwin, “Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador”, *Revista Via Iuris*, 14, 2013.

14 Véase, por ejemplo, Lupien, Pascal, “The incorporation of indigenous concepts of plurinationality into the new constitutions of Ecuador and Bolivia”, *Democratization J* 774, 18:3, 2011. Mientras el paradigma multicultural suele caracterizar a los Estados en el interior de los cuales un grupo étnico y social dominante concede un grupo de derechos exclusivos a ciertas minorías bajo premisas liberales de tolerancia y diversidad, el plurinacionalismo refleja la interacción de diferentes naciones, indígenas y no indígenas, en búsqueda de emanciparse de un legado colonial. Véase Merino, Roger, “Reimagining the Nation-State: Indigenous Peoples and the Making of Plurinationalism in Latin America”, *Leiden J Intl L* 773, 31:4, 2018.

15 Por pluralismo jurídico nos referimos a la coexistencia de los sistemas jurídicos estatal e indígena en un mismo espacio sociopolítico. Véase Pedro Garzón López, “Pluralismo Jurídico” en: *Euno-mía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2004, p. 188.



- v. la autonomía para definir sus prioridades de desarrollo político, económico y social; y
- vi. el incentivo a la salud y a la educación intercultural y el fomento a los idiomas originarios, entre otros.

Una de las principales herramientas legales emanadas del referido paradigma es la consulta libre, previa e informada (CLPI). En líneas generales, se trata de un diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos y comunidades indígenas y tribales, mediante el cual se les informa de manera clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones, sobre el impacto que un determinado proyecto de inversión puede tener sobre su territorio, y respecto de otras decisiones legislativas o administrativas de alcance general susceptibles de afectar sus intereses.<sup>16</sup>

Si bien la CLPI fue consagrada inicialmente en 1989, por medio del Convenio 169 de la OIT, su protección jurídica internacional también encuentra anclaje en los principales tratados de derechos humanos ratificados por México, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Lo anterior, en virtud de la interpretación que los comités del Sistema Universal de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte IDH han realizado del alcance de disposiciones del tratado respectivo.<sup>17</sup>

En adición al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la CLPI ha sido reconocida en las salvaguardas de los bancos multilaterales y en los compromisos voluntarios del sector corporativo. En efecto, varios de estos compromisos van más allá de la consulta y exigen el consentimiento libre, previo e informado ante una determinada actividad susceptible de impactar a una comunidad o pueblo indígena. A modo de ejemplo, las salvaguardias socioambientales del Banco Mundial,<sup>18</sup> las normas de desempeño de la Corporación Financiera

---

16 Cerqueira, Daniel, “La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos.”, en *Blog Justicia en las Américas*, 10 de agosto de 2015. Disponible en: «<https://dplfblog.com/2015/08/10/la-consulta-previa-libre-e-informada-en-america-latina-un-poco-de-historia-y-precisiones-sobre-sus-fundamentos-juridico-politicos/>».

17 Respecto de las fuentes internacionales de las cuales se deriva la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 273-288 y 302-328, disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>».

18 Banco Mundial, “Marco Social y Ambiental”, 2017, p. 79. Disponible en: [EnvironmentalSocialFrameworkSpanish.pdf \(worldbank.org\)](http://www.worldbank.org/EnvironmentalSocialFrameworkSpanish.pdf).

Internacional<sup>19</sup> y las políticas autorregulatorias del *International Council on Mining and Metals*<sup>20</sup> establecen la responsabilidad de las empresas de obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas afectadas por los servicios financieros o proyecto de desarrollo en cuestión.

## 2. *Fundamento constitucional de la CLPI y otros derechos de participación diferenciada de los pueblos indígenas y tribales*

A excepción de Bolivia, Ecuador y Venezuela, cuyas constituciones consagran expresamente el derecho a la CLPI, los demás países de la región no cuentan con una disposición constitucional que ampare dicho derecho. Ante este escenario, la CLPI ha sido tutelada en el marco de otros derechos de rango constitucional o previstos en instrumentos internacionales, tales como los derechos de propiedad colectiva (art. 21 de la CADH), la autonomía cultural (art. 27 del PIDCP) o el derecho a la libre determinación (art. 1º común al PIDCP y al PIDESC). En la jurisprudencia constitucional comparada, la CLPI ha sido reconocida a través del derecho de participación, libre determinación o la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, entre otros.<sup>21</sup>

Al margen de la disposición constitucional que mejor se ajusta al referido derecho, su conceptualización como un derecho fundamental implica que las normas que le dan contenido tienen el potencial de colisionar con otras normas o intereses jurídicamente protegidos. Los casos más habituales ocurren cuando una comunidad indígena debe ser consultada previo a una decisión estatal que podría satisfacer ciertos intereses de otros sectores de la población. Tal situación no es distinta a la que se presenta cuando el ejercicio diferenciado de un derecho por parte de un grupo en situación de desventaja histórica colisiona con valores o intereses mayoritarios. Tenemos aquí dos características esenciales de la CLPI: fungir como

---

19 Corporación Financiera Internacional, “Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social”, 2012, art. 32. Disponible en: «[https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/30e31768-daf7-46b4-9dd8-52ed2e995a50/PS\\_Spanish\\_2012\\_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES&CVID=k5LIWsu](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/30e31768-daf7-46b4-9dd8-52ed2e995a50/PS_Spanish_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES&CVID=k5LIWsu)».

20 *International Council on Mining and Metals*, “Assurance and Validation Procedure and Guidance”, (rev. 2021), position statement 2. Disponible en: «<https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/mining-principles/assurance-and-validation.pdf>».

21 Sobre la posición de las altas cortes de los países latinoamericano respecto del derecho constitucional que se subsume en la obligación de realizar la consulta previa, véase Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una recopilación de casos*, 2009, disponible en: «[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed\\_norm/—normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_116075.pdf)».

una herramienta contra-mayoritaria y de equalización de condiciones en favor de los pueblos indígenas y tribales.

En la mayor parte de las democracias constitucionales actuales hay un sinnúmero de instituciones jurídicas aplicables a los pueblos indígenas, cuyo propósito va más allá de estas dos características. A modo de ejemplo, podemos mencionar los sistemas de justicia indígena, que conviven con el sistema estatal; los procesos de deliberación política por usos y costumbres; el autogobierno; entre otros. Tales mecanismos se enmarcan en aquellas instituciones consensuadas en los ámbitos nacional e internacional como respuesta a la insuficiencia de los medios tradicionales de equalización de derechos inspirados en una concepción de justicia estrictamente redistributiva.

Dicha concepción de justicia, basada en la búsqueda de la igualdad de condiciones en favor de grupos en desventaja, estuvo impregnada en la jurisprudencia constitucional en varias democracias liberales en las décadas de 1960 y 1970. La llamada *justice as fairness* fungió como el punto de partida del liberalismo político igualitario de autores como John Rawls<sup>22</sup> y Ronald Dworkin. Uno de sus corolarios fue la apuesta hacia la llamada “discriminación positiva”, a través de la cual la administración pública debe adoptar acciones afirmativas en favor de los y las integrantes de grupos en situación de desventaja histórica, pero en forma provisional, hasta que sus integrantes alcancen la igualdad de facto.

Si bien el liberalismo igualitario fue exitoso en proponer una alternativa a la impronta utilitarista del liberalismo político del siglo anterior, ambas escuelas comparten el punto de apoyo en el individuo/ciudadano, sin mayor consideración a las aspiraciones identitarias compartidas por grupos étnico-culturales. En Estados Unidos, por ejemplo, mientras el anhelo de una *color-blind society* fue abrazada por la Suprema Corte y por el propio movimiento por los derechos civiles, la práctica jurisdiccional y las políticas estatales de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas permanecieron inalteradas. Es así como Will Kymlicka,<sup>23</sup> Charles Taylor<sup>24</sup> y otros proceres del debate multicultural buscaron imprimir en el proyecto liberal un norte en la preservación de las diferencias étnicas y culturales.<sup>25</sup>

---

22 Rawls, John, “Justice as Fairness”, in *Philosophical Review*, vol. LXVII, 1958.

23 Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1995.

24 Taylor, Charles, “La política del reconocimiento”, en: Habermas, Jürgen y Taylor, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 61.

25 A partir de la propuesta de conciliación entre el liberalismo igualitario y la política de la diferencia, Jeremy Waldron sugiere que “así como individuos necesitan estructuras comunales para desarrollar y ejercitar las capacidades que sus derechos protegen, las comunidades minoritarias necesitan estructuras políticas e internacionales más amplias con el fin de proteger sus valores

Aunque las modalidades tradicionales de representación especial (*v.g.*, cuotas de acceso a la función pública) y los mecanismos contra-mayoritarios (*v.g.*, control constitucional de leyes y actos administrativos) alcanzan algunas demandas de reconocimiento de la diferencia cultural de los pueblos indígenas, en el paradigma multicultural surgen una serie de mecanismos adicionales de participación cuya finalidad no se agota en promover la igualdad de facto con otros sectores de la población. La CLPI, las salvaguardias especiales aplicables a los territorios indígenas y, en un sentido más amplio, la libre determinación, son algunos ejemplos de derechos exclusivos de los pueblos indígenas que les permiten subsistir como colectivos culturalmente diferenciados,<sup>26</sup> además de obrar como herramienta contra-mayoritaria y de ecualización de condiciones.

### 3. *Principales instrumentos y derechos internacionalmente reconocidos*

Se describen a continuación los principales instrumentos internacionales dedicados al reconocimiento de derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y tribales.

#### A. Convenio 169 de la OIT

Tal como se explicó líneas arriba, en 1957, la OIT adoptó el “Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Producto de dos décadas de articulación de pueblos y movimientos indígenas en el ámbito internacional, la OIT tuvo a bien revisar la terminología y el enfoque integracionista de dicho convenio y, en 1989, adoptó el “Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Tal instrumento ha sido ratificado

---

y bienes culturales.” Véase Waldron, Jeremy, “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”, en Kymlicka Will (ed), *The rights of Minority Cultures*, Oxford University Press 1995, p. 104.

26 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General Nro. 23, *Derechos de las Minorías*, párrs. 6.2 y 7. 50º Período de Sesiones (1994), en donde se concluye que el derecho a la cultura, consagrado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, posee un carácter individual, su ejercicio depende de la capacidad de cada pueblo indígena o grupo étnico minoritario a mantener su identidad cultural, religiosa y social. El Comité señaló que, en el caso de los pueblos indígenas, la cultura se manifiesta en el modo especial con la que se relacionan con su territorio y al uso de sus recursos naturales, trascendiendo así la titularidad individual y alcanzando al pueblo o comunidad como tal, requiriendo además “la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afecten.”

por 24 países hasta la fecha, 14 de los cuales se encuentran en Latinoamérica.<sup>27</sup> México depositó el instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1990, antecedido solamente por Noruega.

### *Derechos reconocidos*

Entre los derechos y obligaciones previstas en el Convenio 169, podemos mencionar las siguientes:

- Derecho a la autoadscripción, o autonomía de una comunidad, pueblo o persona para definir su pertenencia indígena (art. 1.2);
- principio de no discriminación (arts. 3, 4, 20 y 24);
- salvaguardias especiales aplicables a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado (arts. 14 y 18);
- respeto a la integridad cultural e instituciones propias (arts. 2, 5 y 7);
- obligación estatal de realizar estudios de impactos socioambientales, en cooperación con los pueblos indígenas interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de la actividad prevista (art. 7.3);
- derecho a participar directamente en la toma de decisiones acerca de políticas y programas que les afecten (arts. 6, 7 y 15);
- ser consultados de forma libre, previa e informada acerca de toda decisión estatal susceptible de afectarles directamente (arts. 6, 15, 17, 22 y 28);
- derecho a compartir beneficios razonables por la exploración o explotación de actividades económicas en su territorio (art. 15.2).

## **B. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la ONU,<sup>28</sup> la “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (DNUPI) reitera los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT y consagra

27 Véase OIT, “Ratificación del C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991. Disponible en: «[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)».

28 La Declaración fue aprobada con el voto favorable de 143 países y 11 abstenciones, algunas de las cuales fueron revertidas y convertidas en adhesión posteriormente, como es el caso de Colombia. Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda fueron los únicos países que votaron en contra de la Declaración, pero sus gobiernos variaron su posición y decidieron respaldar el referido instrumento a lo largo de los años.

algunos que no habían sido previstos en dicho tratado. La DNUPI amplía los supuestos en que los Estados deben obtener el consentimiento de la comunidad o pueblo en cuyo territorio se pretende llevar a cabo una actividad económica. Es decir, reitera la obligación estatal de buscar el consentimiento indígena en el marco de un proceso de consulta previa, pero establece supuestos en los que el consentimiento es mandatorio. Por otro lado, la DNUPI pone un mayor énfasis en la autonomía territorial, autogobierno y derecho de los pueblos indígenas a determinar sus propias prioridades de desarrollo político, económico y social.

Por no tratarse de un instrumento sujeto a ratificación, en principio una declaración no obliga jurídicamente a los países que la suscriben. Sin embargo, la DNUPI sistematiza los parámetros de actuación estatal emanados de pronunciamientos de diferentes órganos supranacionales de derechos humanos, de la costumbre internacional y del Derecho Comparado, al momento de su adopción. Por tanto, la Declaración enumera las principales obligaciones estatales sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales derivadas del DIDH.

### *Derechos reconocidos*

La DNUPI consta de 46 artículos que abordan los derechos de los pueblos indígenas a:

- determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, en virtud de su libre determinación (art. 3);
- a la autonomía u autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos (art. 4);
- conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 5);
- vivir en libertad, paz y seguridad, sin ser sometidos a genocidio o a otros actos violentos (art. 7);
- no ser sometidos a una asimilación o integración forzada ni a la destrucción de su cultura y desposesión de sus territorios (art. 8);
- consentimiento ante actos que puedan provocar su desplazamiento forzado y ante el almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras y territorios (arts. 10 y 29.2);
- la educación del Estado bien como a aquella en su propio idioma y de acuerdo con su cultura (art. 14);
- establecer sus propios medios de información en sus idiomas y a acceder a los demás medios de información no indígenas, sin discriminación (art. 16);

- participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener sus propias instituciones representativas (arts. 18 y 34);
- la consulta libre e informada antes de adoptarse medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento (arts. 19 y 32);
- determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (arts. 23 y 32.1);
- usar sus medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, así como el derecho de acceso a todos los servicios sociales y de salud del Estado (art. 24);
- reconocimiento y protección jurídica de sus territorios y recursos, respetándose sus costumbres y formas tradicionales de tenencia de la tierra (art. 26);
- la protección y conservación del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos naturales (art. 29.1);
- utilizar sus propias leyes, tradiciones y sistemas de justicia para adjudicar derechos en relación con sus tierras y recursos (art. 27), y para solucionar controversias intracomunitarias (arts. 34 y 35);
- que no se lleven a cabo actividades militares en sus territorios, a menos que lo justifique una razón de interés público o que se haya acordado libremente con el pueblo interesado (art. 30.1);
- la propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural, conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (art. 31.1);
- determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres (art. 33.1).

### **C. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

El 15 de junio de 2016 la Asamblea General de la OEA aprobó, por aclamación, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DA-DPI). La mayor parte de sus disposiciones reproduce el texto de la DNUPI, con algunas cláusulas nuevas o ampliadas. Entre éstas, destacan la alusión particular a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, reconociendo su derecho de permanecer en dicha condición y a la intangibilidad de sus territorios (art. XXVI); y la mención a la obligación de proteger los derechos y territorios de los pueblos indígenas, a la luz del Derecho Internacional Humanitario, en

casos de conflictos armados internos o internacionales (art. XXX.4). Asimismo, la DADPI consagra el derecho de las mujeres indígenas a la igualdad y a ser libres de todas las formas de discriminación y violencia (art. VII) y establece la obligación estatal de reconocer la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas (art. IX).

Es importante reiterar que, pese al estatus jurídico no vinculante de las declaraciones americana y de la ONU, las disposiciones allí contenidas sistematizan el estado de arte del DIDH sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La Corte IDH ha utilizado ambas declaraciones al momento de fijar el alcance de diferentes disposiciones de la CADH.<sup>29</sup>

#### D. Otros tratados relevantes

En adición a los tres instrumentos internacionales descritos, existen otros con disposiciones específicas que consagran ciertos derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), ratificada por México en 1975. Dicho tratado establece protecciones especiales para las personas frente a la discriminación étnica o racial (arts. 1° a 7°).

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México en 1993, estatuye la obligación de alentar a que los medios de comunicación tengan en cuenta las necesidades lingüísticas del niño o niña perteneciente a un pueblo indígena, grupo étnico o religioso minoritario (art. 17.d) y de observar su derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma (art. 30).

A su vez, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por México en 1993, consagra el respeto por la preservación del conocimiento tradicional indígena y establece el derecho a compartir beneficios razonables provenientes de su utilización. El protocolo adicional a este convenio, conocido como Protocolo de Nagoya, establece la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo o comunidad indígena en relación con los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos.

---

29 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440, párr. 94.



### III. MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH Y DE LA SCJN

#### 1. *Principales disposiciones de la Constitución Federal*

Fue solamente con la reforma constitucional de 1992 que la Constitución Federal mexicana incorporó el lenguaje habitual del paradigma multicultural, y pasó a reconocer a la nación como una sociedad pluricultural. Una década más tarde, la reforma de 2001 incorporó al artículo 2º, párrafo V, el reconocimiento de que el “derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”.

Por otro lado, la reforma constitucional de junio de 2011<sup>30</sup> modificó el artículo 1º y dispuso la integración al ordenamiento mexicano, con rango constitucional, de los tratados en materia de derechos humanos de los que México sea parte. Desde entonces, pasó a vigorar el denominado “bloque de constitucionalidad”,<sup>31</sup> a la luz de los principios *pro persona* y de interpretación conforme.<sup>32</sup> Con estos principios, consagrados igualmente en el artículo 29.b) y d) de la CADH,<sup>33</sup> toda autoridad jurisdiccional debe interpretar las normas aplicables a una determinada

30 *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011, disponible en: «[http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_194\\_10jun11.pdf](http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf)».

31 Bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto de normas que, sin estar consagrados expresamente en el texto de la Constitución, se integran al ordenamiento jurídico de un país, con rango jerárquico constitucional, por desarrollar valores o principios de naturaleza constitucional; por subsunción de reglas o principios derivados del DIDH; u otras técnicas de integración normativa preestablecidas constitucionalmente o bajo un desarrollo jurisprudencial. Véase Adán Maldonado, “El bloque de constitucionalidad en México – hacia su integración y aplicación”. Tirant Lo Blanch, 2019, p. 83.

32 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 44 y 45.

33 El artículo 29.b) de la CADH establece que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

[...]

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

controversia a partir de las reglas y los principios del derecho interno o internacional que maximicen los derechos humanos en juego.

La SCJN ha establecido que, en virtud de los artículos 1 y 133<sup>34</sup> de la Constitución federal, los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, incluso en sentencias que versan sobre países distintos a México, resultan vinculantes para jueces y juezas del país, a partir de los siguientes lineamientos:

- (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>35</sup>

A la luz de este criterio, la SCJN ha interpretado el alcance de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en México vis-à-vis la jurisprudencia de la Corte IDH, el Convenio 169 de la OIT y el *corpus iuris* internacional previamente descrito.<sup>36</sup>

A continuación, se citan los extractos pertinentes de las disposiciones de la Constitución Federal mexicana que reconocen y protegen derechos de los pueblos indígenas y afroamericanos.

#### **Artículo 1º**

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

---

34 El artículo 133 de la Constitución Federal mexicana, cuyo texto fue reformado el 29 de enero de 2016, estatuye lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”

35 SCJN, Pleno, tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, tomo I, registro 2006265, abril de 2014, p.. 204

36 Véase, por ejemplo, SCJN, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”, 2014, p. 20. Disponible en: «<https://bit.ly/2YN9jIN>». Sobre la pertinencia del uso del protocolo por parte de las autoridades judiciales mexicanas, véase, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017, p. 55, párr. 2.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

**Artículo 2º La Nación Mexicana es única e indivisible.**

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
- III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.
- IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
- VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente

de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

- I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.
- II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.
- III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.
- IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar

la cobertura de los servicios sociales básicos.

- V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.
- VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.
- VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.
- VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.
- IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

C. Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social.

### **Artículo 3º Toda persona tiene derecho a la educación [...]**

Los planes y programas de estudio tendrán perspectiva de género y una orientación integral, por lo que se incluirá el conocimiento de [...] las lenguas indígenas de nuestro país [...].

En los pueblos y comunidades indígenas se impartirá educación plurilingüe e intercultural basada en el respeto, promoción y preservación del patrimonio histórico y cultural;

Artículo 4º La mujer y el hombre son iguales ante la ley [...]

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad.

**Artículo 27.** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada [...]

VII. [...]

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

**Artículo 28.** [...]

Corresponde al Instituto [Federal de Telecomunicaciones], el otorgamiento, la revocación, así como la autorización de cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. [...] Las concesiones podrán ser para uso comercial, público, privado y social que incluyen las comunitarias y las indígenas, las que se sujetarán, de acuerdo con sus fines, a los principios establecidos en los artículos 2o., 3o., 6o. y 7o. de esta Constitución.

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

[...]

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

Es importante subrayar que, bajo el diseño constitucional mexicano, la Constitución Federal establece derechos y libertades a los pueblos indígenas y afromexicanos, sin perjuicio de las que las constituciones de las entidades federativas puedan reconocer.<sup>37</sup> Varias de estas entidades establecen derechos más amplios o incluso inexistentes en la Carta Política Federal. En efecto, la Constitución Federal delega a las entidades federativas la competencia para regular el derecho de los pueblos indígenas a elegir sus representantes en los ayuntamientos municipales, de conformidad con sus tradiciones y normas (art. 2º, IX) y a establecer “las características de libre determinación y autonomía que mejor expresan las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas”, con relación al acceso a la

---

37 Véase SCJN, Tesis Aislada (Constitucional): 2a. CXL/2002, Novena Época, Segunda Sala, noviembre de 2002, p. 446, reg. 185565. Véase también SCJN, Tesis Aislada (Constitucional): 2a. CXXXIX/2002, Novena Época, Segunda Sala, noviembre de 2002, p. 446, reg. 185566.

jurisdicción del Estado y a la solución de controversias intracomunitarias de conformidad con sus costumbres y especificidades culturales (art. 2º, II y X).

## 2. Principales derechos y su desarrollo jurisprudencial

La presente sección sistematiza los principales derechos de los pueblos indígenas y tribales desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.<sup>38</sup> Debido al uso de otras fuentes del DIDH por parte del tribunal interamericano en la determinación del alcance de dichos derechos, algunas subsecciones contienen un resumen de las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la OIT, de la DNUPI y de la DADPI. Al final de cada subsección, se mencionan las tesis jurisprudenciales y precedentes relevantes de la SCJN de los últimos diez años.<sup>39</sup>

### a. Autoadcripción como criterio de definición de una persona, comunidad o pueblo como indígena

El artículo 1º del Convenio 169 de la OIT establece dos elementos para definir la condición indígena. El elemento objetivo (art. 1.1) establece que una comunidad o pueblo son indígenas cuando 1) “desciendan” de las poblaciones originarias de los Estados, y 2) conserven todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.<sup>40</sup> A su vez, el artículo 1.2<sup>41</sup> confiere un estatus determinante al cri-

38 La presente subsección examina solamente aquellos derechos exclusivos o cuyo alcance es singular a los pueblos indígenas y tribales, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. Para un resumen más amplio de otros derechos previstos en la CADH interpretados o declarados violados en fallos del tribunal interamericano en controversias cuyas víctimas son pueblos indígenas o tribales, véase Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia n° 11 – Pueblos Indígenas y Tribales” (2021). Disponible en: «[https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf)».

39 El contenido de varios de los precedentes citados en esta sección se encuentran sistematizados en SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 4 – Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas”, 2020, disponible en: «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD\\_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf)».

40 El artículo 1(b) del Convenio 169 establece que el Convenio se le aplica “[...] a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

41 Dicho artículo 2 estatuye que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

terio subjetivo, y asigna al pueblo y a sus integrantes la potestad para definirse como indígena.<sup>42</sup> En similar sentido, el artículo 33 de la DNUPI reconoce la facultad de los pueblos y comunidades indígenas para definir su propia identidad e instituciones.<sup>43</sup>

### *Jurisprudencia interamericana*

La primacía del elemento subjetivo ha sido incorporada en la doctrina de la CIDH<sup>44</sup> y en la jurisprudencia de la Corte IDH. En la sentencia sobre el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte concluyó que “la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía [...]. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”.<sup>45</sup>

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte rechazó el argumento del Estado denunciado, según el cual la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la “sociedad moderna” había afectado su distinción cultural. Al respecto, la sentencia concluye que “[e]l hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”.<sup>46</sup>

### *Jurisprudencia de la SCJN*

De conformidad con su reiterada jurisprudencia y, en aplicación del artículo 2° constitucional,<sup>47</sup> la SCJN se adhiere al criterio del DIDH comentado. En sentencia

42 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Disponible en: «[www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)».

43 El artículo 33 de la DNUPI establece que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir composición de las instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”.

44 CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

45 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

46 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*

47 En lo pertinente, el artículo 2° de la Constitución Federal establece que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser el criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.”



de 8 de mayo de 2013, la Sala Primera concluyó que la conciencia de su identidad indígena es suficiente para que, a las autoridades tradicionales del estado de Sonora, promoventes de una acción de amparo, fuesen aplicadas las disposiciones del marco normativo interno e internacional que protegen los derechos de los pueblos indígenas y tribales.<sup>48</sup> En similar, sentido, la Primera Sala ha citado expresamente el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT al sostener que “la autoconciencia o la autoadscripción, es el criterio determinante para establecer el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2° de la Constitución General, así como de las disposiciones sobre pueblos indígenas previstas en tratados internacionales [...]”.<sup>49</sup>

Bajo la jurisprudencia constante de la SCJN, la autoadscripción puede ser deducida en cualquier etapa de un procedimiento judicial, particularmente en aquellos de naturaleza penal.<sup>50</sup> De lo anterior, se desprende la obligación de la autoridad judicial de proveer un traductor e intérprete cuando una persona que interviene en un proceso judicial plantee la autoadscripción indígena. Por otro lado, cuando haya indicios de su calidad indígena, el juzgador o juzgadora deben ser proactivos y ordenar de oficio, si las circunstancias del caso lo ameritan, una evaluación pro derechos a fin de determinar si la persona tiene o no la calidad de indígena.<sup>51</sup>

## b. Derecho a la personalidad jurídica colectiva

Los pueblos indígenas y tribales no requieren estar registrados o reconocidos formalmente por el Estado para ejercer sus derechos. Aunque el reconocimiento de su personalidad jurídica colectiva es una obligación estatal (DADPI, art. IX),<sup>52</sup> su potestad para adquirir y ejercer derechos no está supeditada a ningún tipo de reconocimiento u acto constitutivo por parte del Estado.

### *Jurisprudencia interamericana*

En el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH estableció que:

- 
- 48 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 631/2012, 8 de mayo de 2013, p. 54, párrs. 1 y 2 y p. 57, párr. 3.
- 49 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017, p. 48.
- 50 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión, 16 de octubre de 2013.
- 51 *Ibid.* Véase también, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2560/2017, párrs. 54 a 56, 15 de noviembre de 2017.
- 52 El artículo IX de la DADPI establece que “[l]os Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración.”

[...] el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.<sup>53</sup>

En esta línea, el artículo 3° de la CADH, titulado “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica”, adquiere una dimensión colectiva con relación a los pueblos indígenas y tribales. En lo pertinente, la Corte IDH ha afirmado que

[...] el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.<sup>54</sup>

En el *Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH subrayó que la ausencia del reconocimiento al ejercicio de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas y tribales en el ordenamiento jurídico surinamés implica una violación del derecho previsto en el artículo 3° de la CADH, en relación con la obligación general de adoptar medidas para ajustar la legislación interna de los Estados parte, prevista en el artículo 2° del referido tratado interamericano.<sup>55</sup>

### *Jurisprudencia de la SCJN*

Al dirimir controversias sobre el interés legítimo de comunidades indígenas para promover ciertas acciones judiciales, la SCJN ha concluido que tales comunidades y sus integrantes, considerados individualmente, son titulares de los derechos protegidos bajo el artículo 2° de la Constitución Federal.

En sentencia emitida el 4 de noviembre de 2015, en un juicio de amparo promovido por comunidades Mayas en contra de la liberación de la siembra de soya genéticamente modificada en el estado de Campeche, la Segunda Sala concluyó que se cumplía el requisito de legitimación procesal, pues las comunidades quejasas son titulares de un derecho subjetivo colectivo. A criterio de la Segunda Sala, los derechos previstos en el artículo 2° constitucional “corresponden —en princi-

53 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

54 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 172.

55 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 114.

pio— a dichos grupos de manera colectiva, sin embargo, la fracción VIII, apartado A, del citado artículo constitucional, permite que cualquiera de sus miembros o integrantes puedan hacer justiciables dichas prerrogativas de forma individual, estando en posibilidad de reclamar una afectación personal o colectiva al mismo tiempo”.<sup>56</sup>

Aunque la jurisprudencia de la SCJN es clara sobre la personería jurídica colectiva indígena con relación a los derechos territoriales y a la pretensión procesal para reclamarlos, el Máximo Tribunal mexicano aún no se ha pronunciado sobre el alcance de la personería colectiva para actos de naturaleza civil o administrativa. Entre tales actos, podemos mencionar la realización de transacciones comerciales sencillas o la apertura de una cuenta bancaria sin la necesidad de constituir una asociación, cooperativa u otra entidad regulada por el derecho civil; o la gestión de fondos estatales como comunidad indígena y no por medio de entidades públicas reguladas por el derecho administrativo.

### c. Derecho a la identidad e integridad cultural

El derecho a la identidad e integridad cultural se concreta en la autonomía de los pueblos indígenas para determinar el sistema cultural y de valores bajo el cual quieren vivir (DNUPI, art. 8). Supone, además, la protección de sus tradiciones, instituciones y leyes consuetudinarias, sus modos de uso de la tierra, de organización y de su identidad cultural (Convenio 169 de la OIT, art. 2).

De conformidad con la DNUPI, la protección a la identidad cultural indígena requiere garantizar, entre otros, los siguientes derechos:

- practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres; mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y literatura (art. 11);
- manifestar, practicar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; mantener y proteger sus lugares sagrados y acceder a ellos (art. 12);
- utilizar sus objetos de culto y obtener la repatriación de sus restos humanos (art. 12);
- establecer sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje (art. 14);

---

56 SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 410/2015, 4 de noviembre de 2015, p. 52, párr. 3.

- preservar sus medicinas tradicionales y mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, fauna, flora y minerales de interés vital (art. 24);
- mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales, ciencia y tecnología (art. 31).

### *Jurisprudencia interamericana*

Si bien la identidad e integridad cultural indígena no ha sido definida como un derecho autónomo, es considerada instrumental para el ejercicio de varios derechos emanados de la CADH. A modo de ejemplo, la relación especial de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios y con los recursos naturales que en ellos se encuentran es considerada un elemento esencial a su integridad cultural.<sup>57</sup> De igual manera, la obligación de realizar procesos de consulta previa y las salvaguardias especiales aplicables a los territorios indígenas se vinculan a la identidad cultural de la comunidad o pueblo indígena en cuestión.<sup>58</sup>

La Corte IDH ha fijado el alcance de ciertos derechos y obligaciones derivadas de la CADH a partir de la necesidad de garantizar la integridad cultural indígena. En el *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, por ejemplo, se reconoció que el artículo 21 de la CADH, referido al derecho de propiedad privada, adquiere una dimensión colectiva cuando aplicado a los territorios indígenas. Un razonamiento similar fue empleado al definirse el alcance del derecho de participación política (art. 23), en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* —relativo al impedimento del sufragio electoral pasivo a integrantes de un partido político indígena—; de la libertad de expresión (art. 13) frente al uso del idioma de libre elección por parte de una persona indígena privada de libertad, en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*; del alcance particular del derecho a un medio ambiente sano, al agua, a la alimentación adecuada y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales conexos (art. 26), en el *Caso Lhaka Honhat vs. Argentina*; de la libertad de expresión e igualdad ante la ley (arts. 13 y 24), con relación a las obligaciones estatales aplicables a la adjudicación de frecuencias radioeléctricas, en el *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango vs. Guatemala*, entre otros.

57 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 217. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 148 a 153 y *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 138 y 139.

58 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 159.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

De manera análoga a la Corte IDH, la SCJN ha vinculado una serie de derechos constitucionalmente protegidos a la integridad cultural de los pueblos indígenas. En sentencia dictada el 6 de mayo de 2020, en una acción de amparo presentada por un ejido indígena del Estado de Yucatán, la Primera Sala subrayó la obligación estatal de preservar y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios, la continuidad de su cultura, modos de vida tradicional, creencias y tradiciones.<sup>59</sup> De igual manera, la obligación de realizar procesos adecuados de CLPI ha sido definida como un corolario de la preservación de la integridad cultural de la comunidad indígena en cuestión.<sup>60</sup>

#### **d. Derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley**

Los instrumentos internacionales vigentes señalan que los pueblos y personas indígenas tienen derecho a ejercer y a gozar plenamente de todos los derechos humanos, así como los “derechos generales de ciudadanía”, sin ningún tipo de obstáculos o discriminación, en especial aquella que deriva de su origen étnico (Convenio 169 de la OIT, art. 3; DNUPI, preámbulo y art. 2). Tales instrumentos establecen la obligación estatal de adoptar medidas especiales para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación contra las personas y pueblos indígenas (DNUPI, art. 15), y para garantizarles el mismo nivel de vida y oportunidades a las que tienen acceso los demás miembros de la sociedad.

Entre las modalidades de discriminación étnica y racial de las que los pueblos y personas indígenas suelen ser víctimas, la Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>61</sup> ha hecho énfasis en las siguientes:

La discriminación legal se refiere a la discriminación en las normas bien porque consagran disposiciones discriminatorias o bien porque no consagran disposiciones que favorezcan el disfrute de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas. La discriminación interpersonal se concreta en las actitudes de rechazo y exclusión hacia los indígenas por parte de la población no indígena, así como en las conversaciones y en las imágenes que difunden los medios de comunicación sobre los indígenas. La discriminación institucional se manifiesta en la situación desfavorable de los indígenas en la distribución del gasto público y de los bienes colectivos; la poca participación de los indígenas en la administración pública y en las instancias políticas es una muestra de este tipo de discriminación. La discriminación histórica es la base de las anteriores y se

---

59 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 953/2019, 6 de mayo de 2020, p. 49, párr. 1.

60 SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017, p. 56, párr. 2.

61 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003, párrs. 16 a 20.

concreta en los mecanismos de exclusión de los pueblos indígenas usados históricamente para marginarlos de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para vivir en condiciones de equidad con el resto de la población.<sup>62</sup>

### *Jurisprudencia interamericana*

En el marco normativo interamericano, mientras el artículo 1.1 de la CADH establece la obligación general de respetar y garantizar los derechos sustantivos previstos en dicho tratado “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole [...]” su artículo 24 protege el derecho a la “igual protección de la ley”, lo cual implica la prohibición de discriminación *de facto* o *de iure*, con relación a los derechos previstos en la CADH y a toda ley que apruebe un Estado parte. En ese sentido, “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención”.<sup>63</sup>

La Corte IDH prohíbe la “discriminación indirecta”, la cual opera cuando una norma aparentemente neutra genera un impacto desproporcionado en un determinado grupo de personas. En los últimos años, el tribunal ha ampliado su repertorio jurisprudencial sobre la cláusula de igualdad, contenida en el artículo 24 de la CADH,<sup>64</sup> habiendo establecido parámetros de actuación estatal frente a colectivos bajo situación de discriminación estructural e interseccional.<sup>65</sup> En sus

---

62 Fundación para el Debido Proceso, “Manual para defender los derechos de los pueblos Indígenas y tribales”, 24 de octubre de 2018, pp. 12 y 13. Disponible en: «[https://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos\\_indigenas\\_web\\_c.pdf](https://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos_indigenas_web_c.pdf)».

63 Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 334.

64 Dicha disposición establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” A su vez, el artículo 1.1 contiene una cláusula de no discriminación en la aplicación de los derechos sustantivos de la CADH, con el siguiente fraseo: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

65 Pou Giménez, Francisca, “La igualdad sustantiva interamericana: Avances y debates pendientes Inter-American substantive equality: Steps forward and pending debates”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 19, Issue 4, October 2021, pp. 1241-1247, disponible en: «<https://doi.org/10.1093/icon/moab117>».

propias palabras, discriminación estructural se refiere a los “comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta o no cuestionada contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas para unos grupos y privilegios para otros”. A su vez, discriminación interseccional tiene lugar cuando interceden diferentes causas de desventaja o desigualdad en perjuicio de una persona o grupo de personas, tales como género, raza, origen étnico, orientación sexual, identidad de género, etcétera.<sup>66</sup>

En la sentencia del *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros Vs. Guatemala*, la Corte IDH examinó el derecho de las víctimas a fundar y utilizar sus propias radios comunitarias, tomando en cuenta la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 24 de la CADH. El fallo concluyó que, en vista de la discriminación histórica a la que han estado sometidos los pueblos y comunidades Mayas en Guatemala,

el Estado tenía la obligación de “corregir las desigualdades existentes” y “promover la inclusión y la participación” de estos pueblos. Además, [...] señaló que el Estado debía tomar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso a frecuencias radioeléctricas a los pueblos indígenas, con el propósito de garantizar la igualdad material de los mismos frente a otros segmentos sociales que tienen las condiciones económicas para competir en las subastas de adquisición de frecuencias radioeléctricas.<sup>67</sup>

Al examinar los hechos en controversia, la Corte IDH subrayó que, si bien el criterio de adjudicación de frecuencias radioeléctricas a la oferta de mayor precio es de aplicación general en Guatemala, su impacto diferenciado para las comunidades Mayas implica una discriminación indirecta, contraria al artículo 24 de la CADH.<sup>68</sup> Bajo esta línea argumentativa, los pueblos indígenas tienen derecho a participar de manera diferenciada en los procesos de concesión de frecuencias radioeléctricas, máxime cuando la aplicación de un criterio estrictamente comercial genera un impacto diferenciado en la posibilidad de impartir y recibir información en su propio idioma y de ejercer los derechos a la libertad de expresión (art. 13) y a participar en la vida cultural (art. 26).

---

66 Para más Información sobre el juicio de igualdad realizado por la Corte IDH y las categorías empleadas en casos que versan sobre discriminación o trato diferenciado arbitrario, véase Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia n° 14 – Igualdad y No Discriminación” (2020). Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>».

67 Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*, op. cit., resumen oficial de la sentencia, p. 6. Disponible en: «[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_440\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_440_esp.pdf)».

68 Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*, op. cit., párr. 149.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

La SCJN ha interpretado la obligación general de no discriminación al ponderar la carga procesal en acciones judiciales promovidas por pueblos y comunidades indígenas. En el amparo directo en revisión 11/2015 inaplicó ciertas exigencias probatorias contenidas en la Ley de Amparo, bajo el argumento de que es necesario adecuarlas a las condiciones culturales y de marginación de la comunidad indígena en cuestión, con el fin de evitar la imposición de una carga que incrementa aún más su situación de desventaja en el orden jurídico nacional.<sup>69</sup>

Dicho fallo establece la obligación de juezas y jueces de “indagar y tener en cuenta los usos, costumbres y especificidades culturales de la comunidad y personas indígenas, como indica el artículo 2º, fracción VIII, constitucional, para apreciar los hechos sometidos a su potestad y valorar el caudal probatorio, acorde con las particularidades de dicha parte, respetando en lo conducente sus sistemas normativos, lo que posiblemente pueda traer consigo una disminución en el rigor de la prueba propio de los procesos de estricto derecho, en lo que a la parte indígena concierne, cuando ello derive de esas especificidades de su condición”.<sup>70</sup>

A su vez, la Sala Segunda ha establecido que el artículo 2º, apartado B, constitucional, impone una serie de obligaciones positivas a los tres ámbitos del gobierno, con el fin de eliminar cualquier tipo de discriminación en contra de los pueblos indígenas.<sup>71</sup>

### **e. Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales**

El Convenio 169 de la OIT establece el deber estatal de reconocer la propiedad y la posesión de las tierras que los pueblos indígenas y tribales tradicionalmente han ocupado (art. 14). A su vez, la DNUPI señala que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y utilizar las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido (art. 26). Dicha declaración establece, además, la obligación de los Estados de:

- adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos naturales de los pueblos indígenas y prevenir su traslado forzoso (art. 8);

---

69 SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 4 – Derecho a la propiedad de la tierra, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

70 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017, p. 56, párr. 3º.

71 SCJN, Sala Segunda, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021, párrs. 37, 38 y 43.



- respetar, proteger y garantizar la relación espiritual que los pueblos indígenas poseen con sus tierras, territorios y recursos naturales (25);
- reconocer y adjudicar las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres y sistemas de tenencia y transferencia tradicionales de los pueblos indígenas (art. 27);
- asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras y recursos (art. 29);
- respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales presentes en sus territorios, y a determinar las prioridades y estrategias de desarrollo (arts. 29 y 32).

### *Jurisprudencia interamericana*

Desde su primera sentencia en materia de pueblos indígenas, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua*, la Corte IDH sostuvo que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.<sup>72</sup> De acuerdo con su reiterada jurisprudencia, el artículo 21 de la CADH<sup>73</sup> “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”.<sup>74</sup> Para la Corte, “entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.<sup>75</sup>

En el *Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, la Corte IDH sistematizó las siguientes salvaguardias especiales a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios:

72 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No 79, párr. 149.

73 Aunque el texto del artículo 21 de la CADH se refiere exclusivamente a la propiedad privada, desde la sentencia sobre el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua*, de 2001, la Corte IDH ha interpretado su enunciado normativo de tal forma que abarca el carácter comunal o colectivo de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y territorios.

74 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. párr. 111.

75 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346, párr. 115

[...] 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales.<sup>76</sup>

La Corte IDH ha establecido que, si bien el derecho de propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH no es absoluto, para que un Estado pueda restringir la propiedad colectiva indígena, debe observar una serie de salvaguardias especiales. Además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad), las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas no deberán poner en peligro su integridad cultural y, en última ratio, su subsistencia física y cultural como pueblo.<sup>77</sup>

En el *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*, la Corte IDH fijó el alcance del derecho de propiedad colectiva de las comunidades declaradas como víctimas a la luz de sus usos y costumbres y de la manera como se relacionan entre sí.<sup>78</sup> Por otro lado, el tribunal reiteró la posición de fallos anteriores relacionados con los derechos territoriales indígenas, y ordenó, como medida de compensación, la creación de un fondo de desarrollo comunitario en favor de las comunidades que conforman la Asociación Lhaka Honhat, siendo una de sus finalidades “reparar el daño a su identidad cultural”.<sup>79</sup>

---

76 *Ibid*, párr. 117.

77 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 128.

78 Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párrs. 166 a 168.

79 Para más información sobre los aspectos novedosos de esta sentencia, véase Angel Cabrera *et al.*, “Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Blog Justicia en las Américas*, 30 de abril de 2020. Disponible en: «<https://>

### *Jurisprudencia de la SCJN*

La SCJN ha interpretado el artículo 27 constitucional, referido a la propiedad de las tierras y aguas en el territorio mexicano, a la luz de los derechos de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos. En este sentido, ha reconocido el derecho a la restitución y, cuando ello no sea posible, a una indemnización equitativa por el despojo o daños a las tierras, territorios y recursos naturales que los pueblos indígenas hayan tradicionalmente poseído o utilizado.<sup>80</sup>

Pese a lo anterior, son pocos los precedentes de la SCJN sobre las implicaciones que el derecho de propiedad comunal indígena pueda tener respecto de otros sistemas de propiedad, tales como la propiedad privada o agraria. Los problemas jurídicos planteados en las sentencias de la SCJN en la materia versan particularmente sobre cuestiones procesales (*v.g.*, interés jurídico y legitimación de una comunidad indígena para interponer una determinada acción judicial). Al pronunciarse sobre aspectos sustantivos de controversias enmarcadas en la concesión de proyectos de inversión en territorios indígenas, el razonamiento de la SCJN se ha basado, mayormente, en derechos como CLPI y el derecho de acceso a la justicia.<sup>81</sup>

### **f. Derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado**

El Convenio 169 de la OIT, la DNUPI y los demás instrumentos internacionales aplicables, son claros al establecer los lineamientos sobre cómo debe realizarse un proceso de consulta previa a los pueblos indígenas. Cada uno de los requisitos de la CLPI ha sido aclarado por la Corte IDH en su jurisprudencia, de la siguiente manera:

#### *Carácter previo*

Se debe consultar [al pueblo indígena] de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.<sup>82</sup>

#### *Libre*

Supone la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia.

---

dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/#\_edn1».

80 SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 990/2016, 24 de mayo de 2017, pp. 45 y 46.

81 SCJN, *Centro de Estudios Constitucionales*, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 4, *op. citi.*, p. 93.

82 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.

*Informada*

[...] la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes.<sup>83</sup>

*Culturalmente adecuada*

Tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación.<sup>84</sup>

*De buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo*

[...] la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación” “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.<sup>85</sup>

Se trata de un derecho autoejecutable (*i.e.*, no requiere una ley habilitante para ser implementado) que conlleva a una obligación estatal no delegable a terceros.<sup>86</sup> Su observancia no depende del reconocimiento formal o titulación del territorio de la comunidad o pueblo en cuestión. En efecto, la mayoría de los casos decididos por la Corte IDH sobre el particular se relacionan con comunidades o pueblos cuyos territorios no habían sido demarcados ni titulados por el Estado demandado.<sup>87</sup>

Tal como se indicó en la sección 1.2, el derecho a la CLPI ha sido abordado, tradicionalmente, en el marco del artículo 21 de la CADH, referido al derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras y territorios. En algunos fallos más reciente, la Corte IDH ha concluido que la no observancia de las instituciones representativas de los pueblos indígenas en un proceso de consulta vulnera, igualmente, el derecho de participación política, protegido en el artículo 23 de la CADH.<sup>88</sup> Por las razones descritas en la referida sección de este capítulo, al margen de la disposición convencional o constitucional que ampara el derecho a la CLPI, nos

83 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 208.

84 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.

85 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párrs. 185, 186 y 200.

86 *Ibid*, párr. 187.

87 Hasta la fecha de la presente publicación, las sentencias de la Corte IDH referidas a la CLPI eran: Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam; 2) Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador; 3) Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras; 4) Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras; Caso de los pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname (2015); y Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina.

88 Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, *op. cit.*, párrs. 202, 203 y 230.

parece más relevante examinar el alcance de las obligaciones estatales impuestas por dicho derecho.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

La SCJN posee sendos pronunciamientos sobre las directrices que un proceso de CLPI debe observar, en aplicación directa del Convenio 169 de la OIT y de los estándares del DIDH. Tales precedentes replican, en gran medida, los parámetros jurisprudenciales desarrollados por la Corte IDH.

La sentencia de la Segunda Sala en el amparo en revisión 921/2016, de 5 de abril de 2017, referido a la obligación de consultar proyectos de liberación de organismos genéticamente modificados en territorios de comunidades Mayas en la península de Yucatán, se adhiere a la definición de la jurisprudencia interamericana sobre el carácter libre, previo, culturalmente adecuado, informado, comprensible y de buena fe de la consulta.<sup>89</sup> Sobre el carácter informado y comprensible, el fallo estatuye que la información brindada por el Estado debe ser “proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como con todos los elementos necesarios para su entendimiento, de tal suerte que los tecnicismos científicos no constituyan una barrera para emitir una opinión”.<sup>90</sup>

Bajo la jurisprudencia constante de la SCJN, la obligación de llevar a cabo procesos de CLPI también es aplicable al Poder Legislativo y frente a actos normativos de alcance general.<sup>91</sup> Al respecto, la Primera Sala, al resolver el amparo en revisión 134/2021, el 16 de febrero de 2022 dispuso que “las comunidades indígenas deben contar con tal prerrogativa [de la CLPI] cuando se trate, incluso, de procedimientos legislativos, cuyo contenido verse sobre derechos de los pueblos indígenas”.<sup>92</sup>

#### *f.1. La obligatoriedad de la obtención del consentimiento*

Los estándares internacionales vigentes permiten identificar las siguientes circunstancias en las que el consentimiento es mandatorio, es decir, cuando la posición del pueblo o comunidad consultada es vinculante para el Estado, sin que se admitan excepciones:

---

89 SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017, pp. 54 a 56.

90 *Ibid*, p. 55, párr. 3. Véase también, SCJN, Sala Segunda, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021, párr. 42.

91 SCJN, Sala Segunda, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021, párr. 55.

92 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 134/2021, 16 de febrero de 2022, párr. 67.

- cuando se trate de transferencia de las tierras que ocupan o su reubicación (Convenio 169 de la OIT, art. 16.2<sup>93</sup> y DNUPI, art. 10<sup>94</sup>);
- en casos de depósito u almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras o territorios indígenas (DNUPI, art. 29).

### *Jurisprudencia interamericana*

La jurisprudencia interamericana es clara al fijar como objeto último de todo proceso de consulta la obtención del consentimiento del pueblo o comunidad. Ello significa que la consulta no debe ser conducida como un mero trámite formal, dirigido a validar una decisión estatal preconstituida. Es importante distinguir, sin embargo, la finalidad de obtención del consentimiento en un proceso de consulta, o sea, permitir que el pueblo o comunidad manifieste su posición previa a la implementación de una decisión estatal susceptible de afectarles; de la obligatoriedad del consentimiento.

En adición a las dos circunstancias previamente mencionadas que imponen la obtención mandatoria del consentimiento, en el *Caso Saramaka vs. Surinam* la Corte IDH añadió una adicional, en los siguientes términos:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.<sup>95</sup>

La CIDH ha desarrollado algunas pautas para definir cuando un proyecto de inversión puede ser considerado “a gran escala”, a partir de la magnitud del proyecto, volumen e intensidad de la afectación al territorio e impacto humano y social de la actividad. En este sentido, ha concluido que “las grandes explotaciones mineras” y de hidrocarburos son ejemplos de actividades económicas a gran escala.<sup>96</sup>

93 Dicha norma establece que “cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.”

94 Dicha disposición estatuye que “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.”

95 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.

96 CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, párrs. 185 a 193.

Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>».

*Jurisprudencia de la SCJN*

La jurisprudencia de la SCJN ha sido menos explícita que la de los órganos del SIDH con relación a la diferencia entre el consentimiento como finalidad de cualquier proceso de consulta previa y su obligatoriedad frente a proyectos de exploración o explotación a gran escala que se pretende concesionar en tierras indígenas. En la sentencia de amparo en revisión 213/2018, la Primera Sala ratificó la obligación estatal de obtener el consentimiento indígena frente a proyectos a gran escala y citó expresamente los criterios de la CIDH, previamente mencionados, para determinar cuándo un proyecto puede ser así definido<sup>97</sup>.

*f.2. Obligaciones accesorias-estudios de impacto socioambiental y derecho a compartir beneficios razonables*

En sus fallos relacionados con el derecho a la CLPI, la Corte IDH ha establecido dos obligaciones estatales accesorias: la realización de un estudio de impacto social y ambiental (EISA) y la necesidad de compartir los beneficios razonables de un determinado proyecto de inversión con los pueblos indígenas afectados. Los EISAs deben llevarse a cabo antes del inicio de la actividad económica; ser conducidos por entidades independientes bajo la supervisión del Estado; abarcar el impacto acumulado; y respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, quienes deben recibir los resultados del estudio oportunamente.<sup>98</sup> En el caso de proyectos de inversión que puedan afectar territorios indígenas y tribales, la Corte IDH ha indicado que “se debe dar participación a la comunidad, dentro del proceso de estudio de impacto ambiental, mediante una consulta”.<sup>99</sup>

Finalmente, el derecho a compartir beneficios razonables es inherente a la garantía de indemnización por la restricción al derecho de propiedad (art. 21.2).<sup>100</sup> Uno de sus objetivos es mejorar las condiciones de vida de la comunidad o pueblo consultado. Dicho derecho no debe confundirse con la prestación de servicios sociales básicos que, de cualquier manera, corresponde al Estado.

97 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 213/2018, 14 de noviembre de 2018, p. 81, párr. 206 y p. 89, párr. 218.

98 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 162 a 173.

99 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párrs. 129 y 130; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 206 y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, op. cit., párr. 215.

100 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op. cit., párrs. 138 y 139.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

En la sentencia de amparo en revisión 921/2016, la Segunda Sala de la SCJN dispuso que, cuando la decisión estatal consultada se relacione con actividades económicas susceptibles de impactar directamente un territorio indígena, las autoridades competentes “deben —siempre que el caso concreto lo requiera— efectuar los estudios correspondientes en cooperación con los pueblos y comunidades involucradas, a fin de evaluar el impacto ambiental, social, espiritual y cultural que el proyecto les puede causar; el resultado de dichos estudios debe ser considerado durante la etapa de ejecución del proyecto”.<sup>101</sup>

En la sentencia de amparo en revisión 953/2019, la Primera Sala concluyó que la aprobación de una evaluación de impacto social de un proyecto de generación de energía eléctrica antes de la realización de un proceso de CLPI es contrario a los estándares constitucionales y convencionales aplicables. Dicho fallo subraya que la consulta no sería previa al no realizarse desde las primeras etapas de planeación del proyecto y antes de una determinación de la autoridad competente para permitir el desarrollo del proyecto (Comisión Reguladora de Energía en el caso del proyecto solar impugnado).<sup>102</sup>

### **g. Libre determinación de los pueblos indígenas**

Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre el derecho a la libre determinación en las décadas de 1960 y 1970 sostuvieron que su reconocimiento no era aplicable a las minorías étnicas en el interior de los Estados que ya habían alcanzado su independencia.<sup>103</sup> Producto de décadas de movilización, algunos aspectos de dicho derecho fueron progresivamente reconocidos a los pueblos indígenas y tribales, tanto por los organismos intergubernamentales como por los sistemas supranacionales de derechos humanos.

En términos generales, el DIDH y el Derecho Constitucional Comparado atribuyen al término “libre determinación” múltiples significados actualmente, que denotan: 1) los procesos de descolonización; 2) el derecho de independencia de un Estado soberano frente a los demás (libre determinación externa); y 3) el de-

---

101 SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017, pp. 55, párr. 2 y 59, párr. 2.

102 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 953/2019, 6 de mayo de 2020, p. 72, párr. 2.

103 Rodríguez-Piñero, L., “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional: del colonialismo al multiculturalismo”, en Aparicio Wilhelmi, Marco (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, Publicaciones de la Universitat de Girona, 2005, p. 111.



recho de los pueblos de determinar libremente su condición política y buscar su propio desarrollo en el interior de un determinado Estado (libre determinación interna).<sup>104</sup>

La comunidad internacional y los organismos supranacionales de derechos humanos han entendido que la libre determinación indígena se manifiesta, sobre todo, en el aspecto interno de dicha institución, en armonía con el principio de integridad territorial de los Estados.<sup>105</sup> Uno de sus componentes indisociables es la autonomía organizativa y el autogobierno, definidos por la Relatoría Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como la capacidad de organizar y dirigir sus asuntos internos, de conformidad con sus instituciones, mecanismos y entidades representativas.<sup>106</sup> El autogobierno debe orientar el cumplimiento de las obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas, tales como la realización de procesos de CLPI, debiéndose respetar la autonomía deliberativa del pueblo o comunidad frente a cualquier decisión que afecte sus modos de vida, sobre todo de cara a actividades económicas a gran escala que se pretenden llevar a cabo en sus territorios.

### *Jurisprudencia interamericana*

El vínculo entre los derechos de propiedad colectiva, la CLPI y el principio de libre determinación de los pueblos indígenas ha sido reconocido en la doctrina de la Comisión y jurisprudencia de la Corte IDH. La sentencia de la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* es un hito en este sentido. Al pronunciarse sobre el derecho a la CLPI, la Corte recalcó que éste se deriva no solo del Convenio 169 de la OIT, el cual no ha sido ratificado por Surinam, sino que es inherente al principio de libre determinación, contenido en el artículo 1 del PIDCP, del cual el citado Estado sí es parte.<sup>107</sup>

---

104 Véase, por ejemplo, SELF-DETERMINATION AND SECESSION IN CONSTITUTIONAL LAW Report adopted by the Commission at its 41th meeting (Venice, 10-11 December 1999). Disponible en: «[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)002-e)».

105 Al respecto, el artículo 46 de la DNUPI establece que ninguna disposición de la Declaración debe ser interpretada “en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

106 Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 3 de mayo de 2021, párr. 12.

107 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

El vínculo entre los derechos de propiedad colectiva, la CLPI y el principio de libre determinación de los pueblos indígenas ha sido reconocido en la doctrina de la Comisión y jurisprudencia de la Corte IDH. En línea con la conceptualización de la CLPI como una manifestación de la libre determinación indígena, la CIDH y otros organismos internacionales han reivindicado la legitimidad de los protocolos y procesos autónomos de consulta, mediante los cuales los propios pueblos o comunidades detallan sus normas, instancias representativas y procedimientos de toma de decisión, informando a los Estados sobre la forma en la que deben dialogar con ellos respecto a decisiones que afectan sus derechos. Al respecto, la CIDH ha manifestado que

[...] corresponde a los Estados el deber de respetar y garantizar, sin discriminación, la consulta y consentimiento ejercidas por los pueblos indígenas y tribales, basadas en su autodeterminación. Lo contrario puede conducir a que la consulta con los pueblos indígenas y tribales resulte en un mecanismo homogeneizante, que no refleje la diversidad cultural propia de cada realidad. No debe aspirarse a generar procesos estandarizados, ya sea basados en medidas legislativas o no, porque pueden tender a uniformizar a todos los pueblos sobre un patrón. Se trata, en cambio, de un diálogo intercultural constante entre los sistemas normativos y de derecho indígena y tribal, el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>108</sup>

La jurisprudencia de la Corte IDH es aún incipiente sobre las obligaciones estatales que emanan de la libre determinación indígena, más allá de la CLPI.<sup>109</sup> La CIDH se ha pronunciado de manera más específica sobre dicho derecho en informes temáticos.<sup>110</sup> En diciembre de 2021 la CIDH adoptó el informe “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales”, el cual se adhiere a los estándares más avanzados de otros sistemas supranacionales y del derecho comparado, en torno a las diferentes manifestaciones de la libre determinación indígena.<sup>111</sup> Entre los diversos aportes del informe, merece destaque la reubicación

---

108 CIDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 de diciembre de 2021, párr. 180.

109 Véase Daniel Cerqueira, “Corte Interamericana debe ponerse al día con los estándares internacionales sobre el derecho a la libre determinación indígena”, *Blog Justicia en las Américas*, 22 de marzo de 2022. Disponible en: «<https://dplfblog.com/2022/03/22/corte-interamericana-debe-ponerse-al-dia-con-los-estandares-internacionales-sobre-el-derecho-a-la-libre-determinacion-indigena/>».

110 Véanse, por ejemplo, CIDH, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. OEA/Ser.L/V/ II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013; Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015; y Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 29 de septiembre de 2019.

111 CIDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 de diciembre de 2021.

de ciertas obligaciones estatales ampliamente desarrolladas en la jurisprudencia del SIDH, tales como la CLPI, en el marco del derecho a la libre determinación indígena. Ello implica la primacía de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, tales como su autonomía para definir sus prioridades de desarrollo, el control sobre sus territorios y recursos naturales y el reconocimiento de sus instancias y procedimientos tradicionales de toma de decisión.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

Bajo la jurisprudencia de la SCJN, la libre determinación es un principio instrumental a los derechos de los pueblos indígenas, tal como estatuye el artículo 2° constitucional. En esta línea, ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural.<sup>112</sup> Sin embargo, aún no ha interpretado el alcance de los derechos sustantivos emanados de la libre determinación en controversias relacionadas con la concesión de proyectos de inversión en territorios indígenas. Hasta la fecha, el razonamiento de la SCJN en ese tipo de casos se ha orientado hacia la obligación estatal de conducir procesos de consulta libre, previa e informada, con algunos precedentes más específicos sobre la necesidad de obtener el consentimiento previo a proyectos a gran escala.

Cabe destacar que algunos pronunciamientos de la SCJN se apartan de los estándares internacionales sobre la libre determinación indígena. En sentencia radicada en el amparo directo en revisión 7735/2018, por ejemplo, la Segunda Sala concluyó que los usos y costumbres de las comunidades agrarias, con carácter de pueblo indígena, no tienen la entidad para modificar la normatividad que rige su representación jurídica en la suscripción de acuerdos sobre linderos entre ejidos. En rigor, dicho precedente sujeta las instancias deliberativas y de representación tradicional de los pueblos y comunidades indígenas a las reglas generales del derecho agrario.<sup>113</sup>

## **h. Pluralismo jurídico y justicia indígena**

El artículo 8 del Convenio 169 de la OIT exige el reconocimiento de las costumbres, las leyes consuetudinarias y las instituciones indígenas “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

---

112 Véase, por ejemplo, SCJN, Sala Segunda, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021, párr. 43.

113 SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 7735/2018, 7 de agosto de 2019, pp. 53 y 54.

Su artículo 9 establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”

A su vez, la DNUPI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener la estructura institucional indígena y los procedimientos, las prácticas y, cuando existan, los sistemas jurídicos o las costumbres, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34). La DADPI también establece que “el derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional” y que las personas indígenas “tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales” (art. XXII, párrs. 2 y 3).

### *Jurisprudencia interamericana*

En este rubro, la jurisprudencia constitucional mexicana posee un repertorio mucho más amplio de decisiones en comparación con el SIDH. Más allá de algunos pronunciamientos *obiter dicta* en sentencias de la Corte IDH, el aporte más significativo del SIDH sobre el alcance de la justicia indígena y la obligación estatal de impartir justicia con un criterio intercultural, se encuentra en informes temáticos<sup>114</sup> y sobre la situación de derechos humanos en los países,<sup>115</sup> publicados por la CIDH.

### *Jurisprudencia de la SCJN*

En lo que se refiere a la obligación estatal de impartir justicia bajo un criterio intercultural, la SCJN posee un número importante de sentencias sobre los efectos de la autoadscripción en el goce de garantías judiciales específicas, como el derecho a contar con un intérprete, traducción de actuaciones procesales relevantes, defensor y perito/a especializado/a en la lengua y cultura de la persona indígena que interviene en un procedimiento judicial.<sup>116</sup> De igual manera y, tal como se ha indicado en la sección 2.2.1 *supra*, la SCJN posee una línea jurisprudencial sólida

---

114 Véase, por ejemplo, CIDH, Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, *op cit.*, párrs. 185 a 193.

115 Véase, por ejemplo, CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2007)”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 junio 2007, párrs. 286 a 293.

116 Para un resumen sistematizado de dichas sentencias, véase SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 8 – Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales”, 2021, disponible en: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-08/DERECHO-INTERPRETES-Y-DEFENSORES.pdf>».

sobre la improcedencia de requisitos probatorios que no contemplen las condiciones culturales y de marginación de las personas o comunidades indígenas.<sup>117</sup>

Con relación al reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, al decidir el amparo directo 6/2018, la Primera Sala subrayó que el Estado debe crear mecanismos para que las comunidades indígenas logren el reconocimiento de su derecho a regirse por sus sistemas consuetudinarios de solución de conflictos. Dicha obligación incluye la creación de las entidades federativas de establecer, en sus normas secundarias, procedimientos para las resoluciones emitidas a través de los sistemas normativos indígenas sean validadas.<sup>118</sup> El fallo de la Primera Sala define la jurisdicción especial indígena como “la facultad que tienen las autoridades de los pueblos o comunidades indígenas para resolver conflictos al interior de sus colectividades o impartir justicia de acuerdo con sus propios procedimientos, usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos”.<sup>119</sup>

La referida sentencia establece cuatro factores para dirimir la competencia sobre una controversia penal en favor de la justicia indígena, a saber:

1. Personal: si el reo y las personas involucradas en el conflicto pertenecen a una comunidad indígena; el grado de aislamiento de la persona y/o de la comunidad con relación a la cultura mayoritaria; y la afectación del individuo frente a la sanción impuesta bajo los sistemas normativos comunitarios.
2. Territorial: si los eventos ocurrieron dentro del ámbito territorial de un pueblo o comunidad indígena, debiendo el territorio ser entendido no sólo bajo un criterio geográfico, sino también interpersonal, en el cual la comunidad indígena ejerce su cultura.
3. Objetivo: si el bien jurídico agraviado se materializa en un interés de la comunidad indígena que ejerce jurisdicción.
4. Institucional: el juez o jueza debe evaluar los usos y costumbres de la comunidad con relación a la antijuridicidad del ilícito adjudicado, a la competencia de las autoridades que solucionaron la controversia y a los procedimientos tradicionales empleados. Asimismo, debe ponderar las obligaciones de respetar los usos y costumbres de la comunidad vis-à-vis la satisfacción de los derechos básicos del imputado y de las víctimas del acto sancionado.<sup>120</sup>

---

117 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017, p. 56, párr. 3.

118 SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 6/2018, 21 de noviembre de 2019, pp. 23 a 25.

119 *Ibid*, p. 64, párr. 3.

120 *Ibid*, pp. 72 a 77.

De conformidad con el fallo comentado, los operadores jurídicos deben evaluar conjuntamente tales factores y diligenciar un peritaje antropológico u otros medios de prueba pertinentes para indagar las prácticas culturales de la comunidad en cuestión, la forma en que se gobierna y las normas que rigen los hechos en controversia.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

A partir del conocimiento revisado, planteamos las siguientes preguntas para la aplicación práctica de los estándares internacionales y jurisprudencia de la SCJN en materia de derechos de los pueblos indígenas. ¿Puede el Estado delegar la realización de un estudio de impacto social y ambiental a una empresa que participa del proceso de licitación de una concesión de exploración en un territorio indígena? ¿Es procedente establecer un plazo máximo para la conclusión de un proceso de consulta libre, previa e informada a una comunidad indígena? ¿Cuál es el efecto de una negativa en conferir el consentimiento por parte de una comunidad, expresada por medio de sus instancias tradicionales de toma de decisión, en torno a la postura del Estado de iniciar un proceso de consulta previa? ¿Podría una entidad federativa, en cumplimiento del artículo 2º, VIII de la Constitución Federal, reconocer en su constitución un régimen de propiedad comunal indígena distinto al previsto en el derecho civil y agrario? ¿En ausencia de un reconocimiento legal en este sentido, podría una autoridad judicial validar el sistema normativo de una comunidad indígena en materia de derecho real que colisiona con una regla expresa del derecho agrario?

### Fuentes

- Aguilar, José A., “Multiculturalism and Constitutionalism in Latin America”, *Notre Dame J Intl & Comp L*, 19, vol. 4:1, 2014.
- Andersen, Chris, *Metis: Race, Recognition, and the Struggle for Indigenous Peoplehood*, Vancouver, University of British Columbia Press.
- Banco Mundial, “Marco Social y Ambiental”, 2017. Disponible en: [EnvironmentalSocialFrameworkSpanish.pdf \(worldbank.org\)](#).
- Cabrera, Ángel *et al.*, “Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Blog Justicia en las Américas*, 30 de abril de 2020. Disponible en: [https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/#\\_edn1](https://dplfblog.com/2020/04/30/comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-sobre-el-caso-lhaka-honhat-vs-argentina/#_edn1).
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

- Cerqueira, Daniel, “Corte Interamericana debe ponerse al día con los estándares internacionales sobre el derecho a la libre determinación indígena”, *Blog Justicia en las Américas*, 22 de marzo de 2022. Disponible en: «<https://dplfblog.com/2022/03/22/corte-interamericana-debe-ponerse-al-dia-con-los-estandares-internacionales-sobre-el-derecho-a-la-libre-determinacion-indigena/>».
- Cerqueira, Daniel, “La consulta previa, libre e informada en América Latina: un poco de historia y precisiones sobre sus fundamentos jurídico-políticos.”, en *Blog Justicia en las Américas*, 10 de agosto de 2015. Disponible en: «<https://dplfblog.com/2015/08/10/la-consulta-previa-libre-e-informada-en-america-latina-un-poco-de-historia-y-precisiones-sobre-sus-fundamentos-juridico-politicos/>».
- CIDH, “Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2007)”, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 junio 2007.
- CIDH, Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413, 28 de diciembre de 2021.
- CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009.
- CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015.
- CIDH, Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013; Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015; y Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, 29 de septiembre de 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 273-288 y 302-328, disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>».
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General Nro. 23, Derechos de las Minorías.
- Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 3 de mayo de 2021.
- Convención Constitucional de Chile, “Propuesta de de Constitución Política de la República de Chile”, 4 de julio de 2022. Disponible en: «<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>».
- Coorporación Financiera Internacional, “Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social”, 2012. Disponible en: «[https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/30e31768-daf7-46b4-9dd8-52ed2e995a50/PS\\_Spanish\\_2012\\_FullDocument.pdf?MOD=AJPERES&CVID=k5LlW-su](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/30e31768-daf7-46b4-9dd8-52ed2e995a50/PS_Spanish_2012_FullDocument.pdf?MOD=AJPERES&CVID=k5LlW-su)».
- Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

- Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. Caso Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de octubre de 2021. Serie C No. 440.
- Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.
- Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.
- Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia n° 11 – Pueblos Indígenas y Tribales” (2021). Disponible en: «[https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf)».
- Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia n° 14 – Igualdad y No Discriminación” (2020). Disponible en: «<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>».
- Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Cruz, Edwin, “Estado plurinacional, interculturalidad y autonomía indígena: una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador”, *Revista Via Iuris*, 14, 2013.
- Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011, disponible en: «[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_194\\_10jun11.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf)».
- Ferrajoli, Luigi *et. al.*, “La teoría del derecho en el paradigma constitucional”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- Fundación para el Debido Proceso, “Manual para defender los derechos de los pueblos Indígenas y tribales”, 24 de octubre de 2018. Disponible en: «[https://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos\\_indigenas\\_web\\_c.pdf](https://www.dplf.org/sites/default/files/pueblos_indigenas_web_c.pdf)».
- Garzón López, Pedro, “Pluralismo Jurídico” en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre de 2013–febrero de 2004.
- Hobsbawm, Eric J., *Nations and Nationalism since 1780: programme, myth, reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- International Council on Mining and Metals, “Assurance and Validation Procedure and Guidance”, (rev. 2021), position statement 2. Disponible en: «<https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/mining-principles/assurance-and-validation.pdf>».
- Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.



- Lee Van Cott, Donna, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.
- Lupien, Pascal, “The incorporation of indigenous concepts of plurinationality into the new constitutions of Ecuador and Bolivia”, *Democratization* J 774, 18:3, 2011.
- Maldonado, Adán, “El bloque de constitucionalidad en México – hacia su integración y aplicación”. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Merino, Roger, “Reimagining the Nation-State: Indigenous Peoples and the Making of Plurinationalism in Latin America”, *Leiden J Intl L* 773, 31:4, 2018.
- Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003.
- OIT, Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una recopilación de casos, 2009, disponible en: «[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed\\_norm/—normes/documents/publication/wcms\\_116075.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_116075.pdf)».
- OIT, “Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (19 de febrero de 2013). Disponible en: «[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf)».
- OIT, Convenio Número 169. Disponible en: «<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>».
- OIT, Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes. ILC/40 No 107 (en vigor desde el 2 de junio de 1959).
- OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Disponible en: «[www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)».
- OIT, “Ratificación del C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991. Disponible en: «[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314)».
- Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.
- Rawls, John, “Justice as Fairness”, in *Philosophical Review*, vol. LXVII, 1958.
- Rodríguez-Piñero, L., “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional: del colonialismo al multiculturalismo”, en Aparicio Wilhelmi, Marco (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Girona, Publicaciones de la Universitat de Girona, 2005.
- SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 4 – Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas”, 2020, disponible en: «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD\\_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/DERECHO%20A%20LA%20PROPIEDAD_VERSION%20FINAL%20OCTUBRE.pdf)».
- SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, “Cuadernos de jurisprudencia núm. 8 – Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales”, 2021, disponible en: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-08/DERECHO-INTERPRETES-Y-DEFENSORES.pdf>».
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 11/2015, 22 de febrero de 2017.
- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 6/2018, 21 de noviembre de 2019.

- SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2560/2017, 15 de noviembre de 2017.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 631/2012, 8 de mayo de 2013.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 213/2018, 14 de noviembre de 2018.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 953/2019, 6 de mayo de 2020.
- SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 134/2021, 16 de febrero de 2022.
- SCJN, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”, 2014. Disponible en: «<https://bit.ly/2YN9jIN>».
- SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 7735/2018, 7 de agosto de 2019.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 410/2015, 4 de noviembre de 2015.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, 5 de abril de 2017.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 990/2016, 24 de mayo de 2017.
- SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 928/2019, 13 de enero de 2021.
- Taylor, Charles, “La política del reconocimiento”, en: Habermas, Jürgen y Taylor, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- Waldron, Jeremy, “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”, en Kymlicka Will (ed), *The rights of Minority Cultures*, Oxford University Press 1995.
- Yrigoyen F., Raquel Z., “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Yrigoyen F., Raquel Z. (ed.), *Pueblos Indígenas: Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- Yrigoyen, Raquel Z., “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista”, en Baldi, Cesar A. (ed.), *Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

## Capítulo 16

# Los derechos económicos, sociales y culturales

Giovanni Alexander Salgado Cipriano\*  
Porfirio Andrés Hernández\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. DEL RECONOCIMIENTO A LA REALIDAD NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES. II. LA CRÍTICA A LA TEORÍA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. LA DIGNIDAD HUMANA, ENTRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD. IV. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES. 1. El carácter oneroso y gratuito de los derechos. 2. El carácter vago e indeterminado de los derechos. V. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ENTRE LA OBJECCIÓN Y LA NECESIDAD DEMOCRÁTICA. VI. PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ESTRATEGIAS JUDICIALES PARA TUTELAR DERECHOS SOCIALES. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA. 1. El “núcleo esencial” o “mínimo vital” de los derechos sociales. A. La noción de un mínimo vital. B. Una metodología para tutelar el núcleo esencial de los derechos sociales. a. La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. b. La doctrina del Tribunal sudafricano. c. La doctrina de la Corte colombiana. 2. Deber de *progresividad*. 3. Deber de *no regresión*. 4. Elementos esenciales o institucionales de los DESC. A. Disponibilidad. B. Accesibilidad. C. Aceptabilidad. D. Calidad. VII. EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO ANTE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. 1. Los derechos sociales en particular. A. Derecho a la salud. B. Derecho a la educación. C. Derecho a la cultura. D. Derecho a la alimentación. E. Derecho a la vivienda. F. Derecho al agua. G. Derecho al trabajo. H. Derecho a un medio ambiente sano. 2. El juicio de amparo como un mecanismo de protección de los derechos sociales. 3. Carga de la prueba. 4. Interés legítimo. 5. Interés legítimo de las personas jurídicas. 6. Interés legítimo colectivo. 7. Relatividad de las sentencias. 8. Efectos. 9. Medidas de reparación. VIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN. DEL RECONOCIMIENTO A LA REALIDAD NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante derechos sociales o DESC)<sup>1</sup> constituyen aquellas expectativas vinculadas con la salvaguarda de míni-

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente analista jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

\*\* Licenciado en Derecho por la UNAM. Trabajó en el Centro de Estudios Constitucionales y actualmente labora en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1 El término “derechos sociales” se relaciona normalmente con aquellos estudios doctrinales realizados desde la filosofía jurídica y política; por otro lado, la expresión “derechos económicos,

mos esenciales o de aspectos básicos para la subsistencia humana: como la salud, vivienda, educación, seguridad social o alimentación. Hoy en día, la mayoría de las constituciones consagran tales premisas como derechos fundamentales y, con ellos, se han ido incorporando los distintos mecanismos judiciales e institucionales para hacerlos exigibles ante las instancias correspondientes.

Este reconocimiento ha sido fruto de un largo e intenso debate sostenido en sede teórica, normativa e incluso política, cuya disyuntiva se debió a un prejuicio ideológico con tintes liberales que repercutió en la forma de entender y proteger los derechos humanos; es decir, aquel que concebía a los derechos sociales como meros principios programáticos o derechos de *exigibilidad débil*, cuyo cumplimiento se encontraba delegado a la libre voluntad de los poderes públicos y era ajeno a cualquier tipo de control judicial. No más que una dogmática sostenida sobre la base de ideas imprecisas que subordinaban la importancia de los DESC a la de los derechos de carácter civil y político.

Sin embargo, en virtud de los fundamentos teóricos y normativos que trajo consigo el constitucionalismo moderno, y con él la definición de un Estado que justifica sus acciones en la protección material de los derechos fundamentales, las brechas conceptuales y jurídicas que los diferenciaban se encuentran actualmente más cerradas. De tal manera que, entre los derechos humanos —tanto de carácter civil y político como social— no existen jerarquías; su protección se encuentra articulada por los principios de *interdependencia e indivisibilidad* y, en ese sentido, no cabe duda que los jueces tienen el deber de ordenar su cumplimiento frente a los demás poderes públicos como derechos fundamentales que son.<sup>2</sup>

Si bien este discurso teórico jurídico ha penetrado en distintos sistemas constitucionales, y entre ellos el mexicano, lo cierto es que su reconocimiento normativo aún se encuentra lejos de ser una expectativa plenamente exigible. Superado ya los temas sobre su naturaleza normativa, aún existen temas pendientes que son claves en la interpretación y aplicación de los derechos sociales; es decir, aquellos que tienen que ver con cuestiones más operativas o metodológicas, como las diversas

---

sociales y culturales” se le ha atribuido a los desarrollos normativos y jurisprudenciales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

- 2 En esta lógica, la democracia —redefinida desde una dimensión sustantiva— se basa en el reconocimiento universal de derechos inalienables e indisponibles a cualquier tipo de estructura política mayoritaria que le sea contraria. Lo político pasa a ser un instrumento del derecho. Ante este modelo garantista el papel político de los jueces se refuerza. Los desniveles de invalidez normativa ante los demás órganos de gobierno deben ser subsanados respecto del significado material de la Constitución. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed. Trotta, 2010, pp. 11 y 25.

maneras de tutelarlos frente a casos concretos. En suma, estas discusiones van ahora más orientadas a responder el *cómo* que el *por qué* de su justiciabilidad.

Por ello, más que una exposición exhaustiva sobre el contenido específico de los derechos, este capítulo pretende capturar de manera sencilla, a la luz de las actuales discusiones doctrinales, tres aspectos importantes para entender las formas en que los DESC son adjudicados para su plena efectivización: en primer lugar, se abordarán aquellos temas o discusiones relacionadas con su dogmática jurídica, en el que se dilucidan los principales fundamentos y rasgos conceptuales: como es la idea de dignidad humana, el tipo de obligaciones estatales que derivan de ellos y, como una consecuencia de tales concepciones, el papel de los jueces frente a los DESC (del apartado 2 al 5); en segundo lugar, se realiza un estudio comparado de las principales estrategias y herramientas por las que los DESC son tutelados en los tribunales constitucionales e internacionales. Por ejemplo, a partir de la identificación del mínimo vital o de la aplicación de principios como el de progresividad y no regresión (apartado 6); y, finalmente, revisaremos los aspectos procesales relativos a la justicia constitucional, como es el principio de relatividad de las sentencias o el interés legítimo en el amparo mexicano y demás figuras que canalizan las demandas personales a las instituciones correspondientes (apartado 7).<sup>3</sup>

Con todo esto, esperamos que esta aportación —teórica y comparada— sea una herramienta útil para que estudiantes de derecho, académicos y público en general puedan orientarse sobre las distintas modalidades en la que los derechos económicos, sociales y culturales son tutelados por parte de los tribunales de justicia.

---

3 Una precisión metodológica clave para entender cualquier estudio de los derechos sociales es la que se relaciona con los principios de *interdependencia* e indivisibilidad de los derechos humanos; es decir, la justificación de un estudio autónomo de los DESC, como se explicará a profundidad más adelante, obedece a una distinción de carácter *gradual* y no sustancial respecto de los derechos civiles y políticos. Por tanto, en principio no existe ninguna imposibilidad técnica, teórica o normativa para que los criterios y conceptos revisados en este capítulo sirvan también para la tutela de los derechos civiles y políticos. En últimas, se trata de un enfoque que, dada la dimensión en mayor medida prestacional y por los desarrollos doctrinales en la experiencia comparada, resulta adecuado y útil considerar los derechos sociales en este capítulo. Al mismo tiempo, de acuerdo con estos principios se sostiene que, incluso entre los derechos de carácter social existen particularidades que deben ser considerados de manera autónoma o directa al momento de tutelarlos. Por ello, sugerimos al lector que para una revisión más completa y profunda sobre el contenido y la operatividad de un derecho social particular será conveniente revisar aquellos estudios que aborden con integridad los alcances de algún derecho en cuestión.

## II. LA CRÍTICA A LA TEORÍA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de revisar las dimensiones conceptuales de los derechos sociales, es importante advertir una cuestión metodológica sobre uno de los modelos de enseñanza que aún sigue imperando en las escuelas de derecho, es decir, aquel conjunto de ideas que derivan de la *teoría generacional de los derechos humanos*. Con ello, pretendemos desacreditar una de las doctrinas que, a pesar de los contundentes argumentos que la refutan, actualmente sigue siendo objeto de difusión y sigue reproduciendo la percepción diferenciada y debilitada de los DESC respecto de otros derechos humanos. Este será nuestro punto de partida para abordar los conceptos claves que actualmente son propios del lenguaje de los derechos fundamentales y que se justifican, más bien, en una interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos de todas las personas.

De manera breve, la tesis generacional de los derechos humanos expresa que estos deben ser entendidos de manera esquemática, al menos en tres generaciones:<sup>4</sup> en una *primera generación*, se incorporan aquellas libertades individuales o derechos subjetivos inspirados por las ideas emancipadoras de la ilustración que defendían de manera prioritaria la individualidad y la autonomía personal frente al poder arbitrario del Estado;<sup>5</sup> en una *segunda generación*, se encuentran aquellos derechos de carácter social que surgieron como respuesta a las demandas realizadas por los movimientos sociales a finales del siglo XIX, y que pretendían compensar las relaciones desiguales que colocaban al sector obrero en una situación de vulnerabilidad;<sup>6</sup> y, por último, los derechos de *tercera generación*,

---

4 En este contexto, Karel Vasak, jurista francés, en su artículo publicado en “El Correo de la UNESCO”, explicó por primera vez, a modo de justificar el reconocimiento de nuevos derechos, la idea base de dicha teoría: “Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a dos categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos que el director general de la UNESCO ha calificado de `derechos humanos de tercera generación. Mientras los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad” en Vasak, Karel, “La larga lucha por los derechos humanos”, en *El Correo de la UNESCO*, París, Francia, vol. XXX, noviembre de 1977, pp. 29-32.

5 En esta generación se suele incluir derechos individuales como la libertad de expresión e información, la libertad de culto y religión, la libertad personal, la propiedad privada, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida e integridad personal, la libertad de tránsito, entre otras.

6 En este contexto particular, los derechos sociales que destacaron fueron los laborales y sindicales.

presentados con características novedosas de los años recientes y resultado de las relaciones globales entre las naciones.<sup>7</sup>

Desde cierta perspectiva, la doctrina representó una manera simplificada y sencilla de conocer la historia moderna de los derechos fundamentales.<sup>8</sup> Al mismo tiempo, su virtud también recayó en entender que los derechos son producto de fenómenos culturales, sociales y políticos, que responden a las necesidades y a las ambiciones humanas en determinados contextos y realidades sociales. Como lo sostuvo German J. Bidart, “Las diversas etapas de la evolución de los derechos humanos son el acontecer histórico que se describen como un fenómeno cronológico y temporal que se ubica en el tiempo histórico, en el ámbito de la cultura, en la evolución de las ideas políticas y en el curso del derecho constitucional”.<sup>9</sup> Así, cada momento o generación implicó un triunfo político y con ello, el reconocimiento de prerrogativas relativas a un sector social que históricamente había sido desfavorecido.

Sin embargo, como ya se adelantó, desde hace varias décadas la doctrina es insostenible. Dada su simpleza pedagógica —así como a consecuencia de las diversas tensiones políticas, teóricas e ideológicas entre las corrientes liberales y socialistas durante el siglo XX<sup>10</sup>— se abrió la puerta a una distinción profunda respecto del estudio y entendimiento de los derechos sociales y de los derechos civiles. Como lo explicó Eduardo Rabossi: “La consecuencia más dañina de la tesis de las generaciones de derechos humanos es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial”.<sup>11</sup>

---

7 Cfr. Flores Salgado, Lucerito, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, 1a. ed., Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2014, pp. 28-31.

8 Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Historia de los derechos fundamentales. Las generaciones de derechos humanos*, S.N.E., Dykinson, Madrid, Tomo IV. Vol. I. Libro I, 2013.

9 Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de Derecho Humanos*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 11.

10 Para mayor profundidad sobre el tema véase Nikken, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos*, 1a. ed., España, Editorial Civitas, 1987; Bovero, Michelangelo, *Liberalismo, socialismo y democracia. Definiciones mínimas y relaciones posibles*, S.N.E., Cambio XXI Fundación Mexicana, México, 1993; Flores Salgado, Lucerito, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, 1a. ed., Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2014; Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Revista Discusiones*, Editorial Universidad Nacional del Sur, Argentina, año 4, número 4, 2003; Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Derechos Sociales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*, vol. II, México, UNAM, 2015.

11 Cfr. Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, en *Leciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, núm. 69-71, 1997-1998, p. 49.

Como ejemplo, sobre dicho esquema generacional se colocaron distinciones *filosóficas*, relacionadas con el problema de la fundamentación de los derechos humanos.<sup>12</sup> En esta faceta, se colocó en un nivel superior a los valores liberales que justificaban a los derechos civiles respecto de los sociales; también, le siguieron diferencias atribuibles a su *estructura jurídica*,<sup>13</sup> que sostenían que entre ambos tipos de derechos existían obligaciones diferenciadas que impedían asignarles mecanismos similares de protección y; finalmente, una distinción desde la *hermenéutica jurídica*, vinculada con la forma debilitada en que los tribunales de justicia interpretaban y aplicaban los derechos sociales en casos concretos —de acuerdo con una presunta falta de legitimidad— de tal manera que, respecto de los DESC se presumía cierta arbitrariedad o abstención judicial.

Ante la vigente necesidad de seguir refutando la teoría de las generaciones, su esquema será nuestro marco de análisis para dilucidar los aspectos conceptuales que hoy en día se sostienen en aras de proteger de manera efectiva los derechos sociales; con ello, zanjaremos en un primer momento las discusiones relativas a la fundamentación de los derechos sociales, concluyendo que más que una jerarquía axiológica, la *dignidad humana* es ante todo el valor común que justifica la protección de todos los derechos fundamentales, civiles y sociales; en segundo lugar, revisaremos los argumentos que refutan una estructura jurídica diferenciada entre ambos tipos de derechos, sosteniendo que todos requieren del mismo tipo de obligaciones para ser derechos realizables, ello en tanto todos poseen áreas susceptibles de exigibilidad; y, por último, sostendremos —esencialmente desde la doctrina jurídica y política— que los tribunales de justicia pueden y deben ejercer un control judicial sobre las conductas estatales vinculadas a estos derechos.

Este será nuestro presupuesto para la posterior reconstrucción metodológica y procesal de los derechos humanos de carácter social.

### III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS. LA DIGNIDAD HUMANA, ENTRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

Identificar el fundamento de los derechos sociales nos permite comprender su importancia en un contexto de desigualdad económica y social en el que se encuentran muchos países de la región, así como contestar a ciertas cuestiones fundamentales relativas a su aplicación, tales como: ¿Por qué las personas deben

---

12 Cfr. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, 1a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 15.

13 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.



contar con mínimos esenciales de subsistencia, como la alimentación, la salud o a tener una vivienda digna? ¿Por qué estos derechos deben tener como prioridad la protección de los grupos más desaventajados o vulnerables? Revisar estos temas nos dará ciertas coordenadas sobre la manera en que se entienden y operan los DESC en los distintos escenarios que actualmente las sociedades contemporáneas se encuentran y, particularmente, en aquellas donde impera la pobreza y desigualdad social.

Como se explicó, la estructura de la teoría generacional de los derechos sirvió para abordar su estudio desde una distinción más profunda. Precisamente, uno de los aspectos más difundidos tuvo que ver con los problemas acerca de su fundamentación; es decir, sobre la búsqueda de aquel valor que justifica el reconocimiento de los derechos fundamentales. Así, se entendió por mucho tiempo una subordinación axiológica de los derechos sociales respecto de los civiles, que colocaban el fundamento de estos últimos en un nivel superior o esencial frente a los de carácter social.<sup>14</sup> Con ello, se expresaba una dicotomía entre la *libertad*, vinculada con los derechos civiles y políticos, y la *igualdad material*, reivindicada por los DESC.<sup>15</sup>

En concreto, esta distinción tuvo su origen en las tensiones sostenidas entre las corrientes liberales y socialistas antes referidas. De acuerdo con las primeras, los derechos civiles protegían la libertad de las personas: derechos subjetivos inviolables orientados a la salvaguarda de la autonomía e individualidad personal; aspectos esenciales que delimitan la esfera personal del individuo frente a los daños o intromisiones arbitrarias posibles por parte del Estado.<sup>16</sup> Por otro lado, la igualdad material pretendida por las ideas socialistas a través de los DESC, tuvo como objeto principal la exigencia de una distribución igualitaria de bienes para la satisfacción de las necesidades básicas; ideas que consideraban de la interven-

---

14 Cfr. “El fundamento de los derechos sociales: la igualdad y la libertad”, en M. J. Añón y J. G. Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Titant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 115 y ss; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, op. cit., p. 37.

15 En la doctrina jurídica, existen otras formulaciones sobre la fundamentación de los derechos civiles y sociales; por ejemplo, aquella que sostiene que los derechos civiles y políticos, a diferencia de los sociales, tendrían una relación más cercana con valores esenciales para la persona, tales como la vida, la intimidad, la integridad física o la libertad de expresión. Vid. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 37.

16 La formulación de la libertad concebida en este contexto de tensiones ideológicas se limitó a la idea de *libertad negativa*, es decir, aquella que para su plena efectivización requiere del Estado únicamente una obligación de “no hacer”. Cfr. Nino, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 1a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010, pp. 138 y 139.

ción estatal un factor determinante para la protección real de los derechos de las personas.

En el marco de esta pugna histórica inclinada al final en favor de un Estado liberal mínimo en sus funciones, se sostuvo que, en tanto los DESC requerían de dicha intervención estatal para ser garantizados, reducirían las libertades y con ello los intereses presuntamente más esenciales para las personas.<sup>17</sup> Ante dicho riesgo advertido injustificadamente, o se optaba por una vía en favor de la libertad, y con ella la de sostener que las satisfacciones igualitarias se encontraban en un plano secundario de importancia;<sup>18</sup> o la de optar por un enfoque igualitario y social, de tal manera que se llevaría a coartar las libertades de las personas. En estos términos, se adoptó un enfoque de libertades, cuya consecuencia fue la de reconocer y justificar como derechos fundamentales únicamente a los derechos civiles y políticos.

Sin embargo, esta premisa era confusa y, como se advirtió, se sostenía sobre la base de prejuicios ideológicos e inconsistencias retóricas que no atendían a la realidad y a los mecanismos sociales en que se ejercen dichas libertades. Esta prioridad histórica y, en consecuencia, axiológica de los derechos civiles, no consideró las necesidades y experiencias reales de las personas en un contexto de desventajas estructurales, económicas y sociales,<sup>19</sup> es decir, situaciones que no dependen directamente de la voluntad personal. A partir de una falsa presunción de neutralidad vinculada con la ley liberal, la abstención estatal terminó por excluir a sectores sociales que no se encontraban necesariamente en un ámbito individual que les permitiera reivindicar de manera plena sus libertades. Se puede decir que los derechos civiles eran reconocidos, pero no ejercidos por todas las personas de acuerdo con sus proyectos de vida personales.

Desde un razonamiento práctico, y que incluso tiene por objeto la plena efectivización de los derechos civiles, es inconcebible no reconocer el disfrute de condiciones mínimas y distributivas de subsistencia social y económica.<sup>20</sup> Es decir, elementos que —ahora desde una perspectiva positiva de la libertad—<sup>21</sup> tengan

---

17 Cfr. Martínez de Pisón, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración”, en *Doxa*, Cuadernos de Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, núm. 15-16, 1994, p. 249.

18 Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, op. cit., p. 38.

19 *Idem*.

20 *Ibidem*. p. 39.

21 Como explica Norberto Bobbio: “[a]l momento de la libertad positiva o libertad como poder, corresponde el momento de la igualdad social, llamada de otro modo igualdad de [...] oportunidades: exigir igualdad de las oportunidades significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva

por objeto generar las condiciones materiales que permitan hacer viables aquellas libertades consagradas en los documentos de derechos humanos. Por tanto, más allá de definir una jerarquía valorativa, todos los derechos humanos requieren de manera indistinta supuestos que podrían bien corresponder con valores liberales o igualitarios, al final lo que trasciende no es la idea de un valor monolítico sobre una sociedad homogénea, sino las experiencias reales y diversas de cada una de las personas que en ella viven.

Por ejemplo, la igualdad material vinculada con los derechos sociales se vuelve esencial para la realización de los demás derechos civiles; de lo contrario, derechos de origen liberal como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la identidad serían meras promesas aspiracionistas sin el reconocimiento de facultades que permitan acceder a una vivienda digna, a una educación gratuita o a un adecuado nivel de salud. Así también, una persona en condiciones de pobreza que no cuenta con acceso gratuito a los niveles básicos de educación se vería impedida de tomar las mejores decisiones relativas a sus planes de vida o para ejercer su libertad de expresión en temas de relevancia pública.

Ante dicha correlación, todas estas discusiones han sido zanjadas con el reconocimiento de un valor que es susceptible y garantista tanto de los daños advertidos por las ideas liberales, —es decir, de aquellas intromisiones estatales injustificadas— como de aquellos derivados de contextos que colocan a las personas en una situación de vulnerabilidad social: la *dignidad humana*. Precisamente, la mayor parte de la literatura jurídica sostiene actualmente que todos los derechos humanos se fundamentan en esta idea.<sup>22</sup> Este valor se relaciona tanto con elementos negativos vinculados con la idea de un Estado mínimo como de aquel enfoque positivo de un Estado interventor de los derechos sociales. En estos términos, Gerardo Pisarello explica que:

A partir de una suerte de utilitarismo negativo, por ejemplo, la idea de dignidad, o de una vida digna, se ha vinculado al conjunto de condiciones que permiten preservar la integridad física y psíquica y minimizar, en consecuencia, las condiciones de malestar, daño y opresión. Desde una perspectiva constructivista, se ha preferido en cambio anudar la idea de dignidad a la maximización de la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad. [...] Bien contempladas, estas justificaciones no son contradictorias entre sí. Si la remoción del daño y de la opresión pueden tener un valor normativo relevante es, entre otras razones, porque son precondiciones para el libre desarrollo de la personalidad y para la participación en los asuntos públicos”.<sup>23</sup>

---

que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales”. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, S.N.E., Sistema, Madrid, 1991, pp. 46 y 47.

22 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE, 1999, p. 94.

23 Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”, *op. cit.*, p. 39.

Con todo ello, se confirma en la fundamentación de los derechos civiles, políticos y sociales una interdependencia axiológica amalgamada por el principio de dignidad.<sup>24</sup>

Sin embargo, por una razón —más pragmática que teórica— vinculada con el contexto y las crisis sociales que enfrentan muchos Estados actualmente, la igualdad material suele vincularse más con los derechos económicos, sociales y culturales. A través de la redistribución de mínimos de subsistencia, se tendría como principal preocupación la remoción de las causas estructurales que oprimen y privilegian a determinados grupos sociales. Así, cualquier desarrollo interpretativo de esos derechos —como la configuración de mínimos vitales— debería colocar como principales destinatarios a quienes están en una situación de vulnerabilidad, y con ellos, los diversos factores que determinan su situación.<sup>25</sup> Son estos grupos quienes de manera histórica y sistemática han sufrido las limitaciones materiales que les ha impedido reivindicar a su favor las libertades consagradas en los textos normativos. Este tipo de escenarios nos permite reconocer a los derechos sociales como un *instrumento* para la efectivización de los demás derechos y libertades, es decir, su cumplimiento genera mayores expectativas de optimización en cuanto al despliegue de un rol estatal que dirija su atención a dichas prioridades.

En estos mismos términos, de acuerdo con el tipo de contenido que encierra el concepto de dignidad humana, algunos autores sostienen que denota vaguedad en su definición, es decir, no sabemos a ciencia cierta qué bienes o medidas están incluidas en él. Sin embargo, los estándares vagos optimizan, en cierto grado, el cumplimiento de la norma para así satisfacer plenamente sus fines;<sup>26</sup> además, las normas vagas robustecen el papel de los jueces en aras de determinar, de acuerdo con los hechos y las circunstancias de cada caso, si se ha respetado el estándar con tal o cual contenido.<sup>27</sup> En este sentido, en algunos casos el Poder Judicial se encuentra en una mejor posición que el legislador para determinar si se cumplió

---

24 Esta doble dimensión servirá para sostener que el núcleo esencial de los derechos sociales no sólo se formula a partir de una obligación de carácter negativo o abstencionista, como tradicionalmente se entendía, sino también de obligaciones “de hacer” en aras de salvaguardar el fin del derecho que es la propia dignidad.

25 Vázquez, Luis Daniel, *Los derechos económicos y sociales en latinoamérica: ¿la ideología importa?*, México, CNDH, 2016, p. 9.

26 T. Endicott, “The Value of Vagueness”, en Andrei Marmor y Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p 17.

27 De acuerdo con José Ignacio Simón, es mejor que sean los jueces quienes implementen un estándar vago para delimitar el núcleo esencial del derecho a hacerlo mediante una serie de reglas precisas. Él considera que la idea de dignidad humana resulta útil para dicho ejercicio hermenéutico. Cfr. Morales Simón, José Ignacio, “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Centro de Estudios Constitucionales, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 387 y ss.

con alguna obligación orientada a proteger los derechos sociales y en últimas la dignidad humana.<sup>28</sup>

Finalmente, dicha idea permite definir criterios de acuerdo con las necesidades, sufrimientos, entendimientos o cosmovisiones de ciertos grupos sociales. En el caso de los derechos sociales, José Ignacio Simón señala que “es especialmente valiosa la flexibilidad de los estándares, en efecto, la policentricidad de las decisiones en estos casos hace que una norma precisa pueda limitar demasiado la actuación de la administración pública y generar consecuencias imprevistas y perniciosas para la protección de los DESC”.<sup>29</sup>

Tales maneras de ajustar el contenido a la idea de dignidad serán señaladas más adelante al momento de revisar las metodologías judiciales orientadas a la protección de estos derechos sobre casos concretos.

#### IV. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Respecto de la naturaleza teórico-jurídica de los derechos se debatió por mucho tiempo la idea de que entre los DESC y los derechos civiles y políticos mediaba una diferenciación estructural importante. De acuerdo con una visión decimonónica de un Estado mínimo en sus funciones, se sostenía que los derechos civiles podían ser entendidos como derechos fundamentales en tanto para su cumplimiento se requerían únicamente deberes de abstención o de “no hacer”, supuestos que generaban certeza en su cumplimiento. Sin embargo, sobre la base de este mismo razonamiento, los derechos sociales no podían tener la misma fuerza normativa ya que se percibían como derechos prestacionales, costosos y ambiguos, lo que implicaba una presunta complejidad técnica para llevar a cabo su realización.<sup>30</sup>

A la luz de los estudios realizados por Víctor Abramovich y Christian Courtis quedó claro que dicha idea se encontraba sostenida sobre la ideas imprecisas que denotaban, injustificadamente, un “defecto de nacimiento” sobre los DESC.<sup>31</sup> Existe evidencia suficiente que acredita que tanto los derechos sociales como los civiles y políticos requieren el despliegue de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado para su plena protección;<sup>32</sup> a su vez, éstas pueden incluir o no

---

28 T. Endicott, “The Value of Vagueness”, *op. cit.*, pp. 16-17.

29 Morales Simón, José Ignacio, *op. cit.*, p. 390.

30 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, 21.

31 *Idem.*

32 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, p. 24.

grandes desembolsos financieros, así como realizarse de manera progresiva o inmediata. En últimas, la adopción de determinado tipo de obligaciones dependerá de las necesidades materiales y jurídicas de cada contexto o del caso en concreto, mas no de una tipología inmutable de los derechos y del papel estatal a adoptar.<sup>33</sup>

Como ejemplo de lo anterior, para el derecho a la libertad de expresión no sólo se vuelve indispensable el deber de abstenerse a censurar o de no intervenir en la línea editorial de un periódico sino que, además, resulta relevante construir infraestructuras tecnológicas de comunicación o generar espacios a cierto tipo de medios; supuestos que son cruciales para que todas las personas, sobre todo las que se encuentran en las zonas más rurales o marginadas, tengan un acceso real al derecho. Lo mismo sucede con los derechos sociales, por ejemplo, para el derecho a la salud no sólo se requiere de la construcción de hospitales o el diseño de campañas informativas, sino que el Estado también tiene el deber de no dañar la salud física y mental de las personas, aspecto que igualmente resulta vital para esos fines normativos.

Ahora, si bien esa interdependencia estructural de los derechos logra rebatir cualquier diferencia sustancial en su estructura jurídica, resulta importante advertir una *diferencia de grado* que puede ser sostenida entre los derechos.<sup>34</sup> En tanto los derechos sociales garantizan condiciones mínimas de subsistencia social y económica sobre contextos donde impera la desigualdad social y económica, la adopción en mayor medida de obligaciones positivas y progresivas, que incluyan la disposición estratégica de recursos públicos, se vuelve fundamental. De tal manera que, si no se establecieran dichas medidas y sólo se atendieran aquellas de carácter negativo, el derecho perdería todo sentido. En este tenor, Francisco Contreras Peláez señala:

[p]ara los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuita, la prestación estatal tiene lugar todas y cada una de las veces.<sup>35</sup>

Con ello, tales derechos tienen la distinción, sin perjuicio de perder su carácter exigible, de garantizarse principal pero no exclusivamente, mediante obligaciones prestacionales. Sin embargo, ello no es una consecuencia de alguna naturaleza diferencia o de algún rasgo inherente al derecho sino, más bien, de las necesidades relativas al contexto y, con él, las posibilidades materiales para poder efectivizar

---

33 *Idem.*

34 Contreras Peláez, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, 1a. ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 21.

35 *Idem.*

determinados contenidos normativos; es la realidad y el conjunto de experiencias sociales que demandan del Estado un rol diferenciado que priorice ciertas áreas que históricamente han sido desatendidas.

### 1. *El carácter oneroso y gratuito de los derechos*

Otra de las distinciones en la estructura normativa de los derechos sociales fue que a éstos se le atribuyó la idea de que eran derechos que siempre implican obligaciones costosas, a diferencia del presunto carácter gratuito que entrañan los derechos civiles.<sup>36</sup> Sin embargo, similar al razonamiento sostenido sobre el rasgo prestacional de los DESC, a estas alturas no resulta complicado entender que la eficacia de cualquier derecho fundamental puede depender tanto de obligaciones que no impliquen necesariamente grandes desembolsos financieros, así como de aquellas que lo requieran.<sup>37</sup>

Desde un razonamiento práctico orientado a la plena protección de los derechos, es posible sostener que los derechos sociales se pueden vincular con obligaciones gratuitas o que no requieran altos costos, por ejemplo, la creación de leyes o marcos jurídicos que tienen por objeto brindar seguridad jurídica al ejercicio del derecho social en cuestión; asimismo, los derechos civiles y políticos, no se limitan únicamente a implementar medidas gratuitas sino que, para efectivizar cualquier libertad se requieren de las condiciones institucionales, sociales, económicas y políticas, para su plena garantía. En este sentido, se entiende que para que exista un efectivo derecho al acceso a la justicia, por ejemplo, deben implementarse grandes cantidades de recursos para el adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia, así como para el mantenimiento de los sueldos de los jueces que operan en la judicatura.

Así, no existe justificación para formular una naturaleza onerosa o gratuita de los derechos fundamentales. Es posible concluir que todos ellos comparten de manera indistinta un catálogo de medidas y políticas disponibles que se definirán de acuerdo con las necesidades y posibilidades materiales de cada sociedad. Ante

---

36 Esta distinción se vio apoyada por la creencia de que, para una intervención estatal activa relativa a los derechos sociales, era necesaria la utilización de grandes cantidades de capital, por lo que eventualmente llegaría a afectar la económica de un país, esto causaría, por ejemplo, deuda pública, recesión económica, desempleo. *Cfr.* Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, *op. cit.*, p. 62; Martínez de Pisón, José, "La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración", en *Doxa*, Cuadernos de Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, núm. 15-16, 1994, p. 249.

37 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

ello, las discusiones que acarrea el costo de las obligaciones deben estar colocadas no en diferenciar qué derechos merecen su implementación y cuáles no, sino de qué manera y bajo qué estrategias, criterios o herramientas se debe distribuir el presupuesto para que todos los derechos de todas las personas sean garantizados de manera efectiva, de acuerdo con los supuestos axiológicos que ya fueron reconocidos.

## 2. *El carácter vago e indeterminado de los derechos*

Otras de las distinciones estructurales de los derechos sociales definidas por los prejuicios liberales, es que éstos, a diferencia de los derechos humanos civiles, solían ser vagos e indeterminados;<sup>38</sup> se pensaba que ello provocaría ciertas dificultades a la hora de hacerlos exigibles ante un tribunal.

La anterior premisa le era atribuida debido al sentido amplio en el que se encuentra formulado su contenido normativo. Tal es el caso de ciertos términos como los de vivienda digna y decorosa, el núcleo esencial o el más alto nivel posible de salud, los cuales no expresan de manera concreta su alcance y sus distintos supuestos de aplicación.<sup>39</sup> Sin embargo, este tipo de problemas no se relaciona únicamente con los derechos sociales; los derechos fundamentales en general, desde su concepción como principios jurídicos, mantienen una estructura indeterminada o abierta. Desde este enfoque, los derechos humanos pueden ser delimitados y optimizados en la medida de lo posible, a partir de las características de cada caso concreto.<sup>40</sup>

Por otro lado, se sostenía que al definir a los derechos sociales como derechos exclusivamente de tipo prestacional, no existía certeza respecto del tipo de medidas a desplegar en aras de garantizar ese derecho; contrario a lo que sucedía con los derechos civiles y políticos, cuya obligación se veía definida en la medida en que el Estado no interfiriera en la esfera de las personas o de los individuos. Por tanto, bajo esta idea se presumía todo un universo indeterminado de obligaciones prestacionales posibles para cumplir con los DESC, aspecto que dificultaba su exigibilidad.

No obstante, la determinación anterior parte nuevamente desde una apreciación imprecisa de los derechos, pues como se explicó no existe exclusividad en cuanto a la adopción de un único tipo de obligaciones, sino que, en aras de garan-

---

38 Cfr. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 67.

39 *Idem.*

40 Cfr. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op. cit., pp. 4-15.



tizar de manera real los derechos fundamentales en general, se requiere de todo el espectro de medidas posibles, positivas y negativas, gratuitas y onerosas. Así, las obligaciones de un derecho humano no estarán condicionadas a su naturaleza o dogma jurídico, sino a las cuestiones externas que limiten su realización.

Por otra parte, en el marco de la experiencia comparada, existen criterios, herramientas o metodologías de adjudicación que permiten acotar y definir las medidas que conforman estos derechos, desde un enfoque de razonabilidad y proporcionalidad, como son: el núcleo esencial de las obligaciones estatales, deber de no regresividad y progresividad, elementos esenciales o institucionales, el uso de indicadores que sirven de parámetros viables para conocer la idoneidad de los medios utilizados y la calidad de sus resultados.

Así, no existe razón sustancial por la que se le tenga que catalogar a los derechos sociales como derechos vagos e indeterminados.

## V. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ENTRE LA OBJECCIÓN Y LA NECESIDAD DEMOCRÁTICA

Por mucho tiempo ha existido una serie de objeciones en torno a la ejecución del control judicial por parte de tribunales constitucionales.<sup>41</sup> La dificultad que se presenta tiene su origen en una presunta falta de legitimidad de los jueces para imponer decisiones finales en contra de la voluntad mayoritaria, misma que ha sido producto de los procesos democráticos previamente establecidos.<sup>42</sup> Sin embargo, en relación con los derechos humanos de carácter social, pareciera existir todavía una mayor reticencia relacionada con las objeciones planteadas en los apartados anteriores.<sup>43</sup>

---

41 De acuerdo con D. Bilchitz, la institución del control judicial de constitucionalidad “implica permitir a los jueces realizar un escrutinio a los actos del legislativo o ejecutivo, con base en la conformidad de los mismos con los derechos fundamentales. Actos que pueden contener legislación, políticas, programas o acciones particulares con los cuales estos organismos están relacionados.” Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 159.

42 Esta creencia se sostiene dado que los procesos de interpretación judicial, en tanto categorías teórico-jurídicas contrarias a tradiciones legalistas, no están vinculados necesariamente a los sistemas políticos y económicos de los Estados. Definir o invalidar contenidos normativos implicaría intervenir de manera injustificada y sin el conocimiento especializado, sobre las acciones que los demás poderes han adoptado.

43 Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, *op. cit.* pp. 158 y ss.

Ante ello, y para efectos de un manual de derechos fundamentales, haremos una serie de argumentos de carácter político-jurídico, que reivindican no sólo la posibilidad judicial, sino una necesidad de control sobre los actos políticos y legislativos relativos a este tipo de derechos; particularmente, a través de la relación entre democracia y derechos fundamentales. En este sentido, más que reconocer un perjuicio al principio democrático a partir de tales escrutinios, se sostiene que éstos lo fortalecen y con él, los derechos humanos. Todo esto, en el marco de un Estado constitucional y democrático en que prevalece un lenguaje de derechos humanos.

En primer lugar, recordemos que la resignificación axiológica y normativa de los derechos fundamentales trajo consigo una nueva forma de interpretarlos y aplicarlos. Es decir, aquella que deriva de la concepción de *principios jurídicos*. Desde esta tesis se desprende que los derechos fundamentales no son reglas en sí mismas, sino que son normas cuya operatividad obedece a un mandato de optimización. En palabras de Robert Alexy: “Son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas”. Desde esta lógica, los principios no son taxativos, por el contrario, se trata de normas abiertas e indeterminadas, susceptibles a la definición.

Desde este marco teórico normativo, el rol judicial cobra mayor relevancia en aras de definir el alcance y contenido de cada derecho fundamental, respecto del caso en concreto. Ya, en principio, estamos reconociendo una intervención judicial legítima sobre tales contenidos y, con mayor razón, cuando en diversas constituciones establecen principios hermenéuticos que demandan la optimización de los derechos humanos.

Sin embargo, pareciera que definir los contornos materiales y normativos de los derechos sociales se ha convertido en una labor aún más compleja y limitada, cuyo éxito depende de valorar con mayor amplitud elementos de índole político, económico y legislativo; es decir que, dado que tales prerrogativas tienen por objeto satisfacer condiciones mínimas y distributivas de subsistencia social, la supervisión de políticas públicas y el requerimiento de un mayor gasto presupuestal en clave de derechos humanos, se vuelve decisivo.<sup>44</sup> Si bien esto es cierto e incluso necesario,<sup>45</sup> desde este planteamiento no existen bases sólidas para que ello implique una dificultad política, normativa o metodológica para garantizarlos.

---

44 Santiago, Alfonso, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas, perspectiva argentina y comparada”, en *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, año IX, núm. 22, 2017.

45 Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 191 y 192.

Esta premisa puede tener lugar, en un primer momento, en el marco de un “modelo garantista de democracia”.<sup>46</sup> Por ejemplo, Luigi Ferrajoli explica que la protección de los derechos humanos constituye la fundamentación de los Estados constitucionales. Es decir, los actos de gobierno sólo tienen validez en tanto respetan el contenido material de la Constitución. En esta lógica, la democracia —redefinida desde una dimensión sustantiva— se basa en el reconocimiento universal de derechos inalienables e indisponibles a cualquier tipo de estructura política mayoritaria que le sea contraria.<sup>47</sup> En síntesis, lo político pasa a ser un instrumento del derecho, de tal manera que la democracia procedimental o formal —propia de los sistemas normativos tradicionales— empieza a ser insuficiente al modelo que muchos aspiran como sociedad.

A la luz de este escenario teórico, se encuentra un argumento de carácter práctico. Hay autores que sostienen que cobra mayor relevancia una función judicial que proteja derechos sociales con mayor repercusión sobre las legislaciones y actuaciones políticas, debido a una *crisis social y de legalidad* que viven los Estados modernos;<sup>48</sup> en la mayoría de los sistemas políticos y económicos es posible identificar tensiones estructurales entre derechos, poderes y privilegios.<sup>49</sup> Esto significa que los órganos encargados de la administración pública y las finanzas, al haber estado por mucho tiempo distanciados de los controles políticos, propiciaron conductas programáticas, asistencialistas y arbitrarias, lo que en últimas promovió la desigualdad económica y social en muchas sociedades.

Quienes más resienten en su perjuicio un contexto de desigualdad son los grupos en situación de vulnerabilidad. Por ello, continuar con la formulación de una democracia procedimental,<sup>50</sup> las decisiones y con ellos los fines del propio Estado, continuarán siendo adoptadas únicamente por una mayoría. Esto implica que, una vez que se ha adquirido poder se tiende a marginalizar a las minorías, de tal manera de que se ven incapaces de expresar sus puntos de vista y de competir por el poder en los mismos términos.<sup>51</sup> En este sentido, a fin de garantizar la tutela de los intereses esenciales de cada una de las personas desde sus necesidades materiales y no desde la suerte del privilegio y del *status quo* político que lo ha reproducido, resulta imprescindible la incidencia de una autoridad no elegida popularmente que intervenga como mediador.

---

46 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit. pp. 5 y ss.

47 *Ibidem*. p. 11.

48 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 15.

49 *Idem*.

50 Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.

51 Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 160.

Ahora, también se ha sostenido el argumento de que las Cortes que tienden a efectivizar derechos socioeconómicos a través de obligaciones positivas tendrán siempre consecuencias más importantes en el presupuesto que en el caso de los derechos civiles sobre el mismo tipo de obligaciones; particularmente, argumentan que el Poder Judicial no cuenta ni con la legitimidad ni el conocimiento especializado sobre temas que en principio no le corresponde. En este sentido, David Bilchitz sostiene que la magnitud de las consecuencias presupuestarias en realidad no afectaría la justificación de la incidencia del juez, por el contrario, precisa que:

Quizas, sería incluso más importante si existiesen consecuencias presupuestarias significativas ya que así el juez pondría más atención en asegurar que los intereses fundamentales de los individuos se encuentren protegidos, dado que es aquí que los gobiernos tienden a resistirse a proteger estos intereses. Sin embargo, la magnitud de las consecuencias presupuestales será un elemento a ser tomado en cuenta por el juez al traducir derechos condicionales en incondicionales.<sup>52</sup>

Las tensiones que tiene el Poder Judicial frente a los demás poderes, en el marco del principio democrático y de la división de poderes, se vuelve inevitable. Sin embargo, ya la cuestión no recae en preguntarnos sobre la posibilidad, sino en la manera que se pueden conciliar esa posibilidad. La manera de adoptar una actitud diligente frente a la necesidad de conocimiento especializado y, al mismo tiempo, conciliar la falta de capital político de los tribunales, depende del contexto. En esta lógica, existe más de una forma de conciliar las intervenciones políticas que se hacen a través de controles judiciales con los demás poderes públicos electos vía votación popular. Es aquí donde las metodologías de adjudicación constitucionales nos ofrecerán elementos objetivos para justificar y convencer, en ese sentido, determinada decisión.

Por todas estas razones, más allá de considerarse en un perjuicio al principio democrático, la intervención judicial lo fortalece. La necesidad de escrutinios judiciales externos a los órganos de administración, parece constituir una precondition importante para el respeto de los derechos sociales<sup>53</sup> y la remoción de los efectos históricos-estructurales que provocaron su ausencia. Ante estos argumen-

---

52 En este punto, D. Bilchitz sostiene que los factores como la *escasez, urgencia, efectividad y distribución* deben estudiarse al convertir derechos condicionales en obligaciones incondicionales. A partir de su entendimiento y conjugación se puede propiciar un espacio de exigibilidad para una verdadera tutela de los derechos fundamentales. Cfr. Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 192.

53 D. Bilchitz sostiene que resulta adecuado que los jueces decidan sobre las cuestiones complejas relacionadas con la efectivización de los derechos sociales dado que éstos tienen atributos epistemológicos como: tiempo suficiente para resolver los problemas, capacidad de reflexión, imparcialidad y ausencia de oportunismo. Aspectos que los poderes mayoritarios no gozan. Cfr. Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 179 y ss.

tos teóricos el papel político de los jueces se refuerza; los desniveles de invalidez normativa ante los demás órganos de gobierno deben ser subsanados respecto del significado material de la Constitución.<sup>54</sup>

En este sentido, el Poder Judicial puede y debe dictar sentencias en las que realice controles judiciales sobre política pública para que los órganos ejecutivos y legislativos cumplan con sus obligaciones constitucionales derivadas de derechos humanos de carácter social.<sup>55</sup> Ya no en el marco de una democracia formal, leyes establecidas y una estricta división de poderes, sino desde un modelo constitucional y democrático marcado por una visión *sustantiva*. De este modo, resultaría posible incidir sobre aquellas políticas en sede judicial cuando se determine una omisión inconstitucional o por algún defecto legislativo:<sup>56</sup> por ejemplo, a partir de la tutela del contenido esencial de los derechos humanos.

Para constatar la manera en que el Poder Judicial ha garantizado ya este enfoque y, con ello, la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo, se han emitido una diversidad de sentencias en materia de DESC que tutelan los derechos de grupos en situación de desventaja social y económica.

Recapitulando las discusiones doctrinales de los DESC:

<p><b>1</b>  <b>El fundamento de los DESC</b>  <b>La dignidad humana y la igualdad material</b></p>	<p>La idea de dignidad humana constituye el fundamento adecuado para el reconocimiento de los derechos fundamentales; éste es garantista tanto de aquellos daños derivados de intromisiones estatales injustificadas como de los generados a partir de contextos que colocan a las personas en una situación de vulnerabilidad social; más allá de valores o doctrinas ideológicas, lo que verdaderamente trasciende es la condición humana, sus experiencias y sufrimientos frente a cada una de las realidades que a las personas les toca vivir; en estos términos, su ambigüedad brinda ciertos márgenes para configurar de manera prioritaria los contenidos esenciales que las personas requieren de acuerdo con sus contextos.</p>
<p><b>2</b>  <b>La estructura jurídica de los DESC</b>  <b>Obligaciones positivas y negativas</b></p>	<p>Tanto los derechos sociales como los civiles y políticos requieren el despliegue de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado para su plena protección; a su vez, éstas pueden incluir o no grandes desembolsos financieros, así como realizarse de manera progresiva o inmediata. En últimas, la adopción de determinado tipo de obligaciones dependerá de las necesidades materiales y jurídicas de cada contexto o del caso en concreto, mas no de una tipología inmutable de los derechos y del papel estatal a adoptar.</p>

54 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, p. 25.

55 Vázquez, Luis Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

56 Alfonso Santiago, *op. cit.*, p. 2.

<p><b>3</b>  <b>El papel de los jueces frente a los DESC</b>  <b>Los jueces pueden y deben ejercer controles judiciales sobre las actuaciones de los demás poderes públicos, particularmente en materia de DESC</b></p>	<p>El Poder Judicial puede y debe dictar sentencias en las que realice controles judiciales sobre política pública para que los órganos ejecutivos y legislativos cumplan con sus obligaciones constitucionales derivadas de derechos humanos de carácter social. De este modo, resultaría posible incidir sobre aquellas políticas en sede judicial cuando se determine una omisión inconstitucional o una algún defecto legislativo:<sup>57</sup> por ejemplo, a partir de la tutela del contenido esencial de los derechos humanos. Ello, más allá de un perjuicio al principio democrático, de acuerdo con diversos autores, lo fortalece.</p>
---	--

## VI. PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ESTRATEGIAS JUDICIALES PARA TUTELAR DERECHOS SOCIALES. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA COMPARADA

En la experiencia judicial existen dos principales estrategias para tutelar derechos sociales: (a) una *aproximación prescriptiva*, mediante la cual los tribunales, a través de la interpretación, delimitan el contenido y los deberes que derivan de estos derechos; y (b) un *enfoque deferencial*, en el que el control judicial recae sobre las medidas adoptadas por el Ejecutivo y el Legislativo, en aras de determinar si éstas resultan adecuadas para lograr la protección de tales derechos.<sup>58</sup>

Respecto de la primera estrategia, se encuentra la aplicación del *núcleo esencial o mínimo vital* de los derechos.<sup>59</sup> Desde su identificación, los tribunales han determinado que el Estado está obligado a satisfacer niveles mínimos de subsistencia social de manera inmediata, sin que medie contra argumentaciones. Esto implica que se deba definir el alcance y contenido del derecho y, consecuentemente, desarrollar una metodología para valorar si éste fue vulnerado. De esta manera, cuando los tribunales aplican dicha estrategia se exige, por ejemplo, que el Estado garantice a todas las personas una cantidad mínima de agua potable al día, tengan acceso a la educación pública y gratuita hasta la preparatoria o se

<sup>57</sup> Alfonso Santiago, *op. cit.*, p. 2.

<sup>58</sup> Murray Wesson, “The Emergence and Enforcement of Socio-Economic Rights”, en Liora Lazarus, Christopher McCrudden y Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, Oxford, 2014, p. 282.

<sup>59</sup> De la mano del criterio de mínimo vital han sido objeto de controles judiciales los principios de progresividad y no regresión de los derechos sociales. Estos se revisarán más adelante.

implemente un programa mínimo de servicios de salud que incluya la distribución de cierto tipo de medicinas.

En cuanto al enfoque *deferencial*, los tribunales, más que delimitar y aplicar el contenido normativo, evalúan las justificaciones de las políticas públicas o leyes adoptadas por la autoridad, —ejecutiva o legislativa— orientadas a salvaguardar los derechos sociales.<sup>60</sup> Es decir, el enfoque deferencial se limita a exigir al Estado la adopción de medidas legislativas razonables y de otro tipo, para lograr la protección progresiva de los derechos con los recursos disponibles. De esta manera, se confirma la idea de que los poderes elegidos por votación popular son los facultados para determinar cuál debe ser el contenido o las medidas que garanticen los DESC. De conformidad con el *argumento democrático*, esta estrategia judicial respeta las atribuciones de los demás poderes, quienes están legitimados y capacitados, técnica y financieramente, para tomar las mejores decisiones en materia de política pública y con ello proteger los derechos humanos.<sup>61</sup>

Realizada una primera aproximación sobre ambas estrategias judiciales y, sobre todo, bajo la consideración de que se trata de dos opciones disponibles en la experiencia comparada, este capítulo se centrará en la del *núcleo esencial* de los derechos. Las razones que justifican su estudio se ubican en la continuación del discurso teórico normativo que surge con el reconocimiento de la *dignidad humana* como fundamento de los derechos humanos;<sup>62</sup> algunos autores sostienen que este concepto brinda ciertos márgenes para configurar de manera prioritaria y laxa la idea del mínimo

---

60 Este enfoque tiene su origen en la doctrina jurisprudencial sudafricana, particularmente con el caso *Grootboom*. En éste, la Corte estableció que era innecesario determinar el mínimo vital del derecho a la vivienda. Únicamente se limitó a analizar si las medidas adoptadas por los órganos públicos eran razonables, de tal manera que no se encontraba conforme a la Constitución porque no protegía a quienes se encontraban en una situación urgente.

61 Los criterios que dicha Corte toma en consideración para determinar si una política es razonable son: “(i) que se otorguen distintas responsabilidades y actividades entre diferentes esferas de gobierno y se les otorguen los recursos humanos y financieros suficientes para que puedan cumplir con sus obligaciones legales; (ii) aunque es necesario que existan leyes en la materia, deben existir programas y políticas coherentes, coordinadas y comprensivas, que sean razonables e idóneas en su concepción e implementación; (iii) deben tomar en cuenta el contexto social, económico e histórico de la situación que atiende la política pública; y (iv) deben ser flexibles y no excluir a una porción significativa de la sociedad, dando prioridad a aquellas personas cuyas necesidades son más urgentes, tratando así que todos sean tomados en cuenta”. Fons Coomans, “Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the ‘Reasonableness’ Test as Developed by the South African Constitutional Court”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 65, 2005, pp. 175-176; Morales Simón, José Ignacio, *op. cit.*, p. 372.

62 Respecto de la diferencia entre ambas estrategias, inclinándose en favor del núcleo esencial, José Ignacio Morales Simón sostiene que “En este sentido, me parece que la diferencia no es metodológica sino moral, es decir, el debate está en la fuerza con la que queramos proteger

vital, de acuerdo con las necesidades y experiencias humanas de cada realidad. Con ello, los jueces son los que se encuentran en una mejor posición para advertir sobre los supuestos esenciales que requieren las personas para sobrevivir, frente a políticas o disposiciones que frecuentemente se definen conforme a otros intereses.<sup>63</sup>

Por otro lado, los fundamentos vinculados con el enfoque deferencial, desarrollado esencialmente por la Corte Sudafricana, nos brindará algunos elementos para entender las posibilidades materiales de ejecución del mínimo vital sobre escenarios concretos; al mismo tiempo, nos dará una coordinada clave para entender el tipo de rol estatal que se puede adoptar frente a cierto tipo de situaciones.

### 1. El “núcleo esencial” o “mínimo vital” de los derechos sociales

La idea del núcleo esencial ha sido uno de los conceptos que ha servido para refutar aquellas críticas contra la exigibilidad de los derechos sociales; a través del reconocimiento de criterios fijos se permite dar certeza en su cumplimiento ante la ya referida indeterminación que sus obligaciones pudiesen acarrear en determinados casos. En este entendido, este apartado propone desarrollar, en primer lugar, la noción de núcleo esencial o mínimo vital de los derechos sociales para brindar claridad a la cuestión acerca de su estructura y de los aspectos esenciales relativos a su contenido. En segundo lugar, a partir de la revisión de la experiencia judicial, se proponen algunos criterios concretos que pueden orientar en la resolución sobre problemas normativos vinculados a estos derechos.

#### A. La noción de un mínimo vital

El concepto de núcleo esencial de los derechos humanos parte del reconocimiento de un conjunto de obligaciones básicas de carácter inmediato que tienen por objeto asegurar su cumplimiento frente a cualquier contingencia política, económica o social.<sup>64</sup> De este modo, se determinan estándares fijos e impen-

---

violaciones especialmente graves a los derechos sociales”. Morales Simón, José Ignacio, *op. cit.*, p. 380.

63 Con la aplicación del mínimo esencial, los tribunales pretenden incidir sobre los demás poderes públicos y orientar su actuación, a través de la implementación de medidas concretas e inmediatas, en que son zonas cruciales para la protección de estos derechos como son los contextos de pobreza y desigualdad. Como se mencionó anteriormente, hay argumentos que, ante este tipo de contextos, reivindican la legitimidad de los tribunales constitucionales frente a las demás entidades públicas.

64 *Cfr.* Magallanes Martínez, Victor Hugo Hiram, “Contenido esencial de los derechos fundamentales y juez constitucional”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 41, 2016, pp. 244-246.



trables,<sup>65</sup> exigibles por cualquier persona, respecto del universo de obligaciones que pudiesen derivar de los derechos fundamentales; se sostiene pues que cada derecho tendría un contenido mínimo que no podría ser afectado por ningún órgano legislativo o administrativo; con ello, la autoridad judicial tiene el deber de proteger ese contenido, que es mandato constitucional.<sup>66</sup>

En estos términos, Serrano y Vázquez explican que:

La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles.<sup>67</sup>

Ahora, para entender el tipo de contenido que resguarda este concepto, es clave distinguir los valores de carácter axiológico que sirven para fundamentar la adopción de un mínimo vital; éstos suelen vincularse con la idea de *dignidad humana*: como la supervivencia, la autonomía personal, el libre desarrollo o la igualdad material.<sup>68</sup> Se trata pues de criterios morales que pretenden amparar a las personas en situaciones de vulnerabilidad o de alto riesgo. Desde luego, la adopción de algún principio en particular, dependerá del contexto en el que cada persona se encuentre, de tal manera que sirva para proteger o dignificar su vida desde sus propias necesidades y experiencias.

---

65 Los criterios de “fijos” o “impenetrables” no debe entenderse como conceptos que se definen a partir de reglas absolutas o de “todo o nada”, sino como contenidos cuya frontera, una vez justificada o identificada, debe ser respetada por el Estado todas las veces.

66 Estos criterios se sustentan en lo desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Al respecto, se destaca que el Comité en su Observación General número 3 estableció las obligaciones de conducta y de resultado que derivan del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre las cuales destacan “el deber de implementar medidas deliberadas, concretas y progresivas dirigidas a cumplir los derechos socioeconómicos”. Asimismo, en la misma se estableció que “[u]n Estado Parte en el que un número importante de individuos esté privado de alimentos esenciales, de atención primaria, de salud esencial, de abrigo y vivienda [...] no está cumpliendo con las obligaciones del Pacto, no obstante, ello debía valorarse a la luz de los recursos con los que contarán los Estados”. *Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

67 Vázquez, Luis Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, op. cit., p. 128.

68 Para efectos de formular y defender la noción del núcleo mínimo vital no es necesario sostener siempre una conexión necesaria con un valor subyacente. Cfr. Tasioulas, “Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now”, *Nordic Trust Fund and The World Bank*, 2017, p. 1; Cfr. Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 180 y ss.

Por ejemplo, Bilchitz piensa que dicho núcleo debe garantizar que las personas no estén sometidas a condiciones que amenacen su *supervivencia*. Una persona que no cuenta con los aspectos más esenciales para vivir: como la alimentación, la vivienda o el acceso al agua, difícilmente podrá subsistir y, por tanto, su vida estaría expuesta a una situación de alta vulnerabilidad. Sobre esta misma línea, el autor piensa que, a partir de dichas medidas, los individuos deben encontrarse en condiciones para ejercer su autonomía personal de modo que puedan cumplir con sus propósitos y proyectos de vida;<sup>69</sup> con ello, los derechos sociales se constituyen como un instrumento para lograr la efectivización de otros derechos fundamentales.

Sobre la base de dichos fundamentos, la determinación de un mínimo vital permite redirigir el rol estatal, en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, a través de un criterio que ubica determinadas áreas prioritarias en la distribución de recursos. En palabras de Tasioulas, este concepto “ayuda a resolver el problema de cómo priorizar el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos en contextos de recursos limitados a través de establecer un estándar mínimo que se aplica a todos los Estados con independencia de sus diferencias.”<sup>70</sup> De tal manera, se reduce el espectro de medidas que pudiesen resultar ambiguas o innecesarias en cuanto a los rasgos onerosos o prestacionales que frecuentemente presentan estos derechos.

Estas ideas se vinculan con los fundamentos sostenidos al inicio del capítulo, en el sentido de que la idea de una igualdad real únicamente podrá conseguirse cuando se brinden las condiciones materiales necesarias que permitan a cada una de las personas ejercer las libertades consagradas en la Constitución y en los Tratados internacionales.

## **B. Una metodología para tutelar el núcleo esencial de los derechos sociales**

Una vez revisada la dimensión más dogmática del criterio, resulta importante vislumbrar las maneras y los criterios específicos en que los tribunales de justicia han incorporado tales concepciones para la resolución de casos vinculados con violaciones a derechos sociales. En la realidad, no existe una metodología o una serie de pasos fijos que determinen la forma correcta en que un tribunal deberá proceder para delimitar y aplicar el contenido esencial de acuerdo con un caso concreto. Sin embargo, en virtud de la experiencia comparada, es posible dilucidar algunas pautas que han permitido orientar a los jueces al momento de

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 185 y ss.

<sup>70</sup> Tasioulas, *op. cit.*, pp. 14 y 15

salvaguardarlo en cierto tipo de contextos políticos y sociales. Cada una de éstas, se aleja o se acerca, gradualmente, a la noción que ha sido planteada al respecto.

De acuerdo con Luis Daniel Vásquez,<sup>71</sup> existen tres metodologías adoptadas por tribunales constitucionales e internacionales, que pueden complementarse para definir de mejor manera la aplicación del mínimo vital en aras de salvaguardar los DESC; éstas son las desarrolladas en Naciones Unidas, en la Corte Sudafricana y la Corte Colombiana.

### *a. La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas*

Uno de los estándares que sirvió de base para dar un primer paso en la protección del mínimo vital y el cual, se diría, constituye la columna vertebral de la doctrina, es el desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de la Naciones Unidas (en adelante Comité DESC). Éste señala que los Estados deben cumplir de manera inmediata y sin excepción con una serie de obligaciones básicas en relación con el derecho humano del que se trate. Lo anterior, en virtud de asegurar niveles mínimos de supervivencia y autonomía en la sociedad o de ciertos grupos sociales.<sup>72</sup> En este sentido, el Comité agrega que la escasez de recursos no libera al Estado de sus obligaciones, en dado caso de que no pueda cumplirlas eficazmente tiene la carga de probar que ha realizado todo el esfuerzo a su alcance y que ha utilizado la totalidad de los recursos que están a su disposición.<sup>73</sup>

Por otra parte, en la Observación General 3, el Comité también reconoció una obligación sobre los Estados a realizar acciones deliberadas, concretas y dirigidas hacia el cumplimiento de los derechos, medida que debe ser cumplida “tan pronto como efectivamente posible”.<sup>74</sup> Con éstas, el Comité DESC señaló que existe

---

71 Vásquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 117 y ss.

72 Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 10.

73 *Ibid*; En esta misma línea, se deriva una concepción que comprende que los derechos humanos no tienen límites externos. En este sentido, para Sapag “[...] el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la *finalidad* del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple”. Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion*, Universidad de la Sabana, Colombia, año 22, núm. 17, diciembre-sin mes 2008, pp. 157-198.

74 Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 2 y 9.

una obligación de *no regresividad* que implica “la consideración más cuidadosa y requerirá ser completamente satisfecha haciendo referencia a la totalidad de los derechos contenidos en el Pacto y en el contexto del máximo uso de los recursos disponibles”.<sup>75</sup> En Observaciones generales posteriores, el Comité DESC reconoció una serie de obligaciones que son clave para la protección de tales derechos, tales como: obligaciones de *respetar, proteger y cumplir* los derechos humanos.<sup>76</sup> En otras observaciones el Comité ha reconocido dos tipos de obligaciones de cumplir: una de facilitar y otra de proveer.<sup>77</sup>

En estos términos, la Primera Sala al resolver el amparo en revisión 566/2015, retomando las observaciones del Comité DESC, sostuvo que “los derechos sociales atribuyen un deber incondicional de proteger su núcleo esencial. Así, dichos derechos imponen un deber de *resultado*, es decir, el Estado mexicano tiene un deber de garantizar de manera inmediata la protección del núcleo esencial de los derechos sociales. Esta obligación se justifica porque existen violaciones tan graves a los derechos sociales que no sólo impiden que las personas puedan gozar de otros derechos, sino que atacan directamente su *dignidad*”.<sup>78</sup>

De acuerdo con la doctrina desarrollada en Naciones Unidas, se puede decir que se trata de un enfoque ampliamente protector que pretende asegurar el cumplimiento de un conjunto de obligaciones importantes mediante la configuración de reglas jurídicas. Sin embargo, de acuerdo con autores como Jeff King, uno de los problemas que surge a partir de esta definición “dura” del contenido mínimo, es la atribución amplia que tendrían los tribunales para exigir su cumplimiento frente a temas que originalmente desconoce, como la forma en que el Estado ha decidido organizar sus políticas públicas o la asignación de su presupuesto; tales cuestiones dependen de los recursos técnicos implementados por los órganos administrativos.<sup>79</sup> De acuerdo con estas reticencias, los tribunales estarían tomando

---

75 Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 9.

76 Sobre dichas obligaciones, D. Bilchitz sostiene que, en relación el deber de *respetar*, la sociedad deberá abstenerse de interferir con el disfrute de dichas condiciones por parte de los individuos; la obligación de *proteger*, implica evitar que terceras partes pongan en peligro el disfrute de estas condiciones por parte de los individuos; y la obligación de *cumplir*, se traduce en coadyuvar a que los individuos obtengan acceso a aquellas condiciones a las cuales actualmente no tienen acceso. Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales...*, *op. cit.* pp. 271 y 272.

77 Por ejemplo, véase la Observación General número 12, sobre el derecho a la alimentación adecuada.

78 Amparo en Revisión 566/2015, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de abril de 2017, p. 23.

79 Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 5-9.

decisiones que pudiesen derivar en grandes afectaciones presupuestales y desatendiendo otras áreas a partir de la priorización de las que considere el juez.

Para Jeff King el caso que justifica su postura es el de Brasil, en donde se determinó que, de acuerdo con las obligaciones derivadas del derecho a la vida, las razones relativas al presupuesto eran *irrelevantes* para dar acceso a las personas a tratamientos considerablemente costosos para enfermedades de alto riesgo.<sup>80</sup> La consecuencia que tuvo esta decisión fue que el Ministerio de Salud gastara una parte importante del presupuesto en medicinas para tratamientos caros, haciendo que se priorizará el tratamiento de enfermedades costosas sobre las más rentables.<sup>81</sup> Sin embargo, ello benefició a las personas con una mejor situación económica, quienes se encontraban en la posibilidad de adquirir los tratamientos de enfermedades más comunes con sus propios medios. Ante ello, Jeff King recomienda que los tribunales adopten una estrategia similar al del tribunal sudafricano y con ello se adopte un enfoque *incrementalista* u orientado por el *principio de razonabilidad*, frente a los derechos sociales. Es decir, que “tomen pequeños pasos para expandir la protección de las reglas y los principios existentes de manera controlada, aprendiendo del pasado, y esperando retroalimentación en nuevos avances”.<sup>82</sup>

La conclusión a la que podemos llegar por el momento es que no podemos dejar de lado el enfoque prescriptivo desarrollado por Naciones Unidas; tales premisas constituyen una parte medular de la doctrina de los derechos fundamentales. La cuestión, se sugiere, deberá estar en conciliar los contenidos mínimos con las posibilidades materiales.

### *b. La doctrina del Tribunal sudafricano*

Un segundo criterio que resulta útil para garantizar el mínimo vital de los derechos sociales, de acuerdo con las características de cada Estado, —y que a su vez responde a las deficiencias expuestas por Jeff King— es el que incorpora los fundamentos del enfoque deferencial desarrollado por la Corte Sudafricana. Según Vázquez, ello implica establecer criterios para determinar la *posibilidad fáctica* del cumplimiento de tales contenidos normativos. Como se mencionó, si bien el núcleo mínimo de los derechos no se encuentra a discusión, el tribunal Sudafricano realiza un diagnóstico sobre las limitaciones materiales, —de carácter presupuestal y político— para que el Estado pueda efectivizar las obligaciones de

---

80 *Ibidem*, pp. 84-85.

81 Morales Simón, José Ignacio, *op. cit.*, p. 376.

82 Jeff King, *op. cit.*, p. 2.

los derechos sociales. De confirmarse la imposibilidad de realizarlas, al Estado se le eximirá de dicha responsabilidad. Con ello, únicamente se pretende determinar si es razonable suponer que las medidas de política pública adoptadas por los órganos administrativos son capaces de generar la salvaguarda de los derechos en cuestión.

El caso emblemático que incorpora tales fundamentos es la sentencia 32/97 dictada por la Corte Sudafricana. En esta resolución, el tribunal determinó negar a una persona con fallas renales la realización de la diálisis, lo cual le generaría una esperanza de vida mayor. Para llegar a dicha conclusión, la Corte Sudafricana reconoció, en primer lugar, que la sociedad sudafricana presenta graves problemas de desigualdad, además de que millones de personas viven en condiciones altas de pobreza.<sup>83</sup> En este marco, precisó que los derechos previstos en la Constitución sudafricana, como son los derechos a la vivienda, salud, alimentación, seguridad social y agua se encuentran rebasados por la disponibilidad de recursos, lo cual generaba una importante dificultad para su cumplimiento.

Algunos de los aspectos incluidos en la valoración realizada por la Corte<sup>84</sup> fueron: a) el presupuesto en materia de salud pública asignado para dicha entidad; b) la capacidad de servicios ofrecidos por el hospital en que estaba siendo atendido la persona enferma; c) la cantidad de pacientes con enfermedades renales; d) las consecuencias presupuestales que llevaría atender a todas las personas con enfermedades renales de acuerdo con los mismos criterios exigidos al hospital.

A partir de tales consideraciones, la Corte Sudafricana determinó que el Estado se encontraba impedido para cumplir con las obligaciones derivadas del derecho a la salud y con ella, la de practicar la diálisis a la persona enferma.

En estos términos, si la idea del mínimo vital dependiera de dicho enfoque, se daría por sentado que el recurso presupuestario es inalterable y que, por tanto, la manera en que se decidió distribuirlo no puede ser objeto de escrutinio por parte de un órgano judicial. Lo anterior, explica Vázquez, deja de fuera la discusión sobre si la asignación de recursos ha sido implementada con un enfoque de derechos y si en ese sentido se trata de una distribución adecuada y equitativa. Asimismo, dicho enfoque, definido desde una lógica esencialmente pragmática, dejó de lado los fundamentos normativos y axiológicos propios de los derechos humanos,<sup>85</sup> tales como el concepto de dignidad humana, la vida y la experiencia de la persona al encontrarse su salud en una situación de vulnerabilidad.

---

83 Sentencia 32/97, párr. 8.

84 Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, op. cit., pp. 132 y 133.

85 *Ibidem*, p. 128.

Sin caer en una adopción absoluta de la estrategia planteada por la Corte sudafricana, la idea de *factibilidad* brinda un elemento muy relevante para la efectivización de los DESC. El conocimiento y, sobre todo, el diálogo político que pudiese plantear un tribunal constitucional frente los demás poderes puede orientar la discusión y actuación sobre temas fundamentales vinculados con los retos que presentan estos derechos en cada realidad política. Con este enfoque, la idea del mínimo vital rompería con una definición hermética y con ella, los altos riesgos o las pocas expectativas de cumplimiento que podría tener las determinaciones judiciales. Sin embargo, colocarnos en esta coordenada no nos daría una respuesta para la plena protección de los derechos. Ambas estrategias pueden colocar a un Estado en una situación de riesgo si no se logran conjugar cada uno de estos elementos.

### *c. La doctrina de la Corte colombiana*

Para incorporar la factibilidad del cumplimiento de los derechos, sin dejar de lado los intereses fundamentales que se pretende proteger con el mínimo vital, la Corte Constitucional Colombiana desarrolló en su sentencia T-025/2004 una metodología que aborda un enfoque más ecléctico respecto de ambas estrategias. En primer lugar, de conformidad con el desarrollo doctrinal de Naciones Unidas, la Corte estableció una serie de contenidos mínimos que conforman el núcleo esencial de los derechos de las personas desplazadas, y que el Estado se encuentra siempre obligado a cumplir. Entre ellos, señaló: el derecho a la vida y a la integridad, el derecho a la dignidad, el derecho a una *subsistencia mínima* como expresión del derecho fundamental al mínimo vital (alimentos esenciales, agua potable, vivienda y servicios médicos y el derecho a la igualdad y no discriminación con motivo de ser un grupo en situación de vulnerabilidad social; y garantizar su derecho al retorno y restablecimiento.

Después, similar a la estrategia desarrollada por la Corte Sudafricana, la Corte Colombiana valoró el contexto y las limitaciones para llevar a cabo el cumplimiento de tales derechos. En ese sentido, reconoció, en primer lugar, las acciones estatales encaminadas a proteger los derechos de las personas desplazadas; con ellas, las políticas públicas, las leyes adoptadas y el presupuesto utilizado para eliminar la situación de vulnerabilidad en las que dicha población vive. Sin embargo, también dio cuenta que esos esfuerzos no habían sido suficientes para proteger a cabalidad sus derechos fundamentales. La Corte advirtió que la escasez de recursos era un factor importante para el buen funcionamiento de las instituciones y la ejecución de la políticas que atienden a las personas desplazadas; constató además que esa insuficiencia devenía tanto del gobierno central como de las entidades territoriales.

Ante dicho escenario, la Corte agregó que la efectivización plena de los derechos de la población desplazada no podía estar condicionada a la falta de recursos estatales. Si bien las condiciones políticas y económicas constituyen un elemento relevante para el cumplimiento de las obligaciones, la Corte reconoció que lo que no se podía dejar de hacer era tener por lo menos un plan para que el Estado pudiera eventualmente efectivizar esos derechos. De esta manera, en su sentencia la Corte estableció una serie de directrices y criterios de carácter estructural para ordenar a diversas autoridades, en determinados periodos de tiempo, la ejecución de conductas para garantizar a futuro los derechos de las personas. En palabras de la Corte:

Quando un conjunto de personas definido y determinable por el propio Estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su *dignidad humana*, a tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos.<sup>86</sup>

En la sentencia, la Corte determinó una serie de órdenes que se pueden clasificar en *simples y complejas*. Las primeras hacen referencia a las ejecutadas por una autoridad en particular sin la participación de otra, mientras que las complejas comprenden aquellos procesos de ejecución en los que convergen diversas autoridades con funciones específicas.<sup>87</sup>

En el caso particular, la Corte estableció órdenes complejas, tales como: la medida de que el Consejo Nacional de Atención Integral de la Población Desplazada, en un periodo de dos meses, definiera el presupuesto que destinaría para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, entre ellos, la protección del mínimo vital de manera oportuna y eficaz. En este ejercicio, la Corte advirtió que podía ser necesario redefinir prioridades. En otro orden a destacar fue que la Corte estableció que el Ministerio de Hacienda y el Director de Planeación Nacional se coordinen para desarrollar metas presupuestales dirigidas a aplicar las políticas de atención de la población desplazada. Ello, para que dentro del marco de sus facultades implementen acciones con el objeto de superar el estado de cosas inconstitucionales.

De acuerdo con los razonamientos vertidos por la Corte, se pueden rescatar los tres aspectos metodológicos advertidos al principio: la identificación del mínimo vital de acuerdo con la doctrina de Naciones Unidas; en segundo lugar, la consideración de las limitaciones materiales en aras de cumplir de manera efectiva las

---

86 Sentencia t-025 2004 de la Corte Constitucional.

87 Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, op. cit., p. 146.



obligaciones derivadas de los derechos de las personas desplazadas, entre ellos el *mínimo vital* de los DESC; y, por último, con base en tales premisas internas a los derechos fundamentales y las externas relativas a las limitaciones del contexto político y económico, la generación de órdenes complejas para garantizar los derechos previamente reconocidos.<sup>88</sup>

Esta intervención, hasta cierto punto “dialógica” de la Corte Colombiana, representó en sí misma un enfoque judicial que rompe con el paradigma hermético del concepto del núcleo esencial de los derechos. Es decir, más que condenar a la autoridad responsable a implementar una medida en particular —desde un enfoque de “todo o nada”—,<sup>89</sup> la resolución reconoció límites y estableció fines, con objeto de asignar a los órganos públicos la responsabilidad de definir y aplicar las políticas adecuadas en el marco de su libertad configurativa. De tal manera que con ello evitó los riesgos relacionados con ambas estrategias; el argumento democrático y los aspectos axiológicos de los derechos. En términos generales, la sentencia trazó un enfoque material, razonable y, al mismo tiempo, moral del mínimo esencial al más alto nivel de salud.

Conforme a lo anterior, si el Poder Judicial identifica una omisión o insuficiencia en el marco de una política pública en relación con la garantía de un derecho fundamental, deberá exigir a los poderes responsables que reviertan esa situación. En este orden de ideas, resulta relevante para la Corte que la asignación de recursos pueda estar construida en una lógica de derechos y con base en resultados, lo que abriría la oportunidad de analizar las actuaciones de otros poderes y de exigir el cumplimiento de medidas estructurales. Lo anterior se debe efectuar con un ejercicio de ponderación y el establecimiento de áreas prioritarias.

## 2. *Deber de progresividad*

Como se mencionó en el apartado anterior, el núcleo esencial de los derechos fundamentales se conforma por las obligaciones esenciales y, en principio, inmediatas que le corresponde al Estado cumplir de manera efectiva. Ahora, todas aquellas obligaciones que no forman parte de esta categoría serán de carácter *progresivo*. Este principio implica la existencia de gradualidad y no regresividad en la satisfacción de los derechos, así como el deber de los Estados de mejorar las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.<sup>90</sup>

---

88 *Ibidem.*, p. 147.

89 Pérez Dayán, Alberto, “Comentario sobre el amparo en revisión 378/2014 ‘Caso Pabellón 13’”, en *Revista Jurídica Ibero*, núm. 2, 2017, p. 74.

90 Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 158.

De acuerdo con los Comités de Naciones Unidas, la progresividad implica que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no va a lograrse en un solo momento y de manera permanente, sino que se trata de un proceso que involucra diversos objetivos a corto, mediano y largo plazo.<sup>91</sup> Esto no significa que el Estado quede exento de sus obligaciones, sino que, lo que es mediato es la garantía del derecho fundamental, mas no la ejecución de las acciones dirigidas a proteger ese derecho social. En últimas, la protección será el resultado de todas las conductas implementadas.<sup>92</sup> El Comité DESC abordó esta cuestión de la siguiente manera:

[...] el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.<sup>93</sup>

Con base en lo anterior, se puede sostener que el Estado tiene en principio libertad configurativa para determinar cuáles son los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales, que considere adecuados de acuerdo con cada caso en particular.<sup>94</sup> No obstante, de acuerdo con la SCJN, que incorpora los estándares del Comité DESC, todas estas conductas estatales, como la implementación de políticas públicas deben ser razonables para alcanzar el objetivo impuesto y la plena realización del derecho en cuestión.<sup>95</sup>

Por su parte, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y de los recursos disponibles. Siguiendo los lineamientos del Comité DESC, la Corte precisa que el margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESC no justifica la inacción en su protección. Ante ello, la Corte IDH considera que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de reali-

---

91 *Ibidem*, p. 158.

92 *Idem*.

93 V., *Idem*, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 9 y 10.

94 *Cfr.* Vázquez, Luis Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 158.

95 Registro digital: 2015129, Instancia: Primera Sala de la SCJN, Tesis: 1a. CXXXV/2017 (10a.), Tomo I, p. 217., Tipo: Aislada Amparo en revisión 566/2015.

zación progresiva al no contar con políticas públicas o programas que *de facto* —y no sólo *de jure*— le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho.<sup>96</sup>

Bajo dichos razonamientos, la Corte IDH reconoció por primera vez en el *caso Cuscul Pivaral vs Guatemala* la violación de un derecho social por incumplimiento de este principio. En su sentencia, señaló que quedó acreditado que el Estado, a pesar de contar con una serie de leyes y políticas diseñadas para la atención de personas que viven con VIH, no brindó tratamiento médico durante un importante periodo de tiempo para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, salvo para atender a un número limitado de personas, delegando esta tarea a las organizaciones no gubernamentales.<sup>97</sup> De esta forma, la Corte consideró que la inacción por parte del Estado, constituyó un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección progresiva del derecho a la salud, en violación al artículo 26 de la Convención Americana.

Ahora bien, al igual que el criterio de núcleo esencial, tampoco existe en la experiencia judicial un conjunto de criterios fijos que permitan determinar cuándo o cómo se vulnera este principio. Ante ello, Vázquez logra dilucidar algunas pautas que pueden ser de orientación metodológica a la hora de aplicar esta categoría:<sup>98</sup> en primer lugar, se deberá identificar el contenido esencial del derecho, en aras de establecer la finalidad y las obligaciones fundamentales que derivan del principio del que se trate; en segundo, establecer si existen sistemas de indicadores que puedan ser abordados en relación con el derecho en cuestión; en tercero, cuestionar si se han elaborado diagnósticos periódicos sobre el contexto de restricciones materiales, para hacer efectivo el contenido esencial de los derechos; en cuarto lugar, definir si hay políticas públicas, planes de acción o modificaciones legislativas en torno al ejercicio progresivo del derecho; y por último, lo más importante, verificar si todas estas actividades han generado de manera progresiva un avance en el goce del derecho, de lo contrario, establecer qué tipo de órdenes se podrían establecer para generar un avance progresivo en el goce del derecho.

Con base en lo antes expuesto, dicho autor explica que tomar el diagnóstico sobre la progresividad de manera seria implicaría que los litigios por venir serían aquellos que demandaran la expansión del derecho, por ejemplo, la exigencia de una política pública para que personas que se encuentren desempleadas o en situación de calle puedan acceder a una vivienda digna. Se trata pues de una

---

96 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 146.

97 Corte IDH, *Caso Cuscul pivaral vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 147.

98 Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

postura ofensiva del litigio que rompería con un esquema que se ha dedicado a priorizar la defensa de la no restricción del derecho como la única forma viable de exigir el cumplimiento de la progresividad.<sup>99</sup>

### 3. *Deber de no regresión*

Finalmente, vinculado con el principio de progresividad se encuentra la *prohibición de regresividad*, que consiste en que el Estado deberá abstenerse de adoptar medidas que puedan menoscabar el nivel de disfrute que ya se ha alcanzado respecto de un derecho. Por tanto, este principio requiere para su cumplimiento una obligación estatal esencialmente de “no hacer”, para garantizar su plena protección.<sup>100</sup>

Para entender este principio, Christian Courtis señala que existen dos nociones posibles de regresividad: la regresividad de *resultados* y la *normativa*. La primera, implica que una política pública será regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con otra política anteriormente adoptada. Normalmente, esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas.<sup>101</sup> Por otro lado, la regresividad normativa se refiere a *la reducción, limitación o supresión de los derechos concedidos por una norma posterior respecto de otra anterior*. En este sentido, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido.<sup>102</sup>

Sin embargo, sostiene que la noción de *regresividad normativa* resulta mucho más adecuada a la experiencia judicial dada la complejidad probatoria que acarrea la de *resultados*. En tal sentido, de acuerdo con la propia definición del artículo 2.1. del PIDESC,<sup>103</sup> Courtis explica que para afirmarse que una norma que consagra un derecho social es regresiva respecto de otra, quien alega la viola-

---

99 *Ibidem*, p. 162.

100 Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

101 Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de DESC”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, Tomo I, p. 568.

102 Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 568.

103 “Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

ción de la norma deberá realizar un ejercicio comparativo, poniendo en evidencia que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida.<sup>104</sup>

Ahora, de acuerdo con estándares internacionales, el Comité DESC ha sido una vez más un actor fundamental para el desarrollo de dicha doctrina. Sobre tal cuestión ha señalado que, “[c]ualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.<sup>105</sup> En esta misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.<sup>106</sup>

En los mismo términos, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC<sup>107</sup> consideran violatorio de dicho deber “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (Principio 14 a); “la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los DESC para los grupos más vulnerables” (Principio 14 d); y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (Principio 14 e).

En el ámbito nacional, uno de los tribunales constitucionales que ha aplicado con frecuencia el criterio de no regresividad ha sido la Corte Constitucional colombiana. En su jurisprudencia ha precisado que:

Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuan-

---

104 Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 585.

105 *Cfr.* Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 9 y 10.

106 *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

107 *Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los DESC*, adoptadas por un grupo de expertos que tuvo lugar entre el 22 y el 26 de enero de 1997 en la ciudad holandesa de Maastricht, constituye un instrumento interpretativo al que acuden con frecuencia los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de DESC. V., UN Document E/C.12/2000/13.

do disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación —por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad—. <sup>108</sup>

Por su parte, la Suprema Corte de México, siguiendo los lineamientos del Comité DESC, ha desarrollado los siguientes criterios para evaluar la justificación de una medida regresiva por parte del Estado: “[las] acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si: a) Se acredita la falta de recursos; b) Se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; c) Se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano —y no cualquier objetivo social— y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente era mayor”. <sup>109</sup>

La Suprema Corte de México ya ha aplicado la prohibición de regresividad como criterio para decidir casos vinculados con violaciones a derechos sociales. Por ejemplo, en el *amparo en revisión 750/2015* <sup>110</sup> la Corte consideró que, una vez que la Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo acordó establecer la gratuidad de la matrícula a nivel de enseñanza superior a través de un subsidio, el restablecimiento del pago de una cuota constituye una medida regresiva injustificada y, por tanto, viola el derecho a la educación consagrado en el artículo 3 de la Constitución mexicana. Precisamente, la Suprema Corte aplicó como criterio para evaluar la justificación del Estado los desarrollados en la doctrina del Comité DESC. <sup>111</sup>

De acuerdo con los criterios vertidos, se puede concluir que el deber de no regresividad implica necesariamente un deber de abstención estatal de no dañar los avances alcanzados respecto de algún derecho fundamental, así como una carga probatoria por parte del Estado de mostrar razones importantes por las cuales haya caído en ese supuesto.

Recapitulando metodología judicial sobre DESC:

---

108 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C298 de 2016.

109 Amparo en revisión 750/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 20 de abril de 2016, párr. 231.

110 Íbidem, párrs. 110, 120 121 y 126.

111 Amparo en revisión 750/2015, *op. cit.*, párr. 171.

<p><b>1</b> <b>“Mínimo vital” de los DESC</b></p>	<p>Los Estados deben cumplir de manera inmediata y sin excepción con una serie de obligaciones básicas en relación con el derecho humano del que se trate; ello, en virtud de asegurar niveles mínimos de supervivencia y autonomía en la sociedad o de ciertos grupos sociales. En este sentido, la escasez de recursos no libera al Estado de sus obligaciones, en dado caso de que no pueda cumplirlas eficazmente tiene la carga de probar que ha realizado todo el esfuerzo a su alcance y que ha utilizado la totalidad de los recursos que están a su disposición. Para configurar el contenido de dicho criterio la idea de dignidad humana sus rasgos axiológicos vinculados con los sentimientos, las experiencias y sufrimientos, así como su carácter ambiguo permite un margen de interpretación para definir sus contenidos de acuerdo con cada caso en concreto.</p>
<p><b>2</b> <b>Deber de “progresividad”</b></p>	<p>Todas aquellas obligaciones que no forman parte de esta categoría serán de carácter <i>progresivo</i>. Este principio implica la existencia de gradualidad y no regresividad en la satisfacción de los derechos, así como el deber de los Estados de mejorar las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales; con ello, se entiende que la efectividad de los derechos sociales no va a lograrse en un solo momento y para siempre, sino que se trata de un proceso que involucra diversos objetivos a corto, mediano y largo plazo.<sup>112</sup> Se advierte que ello no significa que el Estado quede exento de sus obligaciones, sino que, lo que es mediato es la garantía del derecho fundamental, mas no la ejecución de las acciones dirigidas a proteger ese derecho social.</p>
<p><b>3</b> <b>Deber de “no regresión”</b></p>	<p>Este principio consiste en que el Estado deberá abstenerse de adoptar medidas que puedan menoscabar el nivel de disfrute que ya se ha alcanzado respecto de un derecho. Por tanto, requiere para su cumplimiento una obligación estatal esencialmente de “no hacer”, para garantizar su plena protección. Cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.</p>

#### ***4. Elementos esenciales o institucionales de los DESC***

En el ámbito convencional se han establecido cuatro elementos cuya observancia se considera obligatoria en la protección que los Estados hacen de los

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 158.

derechos humanos: *Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*. Si bien estas obligaciones son transversales a todos los derechos, su desarrollo se ha centrado principalmente en la protección de los derechos sociales. Estos elementos han sido desarrollados ampliamente en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Es importante mencionar que estos elementos despliegan distintas obligaciones a la luz de cada derecho en particular.<sup>113</sup>

## A. Disponibilidad

El ejercicio efectivo de los derechos, y en particular los derechos sociales, requieren de la existencia de un conjunto de medios que permitan alcanzar un adecuado goce de estas prerrogativas. Este conjunto de medios comprende la infraestructura, bienes, servicios, procedimientos y programas a cargo del Estado.<sup>114</sup>

En este sentido, la disponibilidad es un elemento que ordena a los Estados garantizar la existencia de los medios para el ejercicio efectivo de los derechos sociales. Ello implica que, de manera previa, el Estado ha destinado todos los esfuerzos y recursos necesarios para asegurar que dichos medios pueden ser utilizados por todas las personas que requieran proteger sus derechos.

No obstante, existe una importante acotación al respecto, pues la exigibilidad de este elemento no es arbitraria. La disponibilidad se encuentra condicionada a la capacidad que cada Estado tiene para allegarse de estos medios, pues no todos los Estados tienen el mismo nivel de desarrollo que permita a las personas exigir de igual manera el ejercicio de un derecho.<sup>115</sup>

A pesar de lo anterior, todos los Estados deben observar la existencia de un estándar mínimo o la satisfacción de niveles esenciales mínimos en dichos medios de acuerdo con cada derecho social del que se trate.<sup>116</sup>

En materia de salud, la disponibilidad ordena a los Estados contar con un número suficiente de hospitales, clínicas y centros de atención de la salud. También ordena la existencia de medicamentos, procedimientos y programas de atención, así como provisión de factores básicos como agua potable, condiciones sanitarias

---

113 Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013, pp. 79-83.

114 *Idem*.

115 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

116 Observación general N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 10.



adecuadas, medicamentos esenciales señalados por la OMS y un personal médico y profesional capacitado.<sup>117</sup>

## B. Accesibilidad

Este elemento ordena a los Estados garantizar que todas las personas puedan acceder a los medios necesarios para el goce efectivo de sus derechos. Este acceso debe realizarse sin discriminación (en condiciones de igualdad), garantizando una accesibilidad económica (asequibilidad) y física, así como acceso a la información.<sup>118</sup>

1. La dimensión de no discriminación implica que la accesibilidad debe establecerse en la legislación y que al mismo tiempo en la realidad no se hagan distinciones injustificadas, dicho de otra forma, la accesibilidad debe ser formal y material.<sup>119</sup>

En relación con ello, la accesibilidad ordena realizar una atención prioritaria de los medios en los sectores más vulnerables y marginados de la población, pues así se procura alcanzar una mayor igualdad. De manera enunciativa más no limitativa, dentro de estos sectores se encuentran las minorías étnicas y poblaciones indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades o las personas con padecimientos como VIH/SIDA.<sup>120</sup>

2. La dimensión de accesibilidad física ordena que los medios deben encontrarse en lugares que estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población y, en especial, de los grupos vulnerables o marginados.<sup>121</sup>

La accesibilidad implica que todas las personas pueden allegarse de los medios necesarios para proteger sus derechos y cuando ello no sea así, debido a que se encuentran en zonas alejadas, de acuerdo con la igualdad sustantiva, el Estado debe adoptar medidas positivas para asegurarse que las personas dispongan de comunicaciones y transporte a esos medios.<sup>122</sup>

---

117 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

118 Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *op. cit.*, pp. 79-83.

119 Observación general N° 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 24.

120 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

121 Observación general N° 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 15.

122 Observación general N° 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 16.

3. La dimensión de accesibilidad económica se refiere a que los medios deben ser asequibles y estar al alcance de todas las personas. Ello implica que los pagos por servicios relacionados con el ejercicio de estos derechos deben basarse en el principio de la equidad, es decir, prohíbe la existencia de una carga desproporcionada en los gastos sobre los grupos socialmente desfavorecidos.<sup>123</sup>
4. Finalmente, la dimensión de acceso a la información comprende el derecho de las personas a solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con sus derechos.<sup>124</sup>

Es importante precisar que esta información debe proporcionarse de una manera compatible con las necesidades y el contexto de cada persona, por ello debe tomarse en consideración elementos como la edad, los conocimientos lingüísticos, el nivel educativo, la discapacidad, o la identidad de género por mencionar algunos ejemplos.

En el caso del derecho al agua, este elemento despliega distintas obligaciones a cargo de los Estados. En primer lugar, el agua debe ser accesible a todos, sin discriminación alguna. Por otro lado, en relación con la accesibilidad física, el agua debe encontrarse geográficamente al alcance de todas las personas y debe procurarse el “acceso a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas”.<sup>125</sup>

En relación con la accesibilidad económica, tanto el agua, como los servicios y las instalaciones deben ser asequibles a todos, por lo que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua no pueden ser desproporcionados. Finalmente, los Estados tienen el deber de otorgar y difundir toda la información necesaria para el correcto funcionamiento del agua, de acuerdo con las características y el contexto de cada persona o comunidad.<sup>126</sup>

### C. Aceptabilidad

Este elemento ordena a los Estados garantizar que los medios utilizados para alcanzar la realización efectiva de los derechos deben ser adecuados para todas

---

123 Observación general N° 15, Derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 27.

124 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

125 Observación general N° 15, Derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

126 *Idem*.

las personas. Esto implica que debe existir la “flexibilidad necesaria para que los medios de implementación de un derecho sean modificados de acuerdo con las necesidades de los distintos grupos a los que van dirigidos en contextos sociales y culturales diversos”.<sup>127</sup>

La aceptabilidad implica que los medios deben atender a las características particulares de las personas, especialmente respecto de los sectores vulnerables y marginados de la población. Un mecanismo de garantía frente a este elemento es la celebración de consultas a las personas y comunidades destinatarias de los medios.<sup>128</sup>

En materia educativa, la aceptabilidad es un elemento que ordena a los Estados adecuar culturalmente los programas de estudio y los métodos pedagógicos, incluso obliga a que el cuerpo docente cuente con métodos de enseñanza que beneficien el aprendizaje de las personas. La educación debe tener flexibilidad para adaptarse a las necesidades de las personas y comunidades que poseen contextos culturales y sociales variados.<sup>129</sup>

#### D. Calidad

Finalmente, la calidad ordena que los medios empleados requieren un estándar óptimo respecto de sus elementos o propiedades, que permitan la realización efectiva de los derechos.<sup>130</sup>

En materia de salud, los medios deben ser también apropiados desde el punto de vista médico. Ello requiere de manera principal un personal médico capacitado, medicamentos en buen estado y equipo hospitalario científicamente aprobado, además, todos los medios deben estar actualizados científicamente.<sup>131</sup>

### VII. EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO ANTE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Tradicionalmente, se ha señalado que la Constitución mexicana vigente, al momento de su promulgación, fue un texto de avanzada debido al reconocimiento de

---

127 Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *op. cit.*, pp. 79-83.

128 Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 16.

129 Observación general N° 13, Derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 6.

130 Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *op. cit.*, pp. 79-83.

131 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 12.

diversos derechos sociales, tales como el derecho al trabajo y a la educación, sin embargo, es importante acotar que dicho reconocimiento no necesariamente trajo consigo su aplicabilidad o exigibilidad, pues en realidad, fueron entendidas como normas programáticas. En ese sentido, la reforma de 2011 en materia de derechos humanos constituye un parteaguas fundamental en el reconocimiento, desarrollo y protección de los derechos sociales. Dicha reforma trajo consigo no sólo un cambio respecto del contenido de los derechos sino también una transformación en los mecanismos de su aplicación.

Particularmente, el artículo 1 constitucional trajo consigo una cláusula abierta con la cual se reconoció de manera expresa el goce de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (entre los que se encuentran los derechos sociales), así como de las garantías para su protección. A su vez, se establecieron diversas obligaciones para todos los poderes públicos, tales como la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a estos derechos, en los términos que establezca la ley. Dichos cambios fueron acompañados con la inclusión de mecanismos de aplicación como el principio pro persona y la interpretación conforme.

Tal como lo señalan Sandra Serrano y Daniel Vázquez: “Para los derechos económicos, sociales y culturales —DESC—, el cambio constitucional implicó su pertenencia a ese sistema de derechos humanos en igualdad de condiciones con otros conjuntos de derechos como los civiles y los políticos.”<sup>132</sup>

## 1. *Los derechos sociales en particular*

La conformación del bloque de constitucionalidad, inicialmente a través de las disposiciones de orden convencional y constitucional, permitió que el contenido y desarrollo de los derechos sociales se ampliara. A continuación, se muestra de manera panorámica la regulación de diversos derechos sociales y del contenido que se ha desarrollado en los ámbitos constitucional y convencional, no sólo a nivel normativo, sino también jurisprudencial y sobre todo a través de instrumentos como las observaciones generales que buscan ampliar el espectro de protección de estos derechos. En cada uno de ellos, nuestra Constitución establece de manera

---

132 Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, “Los principales constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESCA”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justicia de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo I, 2021, p. 199.

expresa la obligación que tienen todas las autoridades del Estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Del mismo modo, señala como obligaciones específicas la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos.<sup>133</sup>

## A. Derecho a la salud

El derecho a la salud comprende el acceso a la atención médica y a los medios necesarios para alcanzar un bienestar biológico, físico y social. Implica el derecho a no ser sometido a tratamientos médicos sin consentimiento, el derecho a un sistema de protección de la salud en condiciones de igualdad y no discriminación, el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, el acceso a medicamentos esenciales. Dichos servicios, bienes e instalaciones deben ser disponibles, accesibles, aceptables y de buena calidad.<sup>134</sup>

Este derecho se encuentra reconocido de manera principal en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 4 de la Constitución Federal.

## B. Derecho a la educación

Este derecho encuentra su fundamento primordialmente en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 3 de la Constitución Federal.

Es el derecho a la enseñanza orientada al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos.

El goce de este derecho debe cumplir con los derechos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, con el fin de que las personas puedan ingresar a instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente y de calidad, además, todas las personas pueden acceder a la enseñanza en condiciones de

---

133 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 1.

134 Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),

igualdad. Finalmente, los programas de estudio y los métodos pedagógicos deben ser adecuados culturalmente y flexibles para poder responder a las necesidades de las sociedades y comunidades en transformación, así como de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.<sup>135</sup>

### C. Derecho a la cultura

Este derecho se encuentra reconocido primordialmente en el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 4 de la Constitución Federal.

Es el derecho que garantiza la participación y acceso de todas las personas a las prácticas, bienes y servicios culturales. La cultura debe entenderse de manera general como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, el entorno natural y el producido por las personas, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones, religiones, ritos, ceremonias y creencias, por los cuales las personas expresan su humanidad, el sentido que dan a su existencia.<sup>136</sup> El acceso a la cultura debe realizarse en condiciones de igualdad, permitiendo la participación y contribución a la misma.

### D. Derecho a la alimentación

Este derecho se fundamenta en el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 4 de la Constitución Federal.

Se define como el derecho a todos los elementos nutritivos que una persona necesita para vivir una vida sana y activa, así como a los medios para tener acceso a ellas. El alimento debe cumplir con los principios de disponibilidad, accesibilidad económica y física, además debe ser adecuada para satisfacer las necesidades de las personas teniendo en cuenta sus condiciones y contextos particulares, por lo que el acceso a la misma debe realizarse en condiciones de igualdad y no discriminación.

---

135 Observación general N° 13, Derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

136 Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

## E. Derecho a la vivienda

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 4 de la Constitución Federal.

Se define como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. No sólo comprende la existencia material de una vivienda adecuada, sino también la protección contra el desalojo forzoso, destrucción y demolición arbitraria del hogar, el derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación. Además, comprende el derecho a la seguridad de la tenencia, la restitución de la vivienda, así como el acceso en condiciones de igualdad a una vivienda adecuada, bajo los principios de disponibilidad, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación adecuada y de adecuación cultural.<sup>137</sup>

## F. Derecho al agua

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Federal. En el ámbito convencional no se encuentra reconocido de manera expresa, sin embargo, las normas internacionales de derechos humanos sí contienen obligaciones relacionadas con el acceso a agua potable.

A través de este derecho todas las personas pueden exigir a los Estados el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable.<sup>138</sup>

## G. Derecho al trabajo

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 6 del Pacto Internacional de De-

---

137 Observación general N° 12, Derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

138 Observación general N° 15, Derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

rechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 123 de la Constitución Federal.

Este derecho implica que todas las personas puedan trabajar para poder vivir con dignidad, por lo que no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo, en realidad se trata de decidir libremente, aceptar o elegir trabajo y no ser privado injustamente de él. También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo y el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo.<sup>139</sup>

Es importante acotar que de ella derivan diversos derechos cuyos elementos son interdependientes, tales como el derecho a un salario y condiciones dignas de trabajo o la libertad sindical.

## H. Derecho a un medio ambiente sano

Finalmente, el derecho a un medio ambiente sano se encuentra reconocido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 4 de la Constitución Federal.

Esta prerrogativa trae consigo el derecho de las personas a desarrollarse en un medio adecuado, saludable y propicio para la vida humana.

Para concluir, es importante destacar que el reconocimiento y desarrollo de estos derechos en el orden jurídico mexicano se debe en gran medida a los principios y mecanismos de protección que nuestra Constitución configuró en la reforma constitucional de 2011, sin duda un cambio de paradigma que permitió a los derechos sociales tomar un mayor papel de reconocimiento como prerrogativas realmente justiciables.

## 2. *El juicio de amparo como un mecanismo de protección de los derechos sociales*

Christian Courtis ha señalado que las garantías de los derechos humanos se refieren a “aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho”<sup>140</sup> por tanto, “se trata de instrumentos para que ese

---

139 Observación general N° 18, Derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

140 Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 20.



derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible”.<sup>141</sup>

Bajo esta idea, el juicio de amparo constituye una de las garantías jurisdiccionales de protección de los derechos humanos más importantes. Parte del foro jurídico considera que este mecanismo cumple los requisitos establecidos en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se ordena a los Estados prever la existencia de un recurso efectivo que ampare a las personas contra actos que violen los derechos fundamentales de las personas.<sup>142</sup> Lo anterior debido a que el juicio de amparo actúa como un medio para el control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de normas, actos u omisiones de la autoridad.<sup>143</sup>

A pesar de ello, el juicio de amparo posee diversas características que lo hacen complejo y de difícil acceso para todas las personas. Además, no obstante que los derechos civiles y políticos no tienen una naturaleza jurídica distinta a los derechos económicos, sociales y culturales, no se puede ignorar que el juicio de amparo presenta diversas dificultades para garantizar judicialmente estos derechos.

Algunas dificultades se identifican con las características propias del juicio de amparo, tales como el principio de relatividad, la exigencia de un interés legítimo o los alcances de los efectos, pero también de los criterios jurisdiccionales que se han hecho de estos elementos. Con todo, la Suprema Corte a través de sus precedentes ha buscado aminorar los efectos negativos que estas características pueden tener frente a la exigibilidad de los derechos humanos. A continuación, se hará un breve análisis de estos avances y de los debates pendientes en la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo.

### 3. *Carga de la prueba*

Los derechos sociales presentan un fenómeno particular en el funcionamiento de las cargas probatorias, pues de acuerdo con las normas que rigen el juicio de amparo, corresponde al quejoso acreditar los hechos que hace valer en su demanda, sin embargo, la Corte ha señalado una excepción a esta regla.<sup>144</sup>

---

141 *Idem.*

142 Morales Sánchez, Julieta, “Reformas en Derechos Humanos y Amparo de 2011: Una década de transformación frustrada”, en Sepúlveda, Ricardo (ed.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: A diez años de su promulgación*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 50.

143 *Ídem.*

144 González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*,

Tratándose de asuntos donde las autoridades justifican el incumplimiento de obligaciones relacionadas con derechos sociales por la falta de recursos, serán dichas autoridades quienes deben demostrar fehacientemente la inexistencia de esos recursos, también deben acreditar que han empleado todos sus esfuerzos en utilizar los recursos disponibles para alcanzar la plena realización de estos derechos y, finalmente, deben demostrar que dichos recursos fueron destinados a la protección de otro derecho humano y que la importancia relativa de satisfacerlo era mayor.<sup>145</sup>

Esto no siempre fue así, típicamente bastaba la simple afirmación por parte de las autoridades de una limitación en los recursos para que se tuviera por acreditado que había adoptado todas las medidas hasta el máximo de los recursos que disponía para lograr la plena realización de los derechos y con ello justificar el incumplimiento de sus obligaciones.<sup>146</sup>

Lo anterior implicaba que los quejosos debían acreditar que la autoridad sí tenía dichos recursos y que los destinó de manera incorrecta, lo cual generaba un “obstáculo injustificado para acceder a la justicia”,<sup>147</sup> debido a que la información necesaria para que los quejosos acreditaran esta situación, se encontraba en manos de la propia autoridad, por lo cual, existía la probabilidad de que el acceso a la misma fuera impedido por dicha autoridad.

Conviene apuntar que en principio estos tres requisitos únicamente eran exigidos en aquellos casos donde las autoridades alegaban el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con derechos sociales por la falta de recursos, sin embargo, los principios de progresividad y de no regresión ordenan que esta carga probatoria también sea aplicada en aquellos casos donde el Estado adoptó una medida regresiva y alega la falta de recursos para justificar su actuación.<sup>148</sup>

De esta manera, la inversión de la carga de la prueba constituye un instrumento que facilita la justiciabilidad de los derechos sociales al remover un obstáculo procesal, pero también permite a los jueces distinguir si ha existido una incapacidad estatal para cumplir con las obligaciones que el Estado mexicano ha contraí-

---

México, Centro de Estudios Constitucionales, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, p. 464. Disponible en: «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2019-06/00\\_completa\\_%20REVISTA\\_CEC\\_SCJN\\_NUM\\_5.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2019-06/00_completa_%20REVISTA_CEC_SCJN_NUM_5.pdf)».

145 Amparo en Revisión 750/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 20 de abril de 2016. Este criterio se reiteró en los siguientes asuntos: Amparo en Revisión 1374/2015, Amparo en Revisión 100/2016 y Amparo en Revisión 306/2016.

146 González Piña, Alejandro, *op. cit.*, pp. 486-487.

147 *Ibidem*, p. 487.

148 González Piña, Alejandro, *op. cit.*, p. 486.

do en materia de derechos humanos o si en realidad se trata de una renuencia por cumplir con sus obligaciones.<sup>149</sup>

Tal como se mencionó previamente en el apartado relativo al control judicial, si bien el Poder Judicial tiene prohibido “sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos”,<sup>150</sup> la propia Constitución le exige “que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico mexicano”.<sup>151</sup> Dicho de otra manera, la inversión de la carga de la prueba permite que el Poder Judicial realice un efectivo control de la actuación estatal, con el fin de darle una verdadera operatividad a los derechos sociales.

#### 4. *Interés legítimo*

La Constitución y la Ley de Amparo ordenan la existencia de un interés jurídico, o en su caso, de un interés legítimo para la procedencia del amparo indirecto. En caso de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso debe aducir ser titular de un interés jurídico.<sup>152</sup>

El interés jurídico es la facultad de acudir al juicio de amparo porque la parte quejosa posee un derecho reconocido en la ley. Por otro lado, el interés legítimo es la facultad de acudir al juicio de amparo debido a la especial posición que la parte quejosa guarda frente al orden jurídico. Este interés es “personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de satisfacerse, en un beneficio o efecto jurídico, actual o futuro en favor de quien aduce una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra”.<sup>153</sup>

---

149 Amparo en Revisión 226/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 11 de noviembre de 2020.

150 Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de octubre de 2014.

151 *Idem*.

152 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 107 y Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 5.

153 Tesis: 1a./J. 38/2016 (10a.), publicada el viernes 26 de agosto de 2016 a las 10:34 horas en el *Semanario Judicial de la Federación y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, página 690, registro digital: 2012364.

Si bien el interés legítimo permite una mayor accesibilidad al juicio de amparo porque ya no sólo las personas que sufren una afectación directa a su esfera jurídica pueden acudir al juicio de amparo, sino también aquellas personas que puedan alegar agravio diferenciado del resto de la sociedad, en la práctica posee diversas dificultades al momento en el que los tribunales realizan su estudio.

El principal problema que presenta el interés legítimo dentro del juicio de amparo en relación con los derechos sociales es la interpretación que los tribunales hacen de los requisitos para acreditarlo, pues una interpretación demasiado amplia puede generar que cualquier persona pueda acudir al juicio de amparo hasta el grado de poseer únicamente un interés simple, en tanto que, una interpretación estricta conlleva a limitar el interés legítimo a un mecanismo para desechar o sobreseer los asuntos de manera sistemática debido a la complejidad que amerita acreditar dicho interés.

A pesar de lo anterior, la Suprema Corte ha emitido diversos criterios en los cuales ha buscado un equilibrio entre una interpretación estricta y amplia del interés legítimo, en aras de garantizar una mayor accesibilidad al juicio de amparo.

### *5. Interés legítimo de las personas jurídicas*

Sin bien históricamente a las personas jurídicas no se les reconocía un interés legítimo para la protección de derechos sociales en el juicio de amparo, la jurisprudencia mexicana ha presentado avances que han matizado esta determinación. De esta manera, se ha reconocido un interés legítimo a personas jurídicas a partir de tres elementos: La naturaleza del derecho que se considera violado, el objeto social de la persona jurídica y la afectación alegada.

En el Amparo en Revisión 327/2017 la Primera Sala de la Corte conoció de un asunto en el cual una asociación civil reclamó de diversas autoridades legislativas y administrativas la omisión de aplicar sus facultades de fiscalización y sanción respecto del resultado de la revisión de la cuenta pública en determinados ejercicios fiscales, en los que se detectaron irregularidades en el manejo de los recursos destinados a la educación.<sup>154</sup>

En el juicio de amparo de origen, el Juez de Distrito sobreseyó el asunto al estimar que la quejosa no acreditó su interés legítimo, pues los actos reclamados no estaban dirigidos de manera directa hacia ella y no le ocasionaban un perjuicio.

---

154 Amparo en Revisión 327/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 27 de noviembre de 2019.

El asunto fue atraído por la Suprema Corte para su resolución, quien en primer término desarrolló el contenido del derecho a la educación y señaló que los derechos y las obligaciones generados por este derecho requieren de la intervención tanto del Estado como de los particulares. Aunado a ello, la Corte indicó que la efectividad del derecho a la educación dependía de que las autoridades lleven a cabo las acciones necesarias para verificar el destino de los recursos públicos que se asignan a dicho rubro, pues ello tendrá como efecto mejorar la calidad educativa.

En segundo lugar, señaló que el objeto social de la asociación efectivamente se relacionaba con el derecho a la educación, pues entre otros elementos, su tarea consistía en realizar distintas acciones para colaborar en la protección del derecho a la educación. Finalmente, determinó que al no reconocer el interés legítimo se generaba una afectación a la asociación porque no podría cumplir de manera plena e integral su objeto social. En razón de estos elementos, la Primera Sala consideró que la asociación efectivamente tenía interés legítimo respecto de las omisiones reclamadas.

El reconocimiento del interés legítimo a las personas jurídicas es un importante avance en la protección de los derechos sociales, pues permite que distintos sujetos a aquellos que poseen un interés jurídico puedan acceder al juicio de amparo.

Incluso el desarrollo de este criterio continúa en las resoluciones de la Corte, tal como sucedió en el Amparo en Revisión 839/2019. En este asunto la Segunda Sala reconoció el interés legítimo de una asociación civil de reciente creación y cuyo objeto social era la protección de los derechos humanos de manera genérica, a pesar de que se alegaba la violación al derecho a un medio ambiente sano y a la vida.<sup>155</sup>

## 6. *Interés legítimo colectivo*

La Ley de Amparo prevé la posibilidad de que grupos o comunidades puedan acudir al juicio de amparo con el fin de proteger derechos de naturaleza individual o afectaciones colectivas de derechos con el mismo carácter.<sup>156</sup> El reconocimiento de esta facultad es un importante avance en la protección de derechos sociales, porque permite que un mayor número de personas se vean beneficiadas por la

---

155 Amparo en Revisión 839/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 6 de mayo de 2020.

156 Pou Giménez, Francisca, “El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, 2021, p. 650.

resolución que dicte un órgano jurisdiccional de amparo, sin la necesidad de que cada una de ellas tramite un juicio respectivo.

A pesar de ello, el interés legítimo colectivo también presenta algunos obstáculos en la exigibilidad de los derechos sociales. En primer lugar, al igual que el interés legítimo individual, presenta el problema relativo a la interpretación restrictiva que los órganos jurisdiccionales tienen al analizar si una persona posee verdaderamente un interés legítimo o un mero interés simple, y ante esta disyuntiva se prefiere no admitir el asunto o sobreseerlo.

La Suprema Corte ha tratado de darle solución a esta problemática a través de sus precedentes. En el Amparo en Revisión 640/2019 la Segunda Sala conoció de un asunto que versaba sobre un derrame de sulfato de cobre en un río por parte de una empresa minera. La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) realizó un convenio con la empresa para remediar, reparar y compensar los daños ambientales y a las personas afectadas, sin embargo, diversos habitantes de la comunidad afectada promovieron un amparo porque consideraban que se había violado su derecho a participar de manera informada en el proceso administrativo, pues se trataba de un asunto que afectaba su derecho al medio ambiente sano y a la reparación de las violaciones a los derechos humanos.<sup>157</sup>

Al negarse el amparo solicitado, las quejas promovieron un recurso de revisión el cual fue atraído por la Corte, quien señaló que la omisión de consultar a los habitantes de los diversos actos que integraron el convenio violó su derecho a participar de manera informada en aquellos asuntos que pudieran afectar su derecho al medio ambiente sano, ya que sólo a través de esta intervención era posible un análisis completo del posible impacto ambiental y determinar si afectaba o no los derechos de las quejas y los quejosos.

En este asunto y en los distintos precedentes en los que la Suprema Corte se ha pronunciado en relación con el interés legítimo colectivo, existe un desarrollo amplio respecto del derecho que se considera violado, se señala la afectación alegada por las quejas y los quejosos, y finalmente se analiza si efectivamente todas las personas que solicitan la protección constitucional poseen una afectación en su esfera jurídica que se encuentre protegido por el derecho humano que se presume violado.

En segundo lugar, el interés legítimo colectivo presenta dificultades para los órganos jurisdiccionales al momento de fijar los efectos a través de los cuales se concede el amparo respectivo, debido a que de acuerdo con el principio de relatividad

---

157 Amparo en Revisión 640/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 15 de enero de 2020.

los efectos únicamente vinculan a las partes que son parte en un juicio, sin embargo, en diversas ocasiones la concesión del amparo tiene consecuencias que afectan de forma indirecta a terceras personas.<sup>158</sup> En el siguiente apartado se desarrollará un mayor análisis de este tema, sin embargo, desde ahora puede advertirse la complejidad de esta problemática, pues los jueces se encuentran ante una importante disyuntiva: Dejar de conceder el amparo solicitado en atención al principio de relatividad, aunque ello vulnere los derechos de los quejosos y las quejas, o conceder la protección constitucional a pesar de que los efectos puedan implicar a terceros ajenos al juicio y con ello vulnerar el principio de relatividad.

### 7. *Relatividad de las sentencias*

Una de las características más relevantes del juicio de amparo es el principio de relatividad. Este principio implica que los efectos establecidos en las sentencias únicamente son vinculantes entre las partes del juicio respectivo, es decir, no son generales y por tanto no vinculan a terceros.<sup>159</sup>

Respecto de los derechos sociales el principio de relatividad también presenta diversos problemas: En primer lugar, a pesar de que existen juicios donde se declara la inconstitucionalidad de una norma, el principio de relatividad ordena que el resto de personas que no fueron parte del juicio del cual derivó dicha inconstitucionalidad deben interponer su respectivo amparo para obtener una resolución similar.<sup>160</sup>

Este problema es relevante porque sólo aquellas personas con los recursos suficientes pueden promover un juicio para ver protegidos sus derechos, por lo que los diversos grupos vulnerables de la población no pueden verse beneficiados de una resolución donde se declara la inconstitucionalidad de una norma que les afecta, o incluso no pueden ser beneficiados del sentido de una resolución aunque constituya jurisprudencia vinculante para todos y todas las juezas del país, sino hasta el momento en que acudan al juicio de amparo.<sup>161</sup>

En segundo lugar, el principio de relatividad en muchas ocasiones constituye un obstáculo para la concesión del amparo, pues en aquellos asuntos donde es difícil individualizar los efectos de una eventual concesión del amparo la demanda

---

158 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 107, fracción II, y Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73.

159 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 671.

160 *Ibidem*, p. 671.

161 González Piña, Alejandro, *op. cit.*, p. 465.

no puede ser admitida, o en su caso el asunto tiene que sobreseerse. Este problema se presenta en mayor medida tratándose de juicios relacionados con derechos sociales, por ejemplo, en asuntos ambientales o en aquellos donde se declara la inconstitucionalidad de una norma general, pues los efectos no tienen afectaciones únicamente en la esfera jurídica de los quejosos.<sup>162</sup>

Respecto a este problema se han generado tres principales posiciones: el primero de ellos se encuentra a favor de permitir efectos generales dentro de las sentencias, sin embargo, una de las críticas más relevantes a este planteamiento es que ello implicaría un desmedido inicio de juicios donde se alegaría la inconstitucionalidad de leyes, los cuales si acabaran en cada ocasión en invalidaciones con efectos generales, su impacto en la obra legislativa sería muy grande y preocupante desde la perspectiva democrática.<sup>163</sup>

Por el contrario, una interpretación restrictiva de este principio por parte de los órganos jurisdiccionales, tal como sucede ahora de manera general, implica un obstáculo de acceso a la justicia y, en concreto, impide una protección efectiva de los derechos sociales.

Finalmente, una tercera posición señala que la solución a esta problemática no se subsume únicamente a determinar si aquellos asuntos en los cuales se pueda vulnerar el principio de relatividad deben admitirse o no, sino en buscar un punto medio a través de los puntos resolutivos de las sentencias.<sup>164</sup>

Un caso que ejemplifica esta idea puede encontrarse en aquellos asuntos donde se reclama que el legislador no ha emitido alguna reglamentación general.<sup>165</sup> En principio, el análisis del asunto está impedido para el juzgador porque la eventual concesión del amparo implica ordenar a la autoridad emitir la legislación correspondiente, lo cual generaría efectos respecto de personas ajenas al juicio. Sin embargo, esta idea propone declarar procedente la demanda, resolver el fondo del asunto, declarar la existencia de la omisión por parte del legislador y conceder el amparo únicamente para informarle de esta situación con el fin de que remedie su actividad irregular.<sup>166</sup>

En este ejemplo existe un equilibrio entre el derecho al acceso a la justicia y el respeto al principio de relatividad, pues hay un pronunciamiento de fondo y al mismo tiempo señala al legislador que existe un problema que debe solucionar,

---

162 *Ibidem*, p. 466.

163 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 672.

164 *Idem*.

165 Véanse el Amparo en Revisión 1359/2015 y el Amparo Directo 9/2018.

166 González Piña, Alejandro, *op. cit.*, p. 476.



sin que dicha resolución genere una afectación a la esfera jurídica de personas ajenas al juicio respectivo.<sup>167</sup>

En este sentido, tal como lo ha señalado Francisca Pou Giménez, en la actualidad el principio de relatividad se ha transformado y ha dado lugar a la existencia de dos tipos de efectos: Efectos generales meramente colaterales y efectos grupales o colectivos.

El primer grupo se refiere a efectos que protegen a los quejosos o las quejosas, pero que naturalmente tienen consecuencias en más personas.<sup>168</sup> Un ejemplo de este grupo podría identificarse con aquellos asuntos donde se ordena la construcción de una escuela o un hospital, pues en principio sus efectos van dirigidos a la protección de los derechos de las quejosas o los quejosos, pero de manera indirecta con dicha resolución se verán beneficiados más personas. En tanto, el segundo grupo se refiere a efectos que protegen a diversas personas debido a que provienen de amparos donde se acreditó un interés legítimo o jurídico colectivo.<sup>169</sup> Al respecto, pueden considerarse aquellos asuntos en donde se ordena la realización de una consulta a una comunidad indígena como ejemplo.

Ambos grupos constituyen avances significativos en interpretación del principio de relatividad, con el fin de eliminar obstáculos al acceso a la justicia a través de un recurso efectivo de protección a los derechos.

## 8. Efectos

La Ley de Amparo ordena que las sentencias contengan “los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer”,<sup>170</sup> así como “los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución”.<sup>171</sup>

En este mismo sentido, la Ley de Amparo también señala que en aquellos casos donde el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban

---

167 *Idem.*

168 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 686.

169 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 686.

170 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 74, fracción V.

171 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 74, fracción V.

antes de la violación.<sup>172</sup> Tratándose de aquellos casos donde el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, la sentencia debe obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.<sup>173</sup>

Finalmente, cuando el acto reclamado sea una norma general la sentencia deberá determinar si es constitucional o no, recordando que su inaplicación y las medidas adicionales que adopten los órganos jurisdiccionales son únicamente respecto del quejoso.<sup>174</sup>

En este sentido, si bien la Ley de Amparo acota el margen de efectos que los órganos jurisdiccionales deben señalar en sus sentencias, cada uno de ellos implica la realización de una amplia gama de conductas a cargo de las autoridades responsables. Con el fin de ejemplificar de una manera clara este conjunto de conductas, se mostrará la clasificación realizada por Francisca Pou Giménez respecto de los tres principales rubros en los que se pueden dividir los efectos concedidos en los juicios de amparo.

El primer rubro se refiere a las órdenes simples, las cuales implican la realización de una o varias conductas elementales a cargo de autoridades concretas.<sup>175</sup>

Ordenar la entrega inmediata de medicamentos<sup>176</sup> o la inscripción de un menor de edad con discapacidad a una escuela serían ejemplos claros de este tipo de órdenes.<sup>177</sup> Conviene apuntar que este rubro también comprende la posibilidad de omitir distintas conductas por parte de las autoridades, por ejemplo, en aquellos asuntos donde se ordena detener la construcción de algún proyecto ante la violación de derechos ambientales o de consulta para los pueblos y comunidades indígenas.

El segundo rubro se refiere a órdenes complejas, las cuales se caracterizan porque requieren de la coordinación de distintas autoridades y actores para que los efectos de la concesión del amparo sean cumplidos exhaustivamente.<sup>178</sup>

---

172 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 74, fracción I.

173 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 74, fracción II.

174 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 78.

175 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 678.

176 Amparo en Revisión 385/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 7 de diciembre de 2016.

177 Amparo Directo 31/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 14 de noviembre de 2018.

178 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 681.

La recuperación de un ecosistema afectado ambientalmente o la implementación de programas o políticas públicas para lograr la inclusión de un grupo de trabajadores y trabajadoras en la protección de la seguridad social constituyen algunos ejemplos importantes de este tipo de órdenes.

En relación con este tema, existe un debate relativo a si los órganos jurisdiccionales pueden establecer de manera exhaustiva las condiciones en las cuales las autoridades responsables deben cumplir con las órdenes establecidas en los resolutive de la sentencia, o si pueden dejar un ámbito de decisión a dichas autoridades para que sean ellas quienes decidan de acuerdo con las condiciones materiales existentes, la manera en la que puede cumplirse con estas órdenes.

Un asunto que ilustra de manera clara este debate es el Amparo en Revisión 378/2014, también denominado “Caso Pabellón 13”. En este asunto, diversos pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias reclamaron la omisión por parte de diversas autoridades, de realizar la construcción de un área de tratamiento exclusiva para pacientes con VIH/SIDA.<sup>179</sup>

La Corte otorgó el amparo solicitado debido a que dicha omisión impactaba en el derecho a la salud de las y los pacientes, por ello, determinó que las autoridades responsables podían dar cumplimiento a dicha sentencia remodelando el área donde hasta ese momento se trataba a dichos pacientes, construyendo una nueva área destinada exclusivamente para el tratamiento de estos pacientes o trasladando a los pacientes a un hospital que sí tuviera las condiciones necesarias para darles una atención adecuada.

Esta decisión ha sido aplaudida porque obliga a las autoridades a proteger el derecho a la salud de las y los pacientes, al mismo tiempo que otorga un margen de decisión a las autoridades responsables para que ellas determinen cual es el mecanismo idóneo para dar cumplimiento a la sentencia, atendiendo a factores importantes como los recursos materiales o económicos, y con ello garantizar que la concesión del amparo se traduzca en una efectividad material y no como una simple declaración.<sup>180</sup>

Sin embargo, para otro grupo de personas esta determinación es incorrecta porque al no establecer criterios más precisos, se abre la posibilidad para que las autoridades realicen conductas que no necesariamente protegen de una manera

---

179 Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 15 de octubre de 2014.

180 Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 180.

efectiva al derecho que ha sido vulnerado.<sup>181</sup> En el fondo, este debate implica una reflexión sobre el diálogo que debe existir entre los diversos poderes públicos en aras de garantizar la reparación efectiva de los derechos humanos.

Finalmente, la clasificación prevé la existencia de un conjunto de órdenes de legislar. Tradicionalmente los asuntos en los cuales se reclamaba la omisión de emitir la legislación correspondiente o se declaraba la inconstitucionalidad de una norma, eran sobreesídos debido a que la eventual concesión del amparo traía como efecto la orden de legislar, lo cual violaba el principio de relatividad pues beneficiaba a la parte quejosa y al resto de la población.<sup>182</sup>

Como se mencionó en apartados anteriores, se ha generado una modulación en efectos del principio de relatividad, con lo cual se ha abierto la posibilidad a que el Poder Judicial pueda emitir órdenes para legislar, precisamente el caso sobre trabajadoras del hogar, constituye un asunto en materia de seguridad social, donde se ordenó proponer al Congreso de la Unión la adecuación de las disposiciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social.<sup>183</sup>

## 9. Medidas de reparación

La Ley de Amparo ordena que al conceder el amparo respectivo los órganos jurisdiccionales deben restituir a la parte quejosa en el goce del derecho violado.<sup>184</sup> Al respecto existe una crítica importante sobre el concepto “restitución”, pues es un concepto indeterminado que no toma en cuenta los criterios de la Corte Interamericana y de derecho comparado sobre las medidas de reparación que deben adoptarse al declarar la violación de derechos de una persona, específicamente aquellas relacionadas con la rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición y reparaciones transformadoras.<sup>185</sup>

Esta perspectiva señala que el modelo de reparación restaurativa y de reparación integral es pertinente en ciertos casos donde se han vulnerado derechos hu-

---

181 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 686.

182 *Ibidem*, p. 676.

183 Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre de 2018.

184 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 107 y Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 77.

185 Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, p. 674.

manos, sin embargo, en otros asuntos es insuficiente y es necesario un desarrollo más amplio de estos modelos, tal es el caso de las reparaciones transformadoras.

En los dos primeros modelos de reparación, el objetivo de las medidas es devolver a las víctimas a la situación que guardaban antes de la violación a sus derechos tal como lo señala la Ley de Amparo, sin embargo, en el caso del modelo transformador, se busca que las relaciones de subordinación o exclusión social que constituyen el origen de las violaciones a derechos humanos, sean superadas, de esta manera se busca eliminar las condiciones estructurales que permiten dicha situación y evitar que se repita la vulneración de derechos.<sup>186</sup>

Incluso en este sentido, en el Amparo en Revisión 706/2015 la Corte destacó que ninguna disposición de la Ley de Amparo permite a las juezas decretar estas medidas, sin embargo, tampoco se lo impide, y las bases generales de la Constitución pueden hacerlo aconsejable en algunos casos.<sup>187</sup>

Tal como se mencionó anteriormente, un importante precedente de la Corte donde se intentó avanzar en este tema es el Amparo en Revisión 9/2018, también llamado “Caso de las Trabajadoras del Hogar”, en este asunto la Suprema Corte analizó diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social y de la Ley Federal del Trabajo que permitían a los patrones omitir la inscripción de las trabajadoras y los trabajadores domésticos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.<sup>188</sup>

La Corte señaló que las normas analizadas eran inconstitucionales, debido a que no obstante se encontraban redactadas en términos neutrales, con un enfoque de género era posible visualizar que la exclusión de la labor doméstica del régimen obligatorio del Seguro Social perjudicaba desproporcionadamente a las mujeres trabajadoras, pues la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres.

Además, la Corte no encontró algún motivo que justificara dicha exclusión, por el contrario, esta situación implicaba una violación al principio de accesibilidad del derecho humano a la seguridad social, con ello se incrementaba la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres trabajadoras.

---

186 Uprimny Rodrigo y Saffon María Paula, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Díaz, Carolina *et. al* (ed.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Colombia, Centro Internacional para la Justicia Transicional y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009, p. 35.

187 Amparo en Revisión 706/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 1 de junio de 2016.

188 Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre de 2018.

Por lo anterior, la Suprema Corte concedió el amparo solicitado, sin embargo, señaló como efectos la notificación al Instituto Mexicano del Seguro Social del problema de discriminación detectado respecto de la exclusión de las trabajadoras domésticas del régimen obligatoria del Seguro Social y le planteó la necesidad de crear una política pública para revertir esta situación, consistente en un programa piloto que tuviera como fin el diseño y ejecución de un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar.<sup>189</sup>

Este precedente muestra un avance progresivo hacia un modelo de reparación transformadora, pues tal como lo señaló la Corte, con él se buscó emitir directrices que orienten a las autoridades competentes atender un problema estructural desde el punto de vista institucional.

## VIII. CONCLUSIONES

Los derechos económicos, sociales y culturales han recorrido un largo camino en la búsqueda por su plena protección normativa. Para ello, los principios de interdependencia e indivisibilidad fijaron un punto de quiebre en favor del reconocimiento justiciable de todos los derechos fundamentales, conciliando doctrinas, criterios e ideas que ahora van dirigidas a la salvaguarda de un valor fundamental como es la dignidad humana y con ella, el reconocimiento de mínimos esenciales para la subsistencia humana.

Con estas concepciones, se ha redefinido el papel del Estado frente a los derechos de carácter social. No existen rasgos vinculados a la naturaleza normativa de los derechos que limiten el tipo de medidas a implementar en aras de proteger de manera eficaz tales derechos. Todas las autoridades disponen de un complejo de medidas: positivas, negativas, inmediatas, progresivas, onerosas o gratuitas para cumplir con sus obligaciones constitucionales. Los Estados que se tomen en serio la justiciabilidad de los DESC deberán implementar todas aquellas estrategias que tengan a la mano en aras de hacer frente a los retos que acarrea las diversas y complejas realidades en que las personas subsisten, esencialmente en los contextos de desigualdad económica y social.

Por tanto, cuando el Estado sea omiso en su deber de garantizar aquellos derechos, los jueces deben intervenir sobre las políticas y medidas adoptadas para corregir el estado de cosas inconstitucionales, de acuerdo con un enfoque de derechos fundamentales. Precisamente, los criterios, estrategias y metodologías revisadas en este capítulo sirven para abordar el contenido normativo en sede judicial,

---

189 *Idem.*

con base en las posibilidades jurídicas y fácticas de cada caso concreto. La lógica en la que intentó explorar esas dimensiones de cada uno de los criterios permite conjugar las dificultades técnicas, materiales, políticas y axiológicas que por mucho tiempo fueron sostenidas en contra de los DESC. Es esta la hermenéutica y la perspectiva judicial, que bajo los principios de razonabilidad y dignidad humana, responde al papel de los jueces en un Estado constitucional y democrático.

Finalmente, para dar una continuidad axiológica, normativa y judicial relativa a los derechos sociales, también constituye una faceta relevante los aspectos procesales e institucionales relativos a la justicia constitucional. Tomando como ejemplo la experiencia mexicana, podemos concluir que es importante que aquellas figuras e instituciones que son la puerta de entrada y al mismo tiempo la ruta que las personas tienen que seguir para la obtención de justicia, deben redefinirse en aras de incorporar las complejidades y las dimensiones propias de la efectivización de los DESC.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

De acuerdo con los elementos revisados a lo largo del capítulo es posible plantear ciertas preguntas que pueden orientar la discusión y sus eventuales reflexiones sobre temas claves en materia de adjudicación de DESC: ¿cuáles son las principales ventajas y desventajas de aplicar el concepto de dignidad humana para la tutela de los derechos sociales? ¿Cuál es el papel de la evidencia científica para determinar aspectos determinantes en la salud de las personas y por tanto, del contenido normativo? ¿De qué manera podría ayudar el uso de la estadística para la protección de los derechos sociales? ¿Qué tipo de criterios se pueden implementar para efectivizar el derecho a una vivienda adecuada? ¿Qué adiciones o modificaciones se requieren en materia de amparo para garantizar una mayor accesibilidad a los derechos sociales? ¿Bajo qué circunstancias las personas jurídicas pueden alegar violaciones a los derechos sociales?

### Fuentes

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo, “Derechos Sociales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*, vol. II, UNAM, México, 2015.
- Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Revista Discusiones*, Editorial Universidad Nacional del Sur, Argentina, año 4, núm. 4, 2003.
- Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, S.N.E., Sistema, Madrid, 1991.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009.
- Bovero, Michelangelo, *Liberalismo, socialismo y democracia. Definiciones mínimas y relaciones posibles*, S.N.E., Cambio XXI Fundación Mexicana, México, 1993.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Contreras Peláez, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, 1a. ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103.
- Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 146.
- Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 20.
- Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de DESCAs”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, Tomo I.
- Endicott, T. “The Value of Vagueness”, en Andrei Marmor y Scott Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed. Trotta, 2010.
- Flores Salgado, Lucerito, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, 1a. ed., Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 2014.
- Fons, Coomans, “Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the ‘Reasonableness’ Test as Developed by the South African Constitutional Court”, en *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 65, 2005.
- González Piña, Alejandro, “Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Centro de Estudios Constitucionales, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, p. 464. Disponible en: «[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-06/00\\_completa\\_%20REVISTA\\_CEC\\_SCJN\\_NUM\\_5.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-06/00_completa_%20REVISTA_CEC_SCJN_NUM_5.pdf)».
- Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de Derecho Humanos*, 4a. ed., Porrúa, México, 2003.
- Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, “Contenido esencial de los derechos fundamentales y juez constitucional”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 41, 2016.
- Martínez de Pisón, José, “La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración”, en *Doxa, Cuadernos de Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, núm. 15-16, 1994.
- Morales Sánchez, Julieta, “Reformas en Derechos Humanos y Amparo de 2011: Una década de transformación frustrada”, en Sepúlveda, Ricardo (ed.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: A diez años de su promulgación*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Morales Simón, José Ignacio, “El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Centro de Estudios Constitucionales, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.



- Murray Wesson, “The Emergence and Enforcement of Socio-Economic Rights”, en Liora Lazarus, Christopher McCrudden y Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart, Oxford, 2014.
- Nikken, Pedro, *La protección internacional de los Derechos Humanos*, 1a. ed., Editorial Civitas, España, 1987.
- Nino, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 1a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE, 1999.
- Pérez Dayán, Alberto, “Comentario sobre el amparo en revisión 378/2014 ‘Caso Pabellón 13’”, en *Revista Jurídica Ibero*, núm. 2, 2017.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Historia de los derechos fundamentales. Las generaciones de derechos humanos*, S.N.E, Dykinson, Madrid, Tomo IV. Vol. I. Libro I, 2013.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, 1a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Pou Giménez, Francisca, “El amparo al servicio de los derechos sociales: orientación para la acción”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo I, 2021.
- Rabossi, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, en *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, núm. 69-71, 1997-1998.
- Santiago, Alfonso, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas, perspectiva argentina y comparada”, en *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, año IX, núm. 22, 2017.
- Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion*, Universidad de la Sabana, Colombia, año 22, núm. 17, diciembre-sin mes 2008.
- Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flasco, 2013.
- Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, “Los principales constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESCAs”, en Courtis, Christian (coord.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo I, 2021.
- Tasioulas, *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now*, Nordic Trust Fund and The World Bank, 2017.
- Uprimny Rodrigo y Saffon María Paula, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Díaz, Carolina et. al (ed.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Colombia, Centro Internacional para la Justicia Transicional y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009.
- Vázquez, Luis Daniel, *Los derechos económicos y sociales en latinoamérica: ¿la ideología importa?*, México, CNDH, 2016.
- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Vasak, Karel, “La larga lucha por los derechos humanos”, en *El Correo de la UNESCO*, París, Francia, vol. XXX, noviembre de 1977.



## Capítulo 17

# El derecho a un medio ambiente sano

Alejandra Rabasa Salinas\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONEXIDAD ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES (ENFOQUE DE LA ECOLOGIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS). III. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO UN DERECHO AUTÓNOMO. 1. Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano. 2. Principios rectores para la interpretación del derecho a un medio ambiente sano. IV. Derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. 1. Perspectivas para el acceso a la justicia en asuntos ambientales: litigio climático y derechos fundamentales. V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Las condiciones del medio ambiente determinan en gran medida las posibilidades de vida de las personas. Un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado, limpio o sin riesgos es una precondition para que puedan realizarse derechos fundamentales como los de acceder a los más altos niveles posibles de salud; al agua segura y suficiente; a una alimentación adecuada; a la propiedad; a la libre determinación; al libre desarrollo de la personalidad y, en general, a una vida digna; tanto en el presente, como para las generaciones futuras. El estado del medio ambiente condiciona de forma tal la vida de las personas, que el derecho a vivir en un medio ambiente sano se ha reconocido en múltiples sistemas de justicia regionales e internos como un derecho autónomo y, muy recientemente, como un derecho universal por la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>1</sup>

Por una parte, los servicios ambientales de los ecosistemas son indispensables para el bienestar humano. Éstos incluyen la provisión de agua, alimentos, medicinas, fibras y maderas; la purificación del aire y del agua; la regulación del clima; el control de la erosión de los suelos; la contención de plagas, virus y otros agentes

---

\* Maestra en Ciencias de la Sostenibilidad por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Presidenta del Centro Interdisciplinario de Biodiversidad y Ambiente (CeIBA A.C.)

1 Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible”. A/76/L.75 (26 de julio de 2022).

patógenos causantes de enfermedades zoonóticas y de otro tipo; entre muchos otros. Con otras palabras:

la prosperidad humana se basa en el uso racional del espacio finito y los recursos disponibles para toda la vida en la Tierra, así como en el restablecimiento de sus procesos sustentadores de la vida y la capacidad de absorber los residuos humanos. Todas las personas se benefician de aire y agua limpios, una capa de ozono estratosférica protectora, un clima acogedor y de los muchos otros beneficios que aportan la tierra y los océanos, como la provisión de alimentos, medicinas, energía, materiales, inspiración y un sentimiento de pertenencia.<sup>2</sup>

En sentido contrario, los riesgos y daños ambientales causados por la destrucción de la naturaleza y los servicios ambientales de los ecosistemas; la contaminación del aire, los suelos y el agua con sustancias tóxicas y desechos; y el cambio climático causado por la emisión de gases de efecto invernadero en actividades humanas, como la deforestación o el uso de combustibles fósiles para producir energía, imponen restricciones serias para el goce de múltiples derechos fundamentales.

A pesar de su importancia crítica para el bienestar humano, la naturaleza está declinando a un ritmo acelerado en todos los lugares del mundo. Más del 70% de la superficie terrestre y oceánica ha sido transformada profundamente por las actividades humanas. El ritmo de extinción de especies de plantas y animales es cientos de veces superior a la media en los últimos diez millones de años y alrededor de un millón de especies están en peligro de extinción. También están desapareciendo variedades y razas locales de plantas y animales domesticados, lo cual causa graves riesgos a la seguridad alimentaria por la pérdida de diversidad biológica y genética que lleva a la reducción de cultivos, de diversidad de cultivos y razas domesticadas y una menor resiliencia de los agroecosistemas a factores como el cambio climático.<sup>3</sup>

---

2 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Hacer las paces con la naturaleza: Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación*, Nairobi, 2021, p. 10. Disponible en: «<https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>». (Consultado el 5 de agosto de 2022).

3 IPBES, *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. S. Díaz, J. Settele, E. S. Brondízio E.S., H. T. Ngo, M. Guèze, J. Agard, A. Arneth, P. Balvanera, K. A. Brauman, S. H. M. Butchart, K. M. A. Chan, L. A. Garibaldi, K. Ichii, J. Liu, S. M. Subramanian, G. F. Midgley, P. Miloslavich, Z. Molnár, D. Obura, A. Pfaff, S. Polasky, A. Purvis, J. Razzaque, B. Reyers, R. Roy Chowdhury, Y. J. Shin, I. J. Visseren-Hamakers, K. J. Willis, and C. N. Zayas (eds.). IPBES secretariat, Bonn, Germany. 56 pages. Disponible en: «<https://ipbes.net/global-assessment>». (Consultado el 15 de septiembre de 2022).

Además, la contaminación del aire, los suelos y el agua por la liberación y el depósito de contaminantes, sustancias tóxicas y otros desechos generados en actividades humanas como las industriales, el uso de agroquímicos, la quema de combustibles fósiles para producir energía, las descargas de aguas residuales sin tratar a los ecosistemas, o la disposición final inadecuada de residuos peligrosos y de otro tipo, como los urbanos, exacerba la pérdida de la diversidad biológica porque los ecosistemas no pueden ya procesar los niveles de contaminantes y deterioran aún más sus servicios ambientales.

En su informe sobre el derecho a un medio ambiente no tóxico, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y medio ambiente sano ha afirmado que hay indicios convincentes de que la carga de la contaminación recae de forma desproporcionada sobre las personas que ya soportan el peso de la pobreza, la discriminación y la marginación sistémica. Incluso, en este informe se refiere que algunas comunidades son objeto de injusticias ambientales tan grandes, que viven en “zonas de sacrificio”, definidas por ser lugares “cuyos residentes sufren consecuencias devastadoras para su salud física y mental y violaciones de sus derechos humanos, de resultados de vivir en focos de polución y zonas altamente contaminadas”.<sup>4</sup> Según el mismo informe, la crisis climática está creando una nueva categoría de zonas de sacrificio.

El cambio climático causado por la emisión de gases de efecto invernadero en actividades humanas como la quema de combustibles fósiles, los sistemas de transporte, la deforestación o el manejo inadecuado de residuos, ha causado ya un aumento de la temperatura global del planeta de 1°C. La disrupción antropogénica del sistema climático provoca eventos extremos cada vez más frecuentes y duraderos, incluyendo el aumento del nivel del mar, huracanes, tormentas, inundaciones, sequías, incendios forestales, olas de calor, desertificación, cambios en los patrones de las lluvias, escasez de agua, la contaminación del aire, la dispersión de enfermedades de origen animal, la alteración o degradación de servicios ambientales como la polinización o el control de plagas y la provisión de agua limpia, entre muchas otras.<sup>5</sup> Miles de personas han muerto o sido afectadas o

---

4 Informe del Relator Especial (antes el Experto Independiente) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible: el medio ambiente no tóxico*. A/HRC/49/53. (12 de enero de 2022), p. 6.

5 IPCC, 2018: *Summary for Policymakers*. In: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty* [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M.I.

desplazadas por eventos climáticos y las pérdidas económicas se cuantifican en trillones de dólares.<sup>6</sup>

Si la trayectoria actual de emisiones de gases de efecto invernadero continúa y no se logran las metas a las que se ha comprometido la comunidad internacional en el Acuerdo de París para detener el calentamiento global muy por debajo de los 2° C, lo cual parece muy lejos de ocurrir,<sup>7</sup> podría haber consecuencias devastadoras en detrimento de los avances sobre derechos fundamentales, el combate a la pobreza y el desarrollo de los últimos cincuenta años,<sup>8</sup> sobre todo para las personas que viven en situación de pobreza o serán obligadas a realizar migraciones forzadas por el cambio climático, porque no tienen opciones para adaptarse a los cambios, ni protegerse o recuperarse de los daños, lo cual aumenta gravemente la desigualdad.<sup>9</sup>

En los sistemas de justicia internacional, regionales e internos de la mayoría de los países del mundo, la relación inseparable entre medio ambiente y derechos fundamentales se ha abordado de dos formas principales: (i) a partir de la vinculación entre el estado del medio ambiente y otros derechos fundamentales como el de acceder a los más altos niveles posibles de salud, al agua segura y suficiente, a una alimentación nutritiva o adecuada, a una vida digna, e incluso a la vida; y (ii) reconociendo el derecho autónomo a vivir en un medio ambiente sano, seguro, limpio, sostenible o ecológicamente equilibrado.

---

Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, and T. Waterfield (eds.]. In Press. Disponible en: «<https://www.ipcc.ch/sr15/>». (Consultado el 15 de septiembre de 2022).

6 United Nations Environment Programme (2021). *Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered*. Nairobi. Disponible en: «<https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2021/>». (Consultado el 15 de septiembre de 2022).

7 El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha estimado en su último informe referido en la nota anterior, sobre la brecha para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero necesaria para cumplir con las metas del Acuerdo de París que hay un 50 % de posibilidades de que el calentamiento global excederá los 1.5°C en los siguientes veinte años. Si no se realizan reducciones inmediatas y a una escala larga de reducciones de GEI, limitar el calentamiento global, incluso en 2° C para finales de este siglo, será ya imposible.

8 Comisión IDH. *Emergencia Climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos*. Resolución No. 3/2021, (31 de diciembre de 2021).

9 Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Cambio climático*. A/HRC/31/52. (1° de febrero de 2016). Véanse también el Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. *El cambio climático y la pobreza*. A/HRC/74/39. (17 de julio de 2019) y el Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes. *Derechos humanos de los migrantes*. A/67/299. (13 de agosto de 2012)..

## II. CONEXIDAD ENTRE EL MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES (ENFOQUE DE LA ECOLOGIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS)

El enfoque de la conexidad de los derechos fundamentales y el medio ambiente, o la “ecologización” de los derechos humanos<sup>10</sup>, parte de la premisa de que varios derechos fundamentales requieren como una precondition necesaria para su ejercicio una calidad ambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación del medio ambiente y la naturaleza.

Desde esta perspectiva, la legislación sobre la protección del medio ambiente (por ejemplo, las normas sobre calidad del aire o del agua, o que establecen instrumentos como la evaluación de impacto ambiental) se utiliza como un parámetro para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de tutela y garantía de derechos fundamentales diferentes al derecho autónomo a un medio ambiente sano —por ejemplo, los derechos a la salud, al acceso al agua, al libre desarrollo de la personalidad, a la propiedad privada o a una calidad de vida digna— para determinar cómo deben protegerse de las interferencias causadas por la degradación del medio ambiente, causada por factores como la contaminación, el cambio climático o el deterioro de la naturaleza. Al mismo tiempo, derechos civiles y políticos como el acceso a la información, a la participación y a la tutela judicial efectiva se consideran herramientas esenciales para la protección del medio ambiente y los derechos sustantivos que dependen de su calidad y la conservación de la naturaleza.<sup>11</sup>

El enfoque de la conexidad de los derechos humanos y el medio ambiente ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a partir de la cual, aun cuando en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no se reconoce un derecho autónomo a un medio ambiente de cierta calidad o a la naturaleza, se ha interpretado que los daños ambientales o la omisión de garantizar derechos procesales como el acceso efectivo a la información y la participación pública en asuntos ambientales se traducen en violaciones a derechos fundamentales protegidos por la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH), incluyendo la vida, y la vida personal y familiar.

---

10 Informe del Relator Especial (antes el Experto Independiente) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. A/HRC/37/59. (24 de enero de 2018).

11 Véase Shelton, Dinah, “Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 35, núm.1, enero de 2006, pp. 129-171.

Por ejemplo, en la interpretación del TEDH las obligaciones estatales para proteger el derecho a la vida protegido por el artículo 2 de la CEDH incluyen la adopción de medidas adecuadas para proteger a las personas de actividades peligrosas realizadas por cualquier agente público o privado que puedan representar un peligro a su vida.<sup>12</sup>

Los estándares bajo los cuales se evalúa el cumplimiento de las obligaciones para la protección del derecho a la vida bajo la CEDH en la interpretación de la Corte se refieren sobre todo a la peligrosidad de las actividades que puedan causar los riesgos o daños ambientales, la posibilidad de conocer y prevenir los riesgos y la debida diligencia que debe observarse para evitarlos, por ejemplo mediante la regulación y realización de evaluaciones previas de impacto ambiental basadas en la mejor información científica disponible; la garantía de acceso a la información oportuna y certera sobre las actividades riesgosas; la supervisión del cumplimiento de la legislación ambiental y la existencia de mecanismos de acceso a la justicia para reclamar la reparación de daños y medidas de no repetición.

En cuanto al derecho a la vida privada y familiar protegido por el artículo 8 del CEDH, el mismo Tribunal ha interpretado que, si bien no protege directamente al medio ambiente o la naturaleza, incluye el espacio donde viven las personas y, por lo tanto, la protección frente a los riesgos o daños causados al entorno familiar o al hogar de las personas por actividades peligrosas como la contaminación del aire o el agua por sustancias tóxicas.<sup>13</sup>

---

12 Por ejemplo, en el caso *Budayeva and Others v. Russia*, el Tribunal declaró que el Estado ruso violó el derecho a la vida protegido por el artículo 2 de la CEDH de una persona que murió durante un derrumbe de lodo en una montaña, porque no se aplicaron debidamente las normas sobre planeación del uso del suelo y atención de emergencias ambientales, cuando los riesgos eran visibles y conocidos. También se encontró que hubo violaciones procesales a la Convención porque no se llevó a cabo una investigación jurisdiccional sobre el desastre natural ocurrido.

13 En el caso *López Ostra v Spain* el TEDH resolvió por primera vez que la contaminación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar de las personas e impedir que disfruten sus hogares a un grado que exista una violación a sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar, aun cuando no se ponga en riesgo serio su salud. El Tribunal encontró que, al no controlar la contaminación causada por una planta de tratamiento de residuos que operaba a unos metros de la zona donde vivía la familia López Ostra de forma efectiva, ni a proporcionar una compensación adecuada por las afectaciones causadas a su entorno familiar y hogar, las autoridades no lograron un balance justo entre el interés público comunitario asociado al desarrollo económico (en este caso, contar con industrias y una planta de tratamiento de residuos) y la prevención de las injerencias indebidas causadas por la contaminación industrial a los derechos fundamentales a la vida privada y familiar protegidos por el artículo 8 de la CEDH. Más adelante, al resolver el caso *Fadayeva v Russia*, el TEDH elaboró con más detalle el criterio *López Ostra*, en el cual estableció que basta con probar que existe un riesgo serio para que la contaminación del medio ambiente se convierta en una injerencia indebida en el derecho fundamental de las personas a la vida privada y familiar.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha referido a la conexidad entre los riesgos y daños ambientales, sosteniendo que una de las consecuencias de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que los principios, los derechos y las obligaciones del derecho ambiental, como parte del *corpus iuris* internacional, contribuyen de forma decisiva para precisar el alcance de las obligaciones que derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En la Opinión Consultiva OC 23/2017<sup>14</sup> la Corte IDH analizó obligaciones para el respeto y la garantía de los derechos a la vida y la integridad personal<sup>15</sup> en relación con las afectaciones producidas por daños al medio ambiente y definió puntualmente las siguientes:

- *Obligación de respetar los derechos y las libertades que protege la CADH.* Implica una restricción al poder estatal. En el contexto de la protección del medio ambiente implica abstenerse de realizar cualquier acción que deniegue o restrinja el acceso en condiciones de igualdad a los requisitos que definen una vida digna, como el agua segura y suficiente y una alimentación adecuada. También abstenerse de contaminar ilícitamente el medio ambiente, que afecta las posibilidades de una vida digna, por ejemplo, al depositar desechos de empresas estatales, lo que causa daños a la calidad o el acceso al agua. En el contexto del cambio climático, esta obligación podría incluir las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera en contravención a los compromisos internacionales del Estado mexicano bajo el Acuerdo de París, entre otros supuestos.
- *Obligación de garantía para los derechos a la vida y la integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente.* Estas obligaciones incluyen también a los agentes privados, que deben abstenerse de afectar el medio ambiente y la naturaleza y con ello impactar los derechos a la vida y la integridad de otras personas, y también requieren que las autoridades estatales prevengan esas interferencias a través de medidas jurídicas, políticas, administrativas, culturales o cualquiera necesaria. Asimismo, las autoridades estatales deben garantizar que las violaciones a los derechos protegidos sean sancionadas y que se provea una indemnización a las víctimas.

---

14 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y la integridad personal (interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 23/2017 de 15 de noviembre de 2017.

15 Artículos 4 y 5 de la CADH.

- La Corte IDH precisó que las obligaciones positivas para garantizar los derechos protegidos por la CADH por los Estados Parte se actualizan cuando: (i) las autoridades sabían o debían saber que existía un riesgo real e inmediato para la vida de una persona o grupo de personas determinado, y no tomaron las medidas que razonablemente podrían haberse esperado para evitar ese riesgo; y (ii) que existe una relación de causalidad entre la afectación a la vida o la integridad personal y el daño significativo causado al medio ambiente.
- *Obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente y su conexidad con los derechos a la vida y la integridad personal.* Para la Corte IDH la debida diligencia que deben observar las autoridades de los Estados Parte de la CADH es la base de todas las obligaciones relacionadas con la protección del medio ambiente y los derechos que dependen en gran medida de su calidad, como la vida, integridad personal, salud y el propio derecho a un medio ambiente sano.

Más adelante en la misma Opinión Consultiva, la Corte IDH determinó que, para respetar y garantizar los derechos a la vida a la integridad personal en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados Parte de la CADH deben cumplir una serie de obligaciones que se refieren a los daños ambientales dentro y fuera de su territorio, y aplicar debidamente los tratados internacionales en materia ambiental;<sup>16</sup> la obligación de prevención en materia ambiental; el principio precautorio y las obligaciones procedimentales en materia de protección del medio ambiente, que incluyen los derechos de acceso efectivo a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales.

### III. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO COMO UN DERECHO AUTÓNOMO

En algunos tratados regionales sobre derechos humanos como el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

---

16 Se citan, entre otros, los tratados internacionales sobre daños al medio ambiente, como los que se refieren al manejo de sustancias tóxicas, el cambio climático o los derrames petroleros y de otro tipo de contaminantes. También los instrumentos enfocados en la protección de la naturaleza, incluyendo a las especies de plantas y animales en riesgos; ecosistemas específicos como los humedales, o los que se refieren a regiones particulares como podría ser el Acuerdo de Escazú que aplica en la región de América Latina y el Caribe, aunque no estaba en vigor cuando se emitió la OC 23/2017.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>17</sup> y el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Acuerdo de Escazú),<sup>18</sup> así como en las constituciones de casi dos terceras partes de los países del mundo se reconoce la existencia de un derecho autónomo a vivir en un medio ambiente de cierta calidad y desde ahí se detonan los mecanismos de protección, garantía y reparación de los daños al medio ambiente que se equiparan a violaciones de ese derecho fundamental.

Aunque el derecho a un medio ambiente sano no ha sido hasta ahora reconocido como un derecho autónomo en ningún tratado internacional multilateral, el 26 de julio de 2022 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas declaró que el acceso a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano universal, relacionado con otros derechos fundamentales y que requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente, con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional.

En México, el artículo 4º constitucional reconoce en su párrafo quinto el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, que corresponde garantizar a las autoridades del Estado. El mismo artículo establece que el daño y deterioro ambiental generarán responsabilidad para quien los provoque. Esta disposición, además de ser el fundamento del sistema jurídico para la responsabilidad ambiental en nuestro país, establece la corresponsabilidad entre el Estado y los agentes privados para la protección del medio ambiente.

La protección del derecho humano a un medio ambiente no puede entenderse separada del mandato al Estado para conducir un proceso de desarrollo sustentable, contenido en el primer párrafo del artículo 25 constitucional. El concepto de desarrollo sustentable se refiere a la integración de las variables económicas, sociales y ambientales del desarrollo, de forma que puedan satisfacerse las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para hacerlo. De aquí surge también el principio de equidad inter-

---

17 *Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano.* 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

18 El artículo 1 del Acuerdo de Escazú establece que su objetivo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

generacional que informa siempre la interpretación del contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano, conforme al cual, el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.<sup>19</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que el núcleo esencial que protege el derecho humano a un medio ambiente sano es la naturaleza, por su valor intrínseco.<sup>20</sup> En este sentido, el derecho humano a un medio ambiente sano se enmarca también en las disposiciones contenidas en el artículo 27 constitucional en su párrafo tercero, que establecen el derecho de la Nación para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación con el fin de cuidar de su conservación, así como preservar y restaurar el equilibrio ecológico. Como se verá más adelante, la Suprema Corte ha derivado de estas normas que la propiedad tiene una función ecológica, relacionada a su vez con el sistema de responsabilidad ambiental que complementa la protección del derecho humano a un medio ambiente sano a la luz del artículo 4º constitucional.<sup>21</sup>

La protección del derecho humano a un medio ambiente sano se materializa también en diversos instrumentos convencionales relacionados con temas como el cambio climático, el comercio de especies silvestres amenazadas, la conservación de la diversidad biológica y los humedales de importancia internacional, el manejo transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación, o el comercio internacional de sustancias químicas peligrosas.<sup>22</sup>

El sistema jurídico mexicano incluye un amplio catálogo de leyes generales, federales, estatales y normas municipales sobre los mismos temas, que se aplican a través de un complejo sistema de competencias y concurrencia regulado por el

---

19 Principio 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río).

20 Véanse las sentencias de los amparos en revisión 307/2016, 953/2019 y 54/2021.

21 Sentencia de la Controversia Constitucional 212/2018.

22 Para avanzar en la implementación de las reformas constitucionales sobre el juicio de amparo y los derechos humanos publicados el 6 y 10 de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo del conocimiento público un listado enunciativo de los tratados internacionales en los cuales se reconocen derechos humanos y en los cuales es parte el Estado mexicano, clasificados por la materia en la que inciden. En el tema de medio ambiente se incluyen, entre otros, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención relativa a Humedales de Importancia Internacional Especialmente como hábitat de Aves acuáticas (Convención de Ramsar), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los desechos Peligrosos y su Eliminación y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica. La lista completa puede consultarse en el sitio: «<https://www.scjn.gob.mx/tratados-internacionales/caracter-especial/medio-ambiente>». (Consultado el 12 de septiembre de 2022).

artículo 73, fracción XXIX-G constitucional, no solamente entre los tres órdenes de gobierno, sino también de manera transversal por los diferentes sectores del desarrollo nacional. Entre ellas se encuentran la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Cambio Climático, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, la Ley de Aguas Nacionales y el Código Penal Federal en su capítulo de Delitos contra el Ambiente y la Gestión Ambiental, entre otras.

Asimismo, la tutela efectiva del derecho humano a un medio ambiente sano depende en gran medida de que la formulación y la aplicación de la legislación que no se considera estrictamente legislación ambiental —como la relativa a otros sectores del desarrollo, incluyendo a la minería, el ordenamiento territorial y el desarrollo urbano, la pesca y la acuicultura, las comunicaciones y el transporte, o la que regula las actividades del sector energético— se interprete también en el marco de los principios del desarrollo sustentable en atención al artículo 25 constitucional. El desarrollo sustentable postula precisamente que la variable ambiental no puede considerarse una parte aislada de las decisiones del desarrollo, sino que es precisamente en la definición de las políticas públicas de los sectores que pueden incidir de manera más determinante en el estado de conservación del medio ambiente y la naturaleza, donde cobra mayor fuerza el principio de transversalidad, conforme al cual, “los principios medioambientales fungen como principios jurídicos de alcance general aplicables a cualquier materia que incida en la protección del medio ambiente”.<sup>23</sup>

### ***1. Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano***

La Suprema Corte de Justicia ha interpretado que el derecho a un medio ambiente sano tiene varias dimensiones que deben protegerse de forma simultánea e integral, con diferentes implicaciones sustantivas y procesales en los sistemas de justicia.

#### *Dimensiones individual, colectiva e intergeneracional*

El derecho a un medio ambiente sano es un derecho individual que corresponde a cada persona, tanto en su dimensión autónoma, como por su conexidad con otros derechos fundamentales, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales como el acceso a los niveles más altos posibles de salud, al agua segura

---

23 Sentencia de la Controversia Constitucional 212/2018, p. 89.

y suficiente para usos personales y domésticos, la vivienda digna y decorosa o la alimentación adecuada, y derechos civiles y políticos como los de acceso a la información, la participación pública y la tutela judicial efectiva.<sup>24</sup>

Tiene además una dimensión colectiva e intergeneracional, porque constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras.<sup>25</sup> La equidad intergeneracional, implícita en el concepto del desarrollo sustentable, se basa en el reconocimiento, primero, de que la vida humana depende de la naturaleza y por lo tanto es inseparable de las condiciones del medio ambiente; y, en segundo lugar, de la capacidad sin precedentes de los seres humanos para alterar los sistemas de funcionamiento de la Tierra o transgredir los límites planetarios.<sup>26</sup> Así, el concepto de equidad intergeneracional plantea que las personas de cada generación tienen la responsabilidad de conservar el patrimonio natural para las siguientes generaciones, evitando causar daños irreversibles al medio ambiente y los ecosistemas.<sup>27</sup>

#### *Dimensión ecologista u objetiva del derecho humano a un medio ambiente sano*

La Corte IDH ha explicado que el derecho humano a un medio ambiente sano tiene una dimensión subjetiva o antropocéntrica definida por su conexidad con otros derechos fundamentales, pero que, además

a diferencia de otros derechos, protege a los componentes del medio ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses protegidos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente, no solo por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.<sup>28</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el mismo enfoque del derecho a un medio ambiente sano a la luz del Protocolo de San Salvador y el artículo 4° constitucional, en el cual se afirma que

---

24 Véanse los amparos en revisión 307/2016 y 953/2019. Véase también la Opinión Consultiva OC 23/2017 de la Corte IDH.

25 *Idem*.

26 Cfr. Steffen *et al*; 2015. *Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet*. Science, vol. 347 no. 6223

27 Cfr. Weiss, Edith Brown. *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*. American University International Law Review 8, no. 1 (1992): 19-26

28 Corte IDH, OC 23/2017, párr. 62.

el bien jurídico protegido es el medio natural y, por lo tanto, la tutela constitucional se centra en evitar el daño ecológico como consecuencia mediata o inmediata de la intervención del hombre en la administración de los recursos naturales, ocasionando una afectación a los intereses difusos y colectivos cuya reparación pertenece, como última ratio, a la sociedad en general.<sup>29</sup>

Al poner a la naturaleza en el centro de la tutela del derecho humano a un medio ambiente sano, los criterios referidos de la Corte IDH y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han abordado una de las principales críticas que se han formulado a la utilización de un enfoque de derechos humanos para enfrentar los problemas ambientales: que reafirma la misma visión antropocéntrica desde la cual el medio ambiente importa sólo de manera utilitaria para el bienestar humano y no por el valor intrínseco de la naturaleza, perpetuando los valores y las actitudes que han llevado a su destrucción. Desde esta crítica se argumenta que, si el bienestar y la salud de las personas son el parámetro para definir los objetivos de protección ambiental y conservación de la naturaleza, el medio ambiente únicamente se protegerá como una consecuencia de y hasta el extremo necesario para la vida, la salud o las asignaciones de valores relevantes desde una perspectiva humana, sin importar la conservación de las demás especies y la naturaleza misma, por su valor intrínseco (Bosselmann, 2001; Carducci *et al.*, 2020; Därpo, 2021).<sup>30</sup>

En respuesta a estas críticas, la doctrina de los derechos de la naturaleza o la jurisprudencia de la Tierra<sup>31</sup> que se ha desarrollado en diversos sistemas jurídicos en el derecho comparado se presenta como un mecanismo para introducir una ética ecocéntrica que imponga responsabilidades y derechos a la humanidad, de forma que se tomen en cuenta los valores e intereses intrínsecos de la comunidad natural.<sup>32</sup>

29 Véase la sentencia del amparo en revisión 307/2016, párr. 86.

30 Véanse Bosselmann, Klaus, “*Human Rights and the Environment: Redefining Fundamental Principles?*”, en Gleeson, Brendan y Low, Nicholas (eds.), *Governing for the Environment: Global Problems, Ethics and Democracy*. Basingstoke, Hampshire, 2001; Carducci, Michele *et al.*, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*. European Economic and Social Committee (EESC), Bruselas, 2020. Disponible en: «<https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eucharter-fundamental-rights-nature>». (Consultado el 11 de agosto de 2022); Darpö, Ian, *Can Nature get it Right? A Study on the Rights of Nature*. Parlamento de la Unión Europea. Bruselas, 2021. Disponible en: «[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)689328)». (Consultado el 11 de agosto de 2022).

31 Véase el Informe del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, *Armonía con la naturaleza*. A/74/236 del 26 de julio de 2019.

32 Entre algunas de las principales críticas que se han hecho a esta doctrina, se ha dicho que los derechos de la naturaleza se formulan desde la misma visión antropocéntrica que se intenta combatir, porque finalmente dependería de los sistemas de justicia humanos decidir cuáles elementos naturales tienen derechos, cuáles son y cómo podrían protegerse. Así, muchos autores

Los elementos sustantivos principales alrededor de los cuales se ha ido construyendo la doctrina de los derechos de la naturaleza se refieren sobre todo a la identificación de los entes de derechos que deben ser protegidos<sup>33</sup> y la definición de sus derechos<sup>34</sup>. En cuanto a los aspectos procesales, uno de los temas más relevantes es la identificación de las personas, grupos u organizaciones a quienes se les conferirá legitimación procesal activa (por ejemplo, a través de acciones colectivas o populares) para accionar judicialmente en defensa de sus intereses.<sup>35</sup> La asignación del *locus standi* para representar los derechos de la naturaleza toma varias formas en el derecho comparado que incluyen desde el reconocimiento de una legitimación amplia para que cualquier persona pueda hacerlo, hasta el nombramiento de representantes o guardianes específicos.

En este contexto, los criterios de la Corte IDH y la Suprema Corte de Justicia que han definido como núcleo esencial del derecho humano a un medio ambiente sano a la naturaleza, por su valor intrínseco, se acercan en mi opinión a la jurisprudencia de la Tierra porque, aún sin reconocer a la diversidad biológica como

---

piensan que esta construcción jurídica no tiene suficiente sustento, pues no puede explicar cómo es que la sola declaración de personalidad jurídica para los elementos naturales puede detonar los cambios necesarios en los sistemas de justicia para enfrentar los grandes problemas ambientales y climáticos. Otra pregunta interesante que se ha formulado a esta doctrina, y que no tiene una respuesta clara tampoco, es si los derechos sólo deberían garantizarse a los seres sintientes, o a todos los organismos vivos, como los virus y las bacterias, los mosquitos o las especies ferales; o si deberían protegerse a todos los ecosistemas —incluyendo a los que han sido transformados por actividades humanas, como los agroecosistemas— o únicamente a los ecosistemas originales o algunos que se consideren más valiosos que otros, como los hábitat de especies en riesgo, o los bosques y selvas tropicales. Véase Carducci *et al.*, *op. cit.* pp. 46.

- 33 Por ejemplo, la Constitución Política de la Ciudad de México establece en su artículo 18, para garantizar el derecho a la preservación y protección de la naturaleza, que se expedirá una ley secundaria en la cual se reconozcan y protejan los derechos de la naturaleza, conformada por todos sus ecosistemas y especies, como un ente colectivo de derechos. En otros casos, como la Constitución de Ecuador, se hace referencia únicamente a la naturaleza. En varios países se ha declarado legislativa o judicialmente que ciertos ecosistemas o especies tienen derechos y pueden ser representados legalmente. Entre muchos casos, la Corte Constitucional en Colombia reconoció como sujeto de derechos al Río Atrato en Colombia. En Australia, legislativamente se han reconocido derechos como entidades vivientes indivisibles que tienen derechos a ecosistemas como el Great Ocean Road y el río Yarra, y lo mismo ocurrió en Nueva Zelanda con el río Whanganui. En España, la municipalidad de Los Alcázares, en Murcia, adoptó la iniciativa legislativa popular para reconocer al Mar Menor y toda su cuenca como sujeto de derechos.
- 34 En el derecho comparado es emblemático el Capítulo Séptimo de la Constitución de Ecuador denominado “Derechos de la naturaleza”, en el cual se enumeran como derechos de la naturaleza el respeto a su existencia, el mantenimiento y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y el derecho a la restauración.
- 35 Véase Stone, Christopher. *Should the Trees Have Standing? Law Morality and the Environment*. New York, Oxford University Press, 2001.



sujeto de derechos, se abre una puerta para superar la interpretación puramente antropocentrista tradicional que requería, como condición necesaria para acceder a la justicia en defensa de la naturaleza, probar un daño directo a las personas, por ejemplo en su salud o patrimonio.<sup>36</sup>

Una vez que se han definido las diferentes dimensiones en las cuales se desarrolla el derecho a un medio ambiente sano, ¿a quién corresponde su protección, respeto y garantía?

Corresponsabilidad de los agentes públicos y privados en la protección del derecho a un medio ambiente sano

Otra manera en la que pueden definirse con mayor precisión las condiciones requeridas para garantizar los niveles de salud, la seguridad o sostenibilidad del medio ambiente como un derecho humano, tanto para las personas, como para los componentes de la naturaleza, es a través de la identificación de las obligaciones para los agentes estatales y privados para su garantía y respeto.

Los principios marco para los derechos humanos y el medio ambiente presentados en el 2018 por el Relator Especial de la ONU sobre el derecho a un medio ambiente sano al Consejo de Derechos Humanos, identifican obligaciones procesales y sustantivas de los Estados.<sup>37</sup> En el primer caso se incluyen el respeto a la protección de los derechos a la libertad de expresión y de reunión y de asociación pacíficas en relación con cuestiones ambientales; el acceso público a la información sobre el medio ambiente; la exigencia de la evaluación previa del posible impacto ambiental y en los derechos humanos de los proyectos y políticas propuestos; la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente; y el acceso a vías de recurso efectivas contra las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente.

En cuanto a los aspectos sustantivos, el mismo informe refiere las obligaciones generales de los Estados de respetar, proteger de injerencias perjudiciales de terceros y garantizar los derechos humanos se aplican al derecho humano a un

---

36 De manera parecida a lo que ha ocurrido con los desarrollos comparados sobre los derechos de la naturaleza, como se verá más adelante, el criterio sobre el medio natural como núcleo esencial del derecho a un medio ambiente sano se ha acompañado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de una interpretación amplia de la legitimación procesal para accionar (por ejemplo, a través del juicio de amparo), si quien acude a la justicia utiliza de alguna forma los servicios ambientales de un ecosistema que esté en riesgo, cuya área de influencia puede ser local, regional o incluso global. Este criterio puede estudiarse en los amparos en revisión 307/2016, 953/2019 y 54/2021.

37 *Supra* nota 10.

medio ambiente sano. Lo mismo ocurre con los principios de no discriminación y progresividad, que en el contexto del derecho ambiental se ha formulado más bien como un principio de no regresión. Así, las obligaciones generales de los Estados para proteger el derecho a un medio ambiente sano incluyen abstenerse de causar y no permitir que se causen daños al medio ambiente por la contaminación y el uso no sustentable de los recursos naturales, así como repararlos o hacer que se reparen cuando se han causado; adoptar medidas efectivas para conservar y restaurar la biodiversidad; mitigar el cambio climático; no interferir con la adaptación de los sistemas naturales y lograr la de los sistemas humanos.

Además, los Estados deben observar un deber de debida diligencia, que implica a su vez la obligación de actuar bajo los principios fundamentales del derecho ambiental, como la prevención y precaución. Estos principios se aplican a través de los instrumentos marco de la política ambiental, como la evaluación de impacto ambiental previa de las obras y actividades que puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente.

El artículo 4º constitucional establece que corresponde al Estado garantizar el respeto al derecho a un medio ambiente sano. Como veremos, en muchos casos la Corte ha declarado que existen violaciones al derecho a un medio ambiente sano porque las autoridades responsables han permitido la realización de obras y actividades que contravienen la legislación ambiental, por ejemplo, ante la ausencia de una evaluación de impacto ambiental que es requerida,<sup>38</sup> o cuando existiendo, no cumple con los principios de prevención y precaución, por no utilizar la mejor información científica disponible,<sup>39</sup> entre otros supuestos. También se ha declarado la violación al derecho humano a un medio ambiente sano cuando se han incumplido las obligaciones de acceso a la información y la participación pública al autorizar algún proyecto, modificar normas ambientales, o tomar decisiones que impactan la reparación de daños ambientales, como la restauración de ecosistemas afectados por un derrame minero y la indemnización a las víctimas.<sup>40</sup>

La jurisprudencia constitucional ha abordado también el tema de las omisiones que se traducen en una violación al derecho humano a un medio ambiente sano en el marco del principio de progresividad y ha concluido que las autoridades de los tres órdenes de gobierno que tienen facultades constitucionales, convencionales y legales relacionadas con la protección del medio ambiente, así como la preservación y restauración del equilibrio ecológico, deben adoptar todas las medidas posibles a su alcance y hasta el máximo de los recursos disponibles para evitar

---

38 Véanse las sentencias de los amparos en revisión 397/2017 y 953/2019.

39 Amparo en Revisión 54/2021.

40 Véanse los amparos e revisión 610/2019, 365/2018 y 640/2019.

y controlar los procesos de contaminación y degradación de los ecosistemas. En la sentencia del Amparo en Revisión 641/2017 la Segunda Sala resolvió que las obligaciones para garantizar los derechos a un medio ambiente sano y al agua, así como a un medio ambiente sano, es de resultado y no sólo de intención. Al constatar con diferentes pruebas periciales y una inspección ocular la existencia de un altísimo grado de contaminación del agua y la destrucción de los ecosistemas asociados a los canales de Mixquic, la Corte concluyó que “el grado de contaminación que presentan los canales del Barrio San Andrés es determinante para saber si las autoridades responsables han cumplido con sus obligaciones de protección del derecho humano a un medio ambiente sano”.<sup>41</sup>

En suma, junto con la interpretación del derecho a un medio ambiente sano como un mandato constitucional a todas las autoridades, la jurisprudencia de la Corte ha establecido claramente que existe una corresponsabilidad de los agentes privados para conservar efectivamente los ecosistemas y la calidad ambiental y restaurar los daños causados. En palabras de la Primera Sala, el análisis integral de la Constitución y los instrumentos convencionales de los cuales es parte el Estado mexicano permite concluir que

(i) existe un reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano; (ii) el Estado está vinculado a establecer medidas que protejan y permitan el desarrollo del derecho; y (iii) los ciudadanos están vinculados en la protección del medio ambiente. En este sentido, podemos establecer que este derecho se configura como un derecho-deber, es decir, existe un reconocimiento del derecho al medio ambiente pero estrictamente vinculado con su deber de protección tanto del Estado como de los particulares.<sup>42</sup>

## ***2. Principios rectores para la interpretación del derecho a un medio ambiente sano***

Los principios del derecho ambiental están contenidos en declaraciones y tratados internacionales, la legislación doméstica, así como en resoluciones de organismos y tribunales internacionales o internos. Aunque existe aún algún debate sobre su carácter vinculante y su naturaleza jurídica, son generalmente aceptados como derecho consuetudinario internacional o, incluso, principios generales del derecho internacional, fundamentales para informar las decisiones sobre actividades que puedan causar daños significativos al medio ambiente.<sup>43</sup>

---

41 Pág. 58 de la sentencia.

42 Amparo en Revisión 641/2017; pág. 23.

43 Véanse Beyerlin, Ulrich, “Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles and Rules”, en Bodansky, Daniel et al., (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 425; y Sands,

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano que surgió como resultado de la conferencia del mismo nombre realizada en Estocolmo en 1972, junto con la proclamación del derecho fundamental a un medio ambiente de calidad que permita tener una vida digna a todas las personas, avanzó por primera vez un catálogo de principios que han informado hasta la fecha la legislación ambiental internacional e interna para la protección del medio ambiente y que pueden dividirse en tres rubros generales: (i) la conservación, el uso sostenible y la restauración de la naturaleza con un enfoque intergeneracional;<sup>44</sup> (ii) la prevención y el control de la contaminación y la descarga de sustancias tóxicas y otras materias en cantidades o concentraciones que el medio ambiente no puede neutralizar; evitar que se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas;<sup>45</sup> y (iii) la planificación integrada y racional y el uso de la ciencia y la tecnología en los procesos de desarrollo para asegurar que puedan conciliarse las decisiones económicas, demográficas o sociales, con la protección del medio ambiente.<sup>46</sup>

Veinte años más tarde, la emblemática Declaración de Río, adoptada junto con las convenciones marco de las Naciones Unidas sobre la diversidad biológica y el cambio climático al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro, Brasil, institucionalizó otros principios que se han convertido en la piedra angular del derecho ambiental, como los de precaución y el contaminador-pagador, y dio sustento al desarrollo de los derechos procesales fundamentales para la materialización del derecho humano a un medio ambiente sano: los derechos de acceso a la información, a la participación pública y la justicia en asuntos ambientales.<sup>47</sup>

En esta sección se abordan los principios del derecho ambiental que han sido más desarrollados en la interpretación constitucional del derecho humano a un medio ambiente sano en México. Como se verá enseguida, en los escenarios del derecho internacional y comparado han surgido además principios emergentes para la interpretación del derecho ambiental y los derechos fundamentales que dependen del medio ambiente, como los principios —*in dubio pro natura*; *in dubio pro aqua* y *propter rem*— formulados por jueces de diferentes países y organizaciones de expertos en campos relacionados con la protección del medio ambiente como la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y que, sin estar comprendidos en

---

Philippe, y Peel, Jaqueline, *Principles of International Environmental Law*, 4a ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2018, p. 199.

44 Principios 2, 3, 4, y 5.

45 Principios 6 y 7.

46 Principios 2, 3, 4, 5, 13, 14, 16, 17 y 18.

47 Principio 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

instrumentos legislativos o incluso de políticas públicas, se han incorporado a los sistemas jurídicos de protección ambiental a través de las sentencias de diversos tribunales, incluyendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

### *Principio de prevención*

La prevención de los daños es la política principal para la protección del medio ambiente.<sup>48</sup> A diferencia del principio de precaución, que opera en un contexto de incertidumbre científica sobre los riesgos para el medio ambiente, el principio de prevención se fundamenta en el conocimiento de que determinada situación es riesgosa<sup>49</sup> y se refiere al conjunto de disposiciones y medidas anticipadas que deben instrumentarse para evitar el deterioro ambiental o los daños a la naturaleza.<sup>50</sup> En el otro extremo están los sistemas de responsabilidad ambiental, que se enfocan en la reparación de los daños cuando han ocurrido porque los mecanismos preventivos no existen, no han sido implementados o han fallado.

El principio de prevención tiene dos alcances diferentes en el derecho ambiental, una internacional y otra de derecho interno, aunque ambas enmarcan las obligaciones de los Estados para proteger los derechos fundamentales de las personas que pueden ser afectados por los daños ambientales, dentro y fuera de su jurisdicción.<sup>51</sup>

En su dimensión internacional, como lo establecen las Declaraciones de Estocolmo y Río,<sup>52</sup> así como múltiples tratados internacionales, incluyendo el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono,<sup>53</sup> la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica,<sup>54</sup> el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos

48 Sentencia del Amparo en Revisión 54/2001, párr. 215.

49 Sentencia del Amparo en Revisión 237/2020, párr. 188.

50 Artículo 3º, fracción XXVI de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

51 Corte IDH, OC-23/2017, párr. 133.

52 Principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la Declaración de Río.

53 El artículo 2 del Convenio establece, para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono, que las Partes, entre otras obligaciones generales, adoptarán las medidas legislativas o administrativas adecuadas y cooperarán en la coordinación de las políticas apropiadas para prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono.

54 Artículo 3. Principio

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo

y su Eliminación,<sup>55</sup> y el Acuerdo de Escazú,<sup>56</sup> el principio preventivo se refiere a la responsabilidad de los Estados para velar porque las actividades que se realizan dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o zonas fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

La Corte Internacional de Justicia ha interpretado que el principio de prevención es parte del *corpus* del derecho internacional relacionado con la protección del medio ambiente<sup>57</sup> y, como una regla consuetudinaria, tiene su origen en la debida diligencia que se requiere ejercer a cada Estado dentro de su territorio, que se traduce en “una obligación que conlleva, no solo la adopción de reglas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su aplicación y el ejercicio de un control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, como el monitoreo de las actividades que realizan”.<sup>58</sup>

En el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha adoptado una interpretación similar, afirmando que el principio de prevención, entendido como una obligación de debida diligencia para cumplir con la CADH, implica que deben utilizarse todos los medios apropiados para evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo la jurisdicción de los Estados Parte causen daños significativos al medio ambiente. El estándar de debida diligencia requerido debe ser además apropiado y proporcional al grado de riesgo ambiental. Por ejemplo, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente.<sup>59</sup>

En su dimensión de derecho interno, el principio preventivo informa además los procesos de toma de decisiones y la aplicación de la legislación sobre actividades que puedan causar daños al medio ambiente dentro de la jurisdicción de un Estado, aun cuando no tengan un impacto transfronterizo. Se materializa princi-

---

dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

- 55 El artículo 4.2 establece, entre las obligaciones generales de las partes, tomar las medidas apropiadas para velar por que las personas que participen en el manejo de los desechos peligrosos y otros desechos adopten las medidas necesarias para impedir que ese manejo dé lugar a una contaminación y, en caso de que se produzca ésta, para reducir al mínimo sus consecuencias sobre la salud humana y el medio ambiente.
- 56 El Acuerdo de Escazú establece en su artículo 3 €, entre los principios que guiarán su implementación, el principio preventivo.
- 57 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), pp. 241-242.
- 58 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Provisional Measures)*, Order of 13 July, 2006. ICJ Reports 113.
- 59 Corte IDH, OC 23/2017; párr. 129.

palmente a través de la evaluación de impacto ambiental prevista en la legislación nacional aplicable a cualquier actividad que pueda producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente, como lo establece el Principio 17 de la Declaración de Río.<sup>60</sup>

En México, el principio de prevención está regulado, además de por los tratados internacionales de los cuales es parte el Estado mexicano,<sup>61</sup> por varias leyes nacionales,<sup>62</sup> incluyendo la LGEEPA, que lo ha incorporado dentro del catálogo de principios de política ambiental que debe observar el Ejecutivo Federal, estableciendo que quienes realicen obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente deben prevenir los daños que puedan causarse y que la prevención de las causas que los generan es el medio más eficaz para evitar los desequilibrios ecológicos.<sup>63</sup>

Al resolver el Amparo en Revisión 54/2021 la Suprema Corte de Justicia desarrolló por primera vez una interpretación extensa del principio preventivo y estableció que siempre debe informar la interpretación del contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano. La Primera Sala resolvió en este caso que las autoridades responsables vulneraron el principio de prevención, y con ello el derecho a un medio ambiente sano de las personas que interpusieron el juicio de amparo,<sup>64</sup> porque la evaluación en materia de impacto ambiental del proyecto

---

60 Principio 17. Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.

61 Véase por ejemplo el Preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica; artículo 3.3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; y el artículo 3. e del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales, incluye la prevención dentro del catálogo de principios que guían su implementación. Para un recuento completo de los instrumentos y precedentes jurisdiccionales internacionales sobre el principio de prevención véase Sands y Peel, *op. cit.*, p. 211.

62 Pueden consultarse, entre otras disposiciones, los artículos 26, fracción IV de la Ley General de Cambio Climático; 5, fracción II de la Ley General de Vida Silvestre; 2, fracción III de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

63 Artículo 15, fracciones IV y VI de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

64 La demanda de amparo fue interpuesta por dos mujeres que acreditaron su residencia en las ciudades de Medellín y Veracruz, las cuales se encuentran comprendidas dentro del área de influencia del Sistema Arrecifal Veracruzano. La Primera Sala consideró que tenían interés legítimo para acudir al juicio de amparo, en defensa de su derecho a un medio ambiente sano porque el Sistema Arrecifal Veracruzano brinda a los habitantes de dicha zona múltiples servicios ambientales y las obras autorizadas para la ampliación del Puerto, además de tener impacto en dicho ecosistema, se realizarían en su área de influencia.

de ampliación del Puerto de Veracruz, dentro del área influencia del área natural protegida Sistema Arrecifal Veracruzano, se realizó de forma incorrecta.

Siguiendo también los parámetros definidos en la OC 23/2017 de la Corte IDH, la Primera Sala de la SCJN afirmó que la evaluación de impacto ambiental<sup>65</sup> es uno de los instrumentos principales a través de los cuales se materializa el principio de prevención y que, para proteger efectivamente el derecho humano a un medio ambiente sano, debe cumplir al menos los siguientes criterios:

*Analizar de manera integral el proyecto de que se trate.* Uno de los problemas principales que se han advertido en las evaluaciones en materia de impacto ambiental en México es que en muchas ocasiones los proyectos se presentan de manera fragmentada, como si fueran varios tramos independientes, lo cual no permite evaluar integralmente su impacto ambiental. Existe una corresponsabilidad entre las autoridades ambientales y los promoventes de las obras o actividades que puedan generar daños ambientales significativos o desequilibrios ecológicos, para garantizar y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano, que implica el deber de adoptar todas las medidas posibles para evitar el daño de forma previa a realizar cualquier actividad que puede modificar el entorno negativamente. Con palabras de la SCJN, para cumplir esta condición la evaluación de impacto ambiental debe llevarse a cabo por las autoridades ambientales y debe consistir en

un análisis integral y holístico del proyecto, plan o programa sometido a su autorización, de acuerdo con su naturaleza, objetivos, características, distribución espacial de obras y/o actividades principales, de servicios y asociadas. Ello, en atención a que la manifestación de impacto ambiental debe contener un análisis integral de la información del proyecto sujeto a autorización; esto es, se debe describir y valorar el proyecto, plan o programa en su conjunto, de acuerdo con su naturaleza, objetivos, características, distribución espacial de obras y/o actividades principales, de servicios y asociadas; en otras palabras, al emitir la resolución respectiva, la autoridad ambiental se debe pronunciar sobre el proyecto en su integridad.<sup>66</sup>

*Evaluar los impactos del proyecto considerando todo el sistema ambiental regional donde se llevará a cabo.* La LGEEPA establece que la evaluación de impacto ambiental debe tomar en cuenta los posibles efectos de los proyectos en los ecosistemas donde se realizarán, tomando en cuenta el conjunto de elementos que los conforman, y no únicamente los recursos naturales que podrían ser directamente afectados.<sup>67</sup> La sentencia del Amparo en Revisión 54/2021 avanzó un criterio de gran importancia para dotar de contenido material puntual a esta disposición en la LGEEPA, vinculándola con la obligación de utilizar la informa-

---

65 Artículo 28 de la LGEEPA.

66 Párrs. 317 a 324 de la sentencia del Amparo en Revisión 54/2021.

67 Artículo 35 de la LGEEPA.



ción más completa posible para evaluar los proyectos sujetos al procedimiento de impacto ambiental, lo cual requiere considerar además sus efectos dentro del sistema ambiental regional donde se llevarán a cabo.<sup>68</sup>

*Considerar los impactos ambientales acumulativos, sinérgicos y residuales del proyecto y obras autorizadas, en su conjunto.* El principio de prevención que se aplica a través de la evaluación de impacto ambiental requiere considerar todos los impactos del proyecto integral —es decir, los impactos ambientales relevantes, significativos, acumulativos, sinérgicos y residuales<sup>69</sup>— en cada una de sus fases, relacionándolos con cada uno de los componentes del sistema ambiental regional.

En la sentencia se asoció asimismo el estándar de la mejor evidencia científica disponible con el principio de prevención porque la Suprema Corte consideró que únicamente si se utiliza información relevante, fidedigna, oportuna y suficiente podrá determinarse la viabilidad de las actividades y obras propuestas para decidir si debe negarse la autorización o, de permitirse, cuáles serían las medidas adicionales de prevención y mitigación que tengan por objeto evitar, atenuar o compensar los impactos ambientales adversos que podrían causarse.

### *Principio Precautorio*

Los riesgos y daños ambientales siempre presentan un grado de incertidumbre. El daño ambiental se distingue de otros como el civil o patrimonial en varios aspectos. Por ejemplo, los daños al medio ambiente pueden no ser visibles o percibidos por las personas hasta mucho tiempo después de haber ocurrido, o manifestarse en lugares muy lejanos de donde se han originado. Además, “las particularidades de la causalidad del daño al ambiente son difíciles de integrar dentro del esquema habitual de la causalidad jurídica, pues los elementos que producen la afectación ambiental son difusos y lentos, se suman y acumulan entre sí”.<sup>70</sup>

---

68 En el caso concreto la Suprema Corte encontró que, si se hubiera llevado a cabo un análisis integral sobre los impactos de la ampliación del Puerto de Veracruz en el sistema ambiental regional, se hubieran evaluado sus impactos en todos los arrecifes que existen en el área natural protegida y su zona de influencia. Por el contrario, en las autorizaciones de impacto ambiental emitidas por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales se omitió mencionar algunos de los arrecifes que existen en el sitio, con lo cual “la autoridad responsable no consideró la información más completa en cuanto a las posibilidades de todos los impactos asociados a la construcción de la ampliación del Puerto de Veracruz”, párr. 319 de la sentencia.

69 Artículo 3º, fracciones VII, VIII, IX y X del artículo 3º del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental.

70 Cafferata, Néstor A., *Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental*, en Sexto Encuentro Internacional de Derecho Ambiental Memorias, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, pp. 52.

En este contexto, el principio precautorio busca informar los procesos de decisiones que se toman en escenarios de incertidumbre científica sobre posibles riesgos o daños, para lograr el mayor grado de protección ambiental posible, o minimizar las posibilidades de error que puedan afectar el medio ambiente.

Aunque no existe una definición única, ni consenso sobre sus alcances y naturaleza jurídica,<sup>71</sup> el principio precautorio se ha incorporado a múltiples instrumentos internacionales e internos para la protección del medio ambiente, como los que se describen enseguida:

### Ejemplos de la regulación del principio precautorio en diferentes instrumentos jurídicos internacionales e internos

<b>Declaración de Río</b>	<i>Principio 15</i> Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.
<b>Acuerdo de Escazú</b>	<i>Artículo 3</i> Principios Cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del presente Acuerdo: f) principio precautorio;
<b>CMNUCC</b>	<i>Artículo 3.3</i> Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible.

71 Véanse Sandin, Per, “Dimensions of the Precautionary Principle. Human and Ecological Risk Assessment”, *An International Journal*, núm. 5, pp. 889-907; Wiener, Jonathan B., “Precaution”, en Bodansky et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of Environmental Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; Zander, Joakim, *The Application of the Precautionary Principle in Practice. Comparative Dimensions*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010;

<b>CDB</b>	<p><i>Preámbulo</i></p> <p>Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.</p>
<b>Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad en la Biotecnología</b>	<p><i>Artículo 10. Procedimiento de adopción de decisiones</i></p> <p>6. El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate como se indica en el párrafo 3 <i>supra</i>.</p>
<b>Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados</b>	<p><i>Artículo 9.</i> — Para la formulación y conducción de la política de bioseguridad y la expedición de la reglamentación y de las normas oficiales mexicanas que deriven de esta Ley, se observarán los siguientes principios:</p> <p>IV. Con el fin de proteger el medio ambiente y la diversidad biológica, el Estado Mexicano deberá aplicar el enfoque de precaución conforme a sus capacidades, tomando en cuenta los compromisos establecidos en tratados y acuerdos internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente y de la diversidad biológica.</p>
<b>Ley General de Cambio Climático</b>	<p><i>Artículo 26.</i> En la formulación de la política nacional de cambio climático se observarán los principios de:</p> <p>III. Precaución, cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, la falta de total certidumbre científica no deberá utilizarse como razón para posponer las medidas de mitigación y adaptación para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático;</p>

A partir de sus diferentes definiciones y concepciones, el principio precautorio se ha desarrollado en las leyes y políticas ambientales por lo general en dos versiones diferentes, una argumentativa y otra prescriptiva:

Versión 1: la incertidumbre científica no justifica la inacción (versión argumentativa o débil)

Esta versión del principio precautorio rechaza la idea de que, frente a la incertidumbre científica sobre la posibilidad, la magnitud o la temporalidad en la que podría ocurrir un daño ambiental, no debería imponerse una medida regulatoria o preventiva, sino esperar a que ese riesgo se materialice, para actuar.

Versión 2: la incertidumbre científica justifica acción (versión prescriptiva o fuerte)

La segunda versión del principio precautorio, más estricta que la anterior, prescribe un cierto tipo de comportamiento: cuando existe un riesgo para el medio ambiente, aun habiendo incertidumbre sobre factores como su temporalidad, magnitud, probabilidad de ocurrencia, debe actuarse para evitarlo o prevenirlo.<sup>72</sup>

La multiplicidad de definiciones y versiones, junto con las dudas sobre su naturaleza jurídica y sus alcances, han dado lugar a un debate importante en la actualidad sobre los alcances e implicaciones prácticas del principio precautorio. ¿Es un principio vinculante o un enfoque?, ¿qué grado de incertidumbre debe existir para que opere?, ¿debe detonarse frente a cualquier riesgo para el medio ambiente, o sólo cuándo sean significativos los daños, o puedan ser irreversibles?, ¿quién debe probar los riesgos o daños y con qué grado de certeza? ¿Cómo deben ponderarse los costos y beneficios de las medidas precautorias? ¿Cuáles son los estándares de prueba asociados al principio precautorio?

En la jurisprudencia constitucional mexicana se ha establecido de forma reiterada que el principio precautorio debe necesariamente informar la interpretación del derecho humano a un medio ambiente sano. Aunque en varios precedentes se ha partido de la definición contenida en el Principio 15 de la Declaración de Río, en mi opinión, la Suprema Corte de Justicia ha adoptado una de las versiones más estrictas del principio precautorio, en la cual se ha afirmado que: sólo se requiere un principio de prueba sobre la existencia de un posible daño o riesgo ambiental para detonar su aplicación; no es necesario probar la existencia de un peligro de daño grave o irreversible, ni un escenario de ausencia de certeza científica absoluta, y debe decretarse una inversión de la carga de la prueba hacia quien puede causar el riesgo o daño ambiental.

---

72 Para Wiener existe una tercera versión del principio precautorio, más estricta aún, definida por la inversión de la carga de la prueba, conforme a la cual debería prohibirse toda actividad potencialmente riesgosa para el medio ambiente hasta que el proponente de la misma no demuestre que no se materializará el riesgo o que será aceptable. Véase Wiener, Jonathan B, *op. cit.*, p. 606. Otros autores como Sebastián Rebolledo identifican la inversión de la carga de la prueba como uno de los efectos que se da al principio precautorio en su versión prescriptiva, como la que ha adoptado la SCJN. Véase Rebolledo, Sebastián, “El principio precautorio y la carga de la prueba”, en Vázquez, Carmen, (coord.), *Ciencia y Justicia*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 355-402.

Por ejemplo, en cuanto al nivel de certeza científica o magnitud de los riesgos que se requiere para detonar el principio precautorio, en la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016 la Primera Sala de la Corte estableció que

atendiendo al principio de precaución, es constitucional la toma de decisiones jurisdiccionales ante situaciones o actividades que puedan producir riesgos ambientales; esto, aunque no se tenga certeza científica o técnica al respecto. Con otras palabras, una vez identificado el riesgo, la falta de pruebas científicas o técnicas no es motivo para no tomar las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente.<sup>73</sup>

En otro precedente, la Segunda Sala se refirió a las posibilidades de error que siempre están presentes en las decisiones basadas en información científica cuando se adoptan en contextos de incertidumbre, estableciendo, cuando existe controversia científica respecto a los riesgos y beneficios que depara determinada actividad o empleo tecnológico para el medio ambiente, que a la luz del principio precautorio “la formulación de las políticas públicas debe ser realizada de manera tal que sea preferible errar en el diagnóstico de la necesidad de adoptar medidas precautorias, que en el diverso de que [mediante tal actividad] no se ocasionan daños al ambiente y a la salud pública”.<sup>74</sup>

También en una interpretación más cercana a las versiones más fuertes del principio precautorio, la Suprema Corte de Justicia ha desarrollado dos criterios centrales para informar su aplicación empírica: el estándar de la mejor información científica disponible y la inversión de la carga de la prueba.

#### *Principio precautorio y mejor información científica disponible*

La determinación de un estándar sobre la fiabilidad de la información que puede utilizarse para justificar decisiones en contextos de riesgo e incertidumbre es uno de los componentes más importantes para dotar de contenido real al principio precautorio. Una evaluación científica sobre los riesgos, basada en información sólida, fidedigna y lo más completa posible a partir de la cual puede decidirse si deben adoptarse medidas para proteger el medio ambiente, se considera una condición previa y necesaria del principio precautorio.<sup>75</sup>

En el Amparo en Revisión 921/2016 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia afirmó que, en atención al principio de precaución, las autoridades res-

---

73 Amparo en Revisión 307/2016, pág. 72.

74 Amparo en Revisión 307/2016, pág. 24

75 Comisión de las Comunidades Europeas. *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*. Bruselas, 2000. Disponible en: « <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=LT> » (Consultado el 11 de agosto de 2022).

ponsables de la bioseguridad de los organismos genéticamente modificados no pueden actuar discrecionalmente, sino que “aún ante la falta de evidencias científicas concretas, deban actuar cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible; razonabilidad que debe estar sustentada en procedimientos científicos sólidos”.<sup>76</sup> Conforme a este criterio, las decisiones en materia de bioseguridad y el otorgamiento de los permisos para la liberación de organismos genéticamente modificados deben basarse en la mejor información científica disponible.<sup>77</sup>

Más tarde, en la sentencia del Amparo en Revisión 307/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte vinculó el principio precautorio con las evaluaciones de riesgos (en este caso la evaluación de impacto ambiental prevista por la LGEEPA) e interpretó que “en términos del principio de precaución, una evaluación de riesgos ambientales es una condición necesaria para la implementación de cualquier proyecto con impacto ambiental y, consecuentemente, su ausencia constituye en sí misma una vulneración a este principio”.<sup>78</sup> Para la Corte, además, el principio precautorio implica que las decisiones sobre cuestiones que pueden causar riesgos significativos para el medio ambiente deben cumplir un parámetro de razonabilidad y sustentarse en la mejor información científica disponible.<sup>79</sup>

Al resolver el Amparo en Revisión 610/2019 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia interpretó que, bajo el principio de precaución, basta un principio de prueba para que deban realizarse las acciones necesarias para proteger el medio ambiente y la salud pública frente a los riesgos ambientales (en este caso, la contaminación del aire), pues

el principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso y la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente; de ahí que ante esa incertidumbre o plenitud de conocimiento científico, lo procedente es adoptar medidas tendientes a proteger el ambiente, a fin de evitar daños injustificados e indebidos en los ecosistemas y a las especies.<sup>80</sup>

La segunda Sala siguió en este precedente las directrices que se han desarrollado en la Unión Europea para guiar la aplicación del principio precautorio, estableciendo como características de las evaluaciones de riesgos que deben acompañarlo, que deberán ser “lo más completas posibles, e identificar en la medida de lo posible el grado de incertidumbre científica, basada en datos científicos fiables y

---

76 Pág. 49.

77 Amparo en Revisión 923/2016.

78 Pág. 50.

79 Amparo en Revisión 923/2016.

80 Pág. 25.

un razonamiento lógico, que exprese las posibilidades y magnitud de los impactos peligrosos para el medio ambiente y la población”.<sup>81</sup>

Otro criterio relevante en la jurisprudencia constitucional mexicana sobre el principio precautorio, lo vincula con el principio de transversalidad que se deriva del mandato para un desarrollo sustentable contenido en el artículo 25 de la Constitución. Al estudiar una controversia constitucional donde se planteó que la normatividad para la conservación de un área natural protegida federal invadía las competencias de las autoridades municipales para decidir el desarrollo urbano en su jurisdicción, la Primera Sala de la Corte resolvió que

el principio precautorio exige a las autoridades proceder siempre de conformidad con el diverso *principio de mejor información científica disponible*; es decir, en el ejercicio de sus competencias, todas las autoridades habrán de considerar como criterio base la mejor información y conocimientos científicos que sobre el medio ambiente se disponga. El rumbo de las políticas públicas deberá definirse a partir del mejor conocimiento científico del entorno natural del que se disponga, así como de los riesgos que lo amenazan, esto siempre con un enfoque de desarrollo sustentable y equidad intergeneracional.<sup>82</sup>

La Suprema Corte de Justicia ha vinculado también el principio de precaución con el derecho de participación pública en asuntos ambientales como una vía adicional para obtener la información más completa posible, e informar mejor los procesos de decisión sobre acciones que pueden afectar el medio ambiente en contextos de incertidumbre. Conforme a este criterio

la participación del público interesado permite efectuar un análisis más completo del posible impacto ambiental que puede ocasionar la realización de un proyecto o actividad determinada y permite analizar si afectará o no derechos humanos. Es decir, la conjunción de la participación ciudadana y la aplicación del principio de precaución tiene el potencial de permitir y promover procesos de toma de decisiones más democráticos e inclusivos, en donde diferentes voces sean escuchadas y consideradas, por lo que a las plausibles afectaciones al medioambiente se refiere.<sup>83</sup>

### *Principio precautorio y la inversión de la carga de la prueba*

En el Amparo en Revisión 307/2016 la SCJN explicó que, para hacer efectiva la protección del medio ambiente, los jueces de amparo deben adoptar medidas para corregir las asimetrías que muchas veces se presentan por una marcada desigualdad entre las partes que intervienen en el litigio ambiental, determinada por factores de poder político, técnico o económico.

---

81 Pág. 61.

82 Pág. 92.

83 Amparo en Revisión 610/2019, pág. 47.

Entre esas medidas, en aplicación del principio precautorio, la Corte estableció que los jueces deben realizar una valoración preliminar sobre la existencia de cualquier riesgo que pueda afectar a los ecosistemas o al medio ambiente atendiendo a un criterio de razonabilidad y en el marco de los principios de precaución e *in dubio pro natura*. A partir de esta evaluación, además de realizar oficiosamente las acciones que sean necesarias para obtener toda la información necesaria, atendiendo también al Acuerdo de Escazú, podrá decretarse la reversión de la carga de la prueba para que sean las autoridades responsables quienes deban acreditar que los riesgos ambientales advertidos por el juez, en realidad no existen.<sup>84 85 86</sup>

### *Principio in dubio pro natura*

El principio *in dubio pro natura* es un principio emergente en el derecho ambiental internacional y comparado que, sin estar reconocido expresamente por algún instrumento jurídico vinculante (tratado internacional o legislación interna), ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia de algunos países, sobre todo en la región interamericana.<sup>87</sup>

Una de las formulaciones del principio *in dubio pro natura* que más se ha replicado en la jurisprudencia comparada es la contenida en la Declaración sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, según la cual

En caso de duda deberá resolverse de la manera que sea más favorable para la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas que sean menos dañinas para el medio ambiente. No deberán realizarse acciones cuyo potencial de impactos adversos sobre el medio ambiente sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios que puedan derivarse de las mismas.<sup>88</sup>

---

84 Pág. 103.

85 El artículo 8.3 del Acuerdo de Escazú establece, como una de las obligaciones relativas al acceso a la justicia en asuntos ambientales, que los Estados deben facilitar la producción de pruebas sobre daños al ambiente, a través de mecanismos como la reversión de la prueba y la carga dinámica de la prueba.

86 Para una crítica a estas sentencias y las alternativas que existen en materia de razonamiento probatorio respecto de la implementación del principio precautorio, véase Rebolledo, Sebastián, *op. cit.*, p. 371.

87 Para un recuento sobre la utilización del principio *in dubio pro natura* en la jurisprudencia comparada, véanse Bryner, Nicholas, “Aplicando el principio *in dubio pro natura* para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental”, en de Windt, Claudia, y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental 2017-2020*, México, *Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2021, pp. 247-264; y Capelli, Silvia, “Principio *in dubio pro natura*”, en la misma obra, pp. 127-150.

88 Principio 3.



El profesor Nicholas Bryner ha explicado que “este principio es análogo al principio *in dubio pro reo* en el contexto del derecho penal y la presunción de inocencia en el derecho común, así como el principio *in dubio pro hómine* en el marco jurídico de los derechos humanos” .<sup>89</sup> Se ha sostenido también que la formulación emergente de este principio en el derecho ambiental, se justifica

por la disparidad habitual que existe entre las partes involucradas en los eventuales conflictos relativos al ambiente. Por un lado, se encuentran el medio ambiente y los intereses difusos y colectivos de una población que no cuenta con conocimientos científicos y técnicos sobre una actividad que puede afectarla; por el otro, la apreciación de las autoridades administrativas o judiciales sobre un asunto jurídico que involucra una antinomia entre reglas, la ausencia de previsión normativa, la concreción de un concepto jurídico-normativo, el análisis de la prueba, el alcance temporal de la norma o la necesidad de integrarla en los sistemas y microsistemas jurídicos.<sup>90 91</sup>

A diferencia del principio precautorio, el principio *in dubio pro natura* intenta resolver las incertidumbres jurídicas que puedan existir cuando deba decidirse un curso de acción relevante para prevenir, mitigar o reparar daños al medio ambiente, en lugar de enfocarse en la incertidumbre científica. Con otras palabras, el principio *in dubio pro natura*

establece que, en caso de duda, oscuridad o incertidumbre por parte de autoridades administrativas o judiciales sobre el alcance o la colisión de normas, principios o derechos fundamentales, cuando sea necesario reconocer un derecho sin reglas explícitas o en el momento de apreciar una regla ambiental en vigor, deberá resolverse del modo que más proteja o conserve el ambiente.<sup>92</sup>

La jurisprudencia constitucional mexicana ha adoptado el principio *in dubio pro natura* como uno de los principios rectores para la interpretación del contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano,<sup>93</sup> y lo ha definido como “un mandato interpretativo general de la justicia ambiental, en el sentido de que

---

89 Bryner, Nicholas, *op.cit.*, p. 250.

90 Capelli, Silvia, *op. cit.*, p. 120.

91 Esta idea es consistente con el criterio que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia de Amparo en Revisión 307/2016, cuando afirmó que frente a la evidente situación de desigualdad que existe muchas veces entre las partes en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales que dependen del mismo —por ejemplo, una comunidad local frente a una empresa transnacional y las dependencias públicas que avalan su actuación para realizar actividades riesgosas para el medio ambiente— los jueces deben realizar las medidas a su alcance para nivelar esas asimetrías, por ejemplo, revirtiendo la carga de la prueba conforme a los principios de precaución e *in dubio pro natura*.

92 Capelli, Silvia, *op. cit.*, p. 128.

93 Véanse por ejemplo las sentencias de los amparos en revisión 307/2016, 953/2019, 54/2021, así como de la controversia constitucional 212/2018.

en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente”.<sup>94</sup> Conforme a este criterio, en aplicación del principio *in dubio pro natura*, si en un proceso existe una colisión entre el medio ambiente y otros intereses, y los daños o los riesgos no pueden dilucidarse por falta de información, deberán tomarse todas las medidas necesarias a favor del medio ambiente.<sup>95</sup>

En otra aplicación del principio *in dubio pro natura* que ha surgido en la jurisprudencia mexicana, de gran relevancia para la conservación de la biodiversidad, al resolver una controversia constitucional presentada por un municipio de Quintana Roo en contra del programa de manejo a través del cual se regularon los usos del suelo y las actividades permitidas en área natural protegida de competencia federal, con el argumento de que se invadían sus competencias para regular el desarrollo urbano en su jurisdicción, la Suprema Corte de Justicia resolvió que frente a una contradicción de normas en las cuales se establezcan atribuciones relevantes para la protección de la naturaleza, o una laguna normativa, debe prevalecer *prima facie* aquella que garantice de manera más efectiva el mandato constitucional de protección al ambiente y preservación y restauración del equilibrio ecológico.<sup>96</sup>

### *Principio in dubio pro agua*

En el 2018, durante el Octavo Foro Mundial del Agua en Brasil, los participantes en la Conferencia de Jueces y Fiscales del Agua que se llevó a cabo de manera paralela, formularon y suscribieron la Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia del Agua, surgida a iniciativa de la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la UICN y respaldada también por instituciones internacionales como el Instituto Judicial Mundial para el Ambiente, la Organización de Estados Americanos y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente <sup>97</sup>

Los principios de Brasilia refieren al agua como un bien de interés público que debe custodiarse adecuadamente por las autoridades del Estado en beneficio de las generaciones presentes y futuras; incorporan los principios de prevención, precaución e internalización de los costos ambientales; así como consideraciones sobre el debido proceso en las decisiones sobre los recursos hídricos.

Dentro de este catálogo se incluye el principio *in dubio pro agua*, conforme al cual “en caso de incertidumbre, las controversias ambientales y de agua deberán

---

94 Amparo en Revisión 307/2017, pág. 54.

95 Véanse también las sentencias de los amparos en revisión 953/2019 y 54/2021.

96 Controversia Constitucional 212/2018.

97 Lorenzetti, Ricardo Luis y Lorenzetti, Pablo, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 237.

ser resueltas en los tribunales, y la aplicación de las leyes interpretada del modo más favorable a la protección y preservación del agua y los ecosistemas conexos”.<sup>98</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha interpretado que, en el marco del principio de transversalidad, implícito en el mandato de desarrollo sustentable contenido en el artículo 25 constitucional, el principio *in dubio pro agua* es relevante para analizar cómo deben las autoridades ejercer cualquier tipo de competencias relacionadas con actividades humanas que puedan afectar el agua y los ecosistemas relacionados. En palabras de la Suprema Corte,

el análisis de las competencias constitucionales relacionadas con recursos hidrológicos deberá considerar que éstos están inseparablemente conectados con el medio ambiente y los usos de suelo. En este sentido, se debe evitar el análisis aislado o sectorizado de las competencias relacionadas con los recursos hidrológicos, transitándose a una lógica integral medioambiental que incluya en la protección de los recursos hidrológicos, *como mínimo*, cualquier competencia relacionada con el uso de suelo.<sup>99</sup>

En un precedente posterior, la Primera Sala de la Corte se refirió nuevamente a la Declaración de Brasilia para dar cuenta de la crisis hídrica mundial que le dio origen y reconoció la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento de los ecosistemas, afirmando que “a la luz del principio *in dubio pro agua*, se enfatiza la necesidad de asegurar un nivel de protección alto a los recursos hídricos, así como a cualquier elemento del entorno natural que esté interrelacionado con el agua”.<sup>100</sup>

### *Principios de progresividad y no regresión en materia ambiental*

El principio de progresividad previsto en el artículo 1º constitucional<sup>101</sup> y diversos instrumentos convencionales sobre derechos humanos de los cuales es parte el Estado mexicano,<sup>102</sup> se ha interpretado en el contexto del derecho a un medio ambiente sano como una obligación para revisar y mejorar periódicamente las leyes y políticas destinadas a proteger, conservar, restaurar y mejorar el medio

98 Principio 6 de la Declaración de Brasilia.

99 Controversia Constitucional 212/2018, pág. 83.

100 Amparo en Revisión 54/2021, pág. 87.

101 El artículo 1º constitucional establece, entre los principios que deberán observar todas las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, junto con los de conformidad y los de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, el de progresividad.

102 También se fundamenta este principio en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en términos generales, establecen la obligación positiva de los Estados de adoptar medidas inmediatas y conducentes para el respeto de los derechos económicos sociales y culturales.

ambiente, teniendo en cuenta la evolución de las políticas y los conocimientos científicos más recientes.<sup>103</sup> A *contrario sensu*, el principio de no regresión implica que no debería emprenderse o permitirse la realización de acciones que tengan por efecto disminuir la protección jurídica del medio ambiente o el acceso a la justicia ambiental.<sup>104</sup>

La idea detrás de estos principios es que si la protección efectiva del derecho humano a un medio ambiente sano depende de la calidad del medio ambiente y la conservación de la naturaleza, debe entonces existir una obligación correlativa para mejorar progresivamente las condiciones ambientales<sup>105</sup>, lo cual puede llevarse a cabo con acciones como la restauración de los ecosistemas; la recuperación de los cuerpos de agua sobreexplotados; la remediación de los suelos contaminados; o la instrumentación de acciones efectivas para mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, reduciendo los riesgos e impactos del cambio climático.

La regresión en materia ambiental puede llevarse a cabo de muchas formas. Algunas de las acciones regresivas que se han identificado en la doctrina y la jurisprudencia comparada como contrarias al derecho humano a un medio ambiente sano incluyen, por ejemplo, la denuncia o retirada de tratados internacionales ambientales o la disminución (explícita o práctica) de compromisos internacionales asumidos inicialmente a la luz de tratados internacionales sobre protección ambiental como las metas de mitigación de gases de efecto invernadero asumidas bajo el Acuerdo de París; la revisión de normas internas para desregular estándares estrictos de protección ambiental argumentando motivos de competencia económica; la abrogación de declaratorias de zonas destinadas a la conservación de la biodiversidad como las áreas naturales protegidas; o, *de facto*, a través de la omisión o negativa de aplicar efectivamente la legislación ambiental, permitiendo la realización de actividades peligrosas para el medio ambiente sin una debida diligencia, o sin actuar efectivamente para prevenir la contaminación y otros daños ambientales.<sup>106</sup>

---

103 Principio 13 de la Declaración sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

104 Principio 12 de la Declaración sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

105 Véase Bryner, Nicholas, “Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Forthcoming, 2021. Disponible en: «SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3947359>» (Consultado el 4 de agosto de 2022).

106 Véase Michael Prieur, “Non-regression in Environmental Law”, *SAPIENS*, núm. 5(2), 2012. Disponible en: «<https://journals.openedition.org/sapiens/1405>» (Consultado el 11 de agosto de 2022).

El principio de no regresión encuentra sustento también en instrumentos internacionales de los cuales es parte el Estado mexicano. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) establece como regla de progresividad que cada Parte procurará seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental.<sup>107</sup> También contiene una cláusula de no regresión en cuanto a la aplicación de las leyes ambientales, conforme a la cual

las Partes reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada en sus respectivas leyes ambientales. Por consiguiente, una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar, sus leyes ambientales en una manera que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes con el fin de fomentar el comercio o la inversión entre las Partes.<sup>108</sup>

El Acuerdo de Escazú también ha incorporado la progresividad y no regresión como parte del catálogo de principios que deben guiar a las Partes para garantizar la implementación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, para garantizar el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.<sup>109</sup>

En el campo de la acción climática, el Acuerdo de París establece el compromiso general de las Partes para que sus esfuerzos de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, así como para la adaptación a los efectos del cambio climático, representen una progresión en el tiempo<sup>110</sup> y, más adelante, como una obligación específica para que sus contribuciones nacionalmente determinadas también reflejen una progresión cada vez respecto de las anteriores, reflejando el mayor nivel posible de ambición.<sup>111</sup> El Acuerdo de París determina asimismo, para cumplir con el objetivo de largo plazo que busca detener el aumento de la temperatura global muy por debajo de los 2° C, que las Partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, y a partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones de gases de efecto invernadero, de conformidad con la mejor información científica disponible, para alcanzar la neutralidad climática en la segunda mitad

---

107 Artículo 24.3.2.

108 Artículo 24.4.3.

109 Artículos 1° y 3 c).

110 Artículo 3.

111 Artículo 4.3.

del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza.<sup>112</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado que el principio de no regresión en materia ambiental implica una limitación a los poderes públicos para no disminuir o afectar el nivel de protección ambiental que ya se ha alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado, lo que deberá demostrarse a través de un estricto juicio de proporcionalidad en términos del cual se demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con un fin constitucionalmente válido.<sup>113 114</sup>

En la Controversia Constitucional 212/2018, la SCJN realizó una interpretación de la dimensión empírica del principio de no regresión, en relación con la conservación de la diversidad biológica. Al resolver si el programa de manejo del Área Natural Protegida Yum Balam, en Quintana Roo, era inconstitucional por invadir las competencias municipales sobre desarrollo urbano, entre otras, la Primera Sala determinó que

no sólo sería contrario a dicho principio modificar el régimen de protección ambiental decretado originalmente y establecer uno nuevo que implique menos protección al entorno natural, sino que —dentro del régimen originalmente establecido— tampoco podría disminuirse el área geográfica de protección o los servicios ambientales, ni modificarse el uso de suelo controlado por las autoridades ambientales o permitirse el otorgamiento de licencias para actividades incompatibles con los objetivos de conservación, pues todo lo anterior se traduciría en una disminución del nivel de protección medioambiental y, consecuentemente, en vulneración a la prohibición de no regresión.<sup>115</sup>

### *Principio propter rem (función ecológica de la propiedad)*

El ministro Antonio Herman Benjamin, presidente del Instituto Judicial Mundial del Ambiente, ha explicado que el derecho ambiental tiene una función redistributiva, pues la protección ambiental reorganiza los derechos de propiedad, toda vez que

la ecuación de las externalidades negativas se revierte cuando las leyes y los tribunales empiezan a requerir al contaminador que instale un equipo para el control de sus emisiones, o cuando el derecho ambiental, como en Brasil, prohíbe a los dueños rurales de

---

112 Artículo 4.1.

113 Amparo en Revisión 307/2016, pág. 57.

114 Como lo ha interpretado también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General 3, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo relacionadas con los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente en relación con todos los derechos humanos protegidos constitucional y convencionalmente, utilizando al máximo los recursos disponibles.

115 Página 78.

la tierra en el Amazonas que desmonten 80% del área de su propiedad. Básicamente, lo que el sistema jurídico establece aquí es que los derechos de propiedad tienen una función ecológica.<sup>116</sup>

La Suprema Corte de Justicia ha adoptado un criterio similar, en el cual afirmó que en el sistema jurídico mexicano la propiedad también tiene una función ecológica que se deriva del mandato de conservación de los recursos naturales y el régimen de responsabilidad ambiental que complementa el derecho humano a un medio ambiente sano, de conformidad con los artículos 4º, párrafo quinto, y 27, párrafo tercero de la Constitución.

La función ecológica de la propiedad se aterriza en la interpretación de la Suprema Corte en el principio *propter rem* en materia ambiental, el cual

instruye que, derivado de “la cosa” —la naturaleza— existe un deber de diligencia (*due diligence*) en relación con la protección ambiental que tiene el propietario, ocupante o usuario respecto de la propiedad y se transmite *ad infinitum* sin que sea necesaria una aceptación tácita o expresa; la *responsabilidad ambiental* respecto de la propiedad es en este sentido ambulatoria o inherente a la cosa, a la naturaleza, trasladándose de propietario en propietario, o bien, de usuario en usuario.

La responsabilidad ambiental *propter rem* tiene implicaciones muy específicas por lo que hace a las áreas de conservación de la biodiversidad; los propietarios, ocupantes o usuarios de los predios que las conforman tienen una responsabilidad ambiental definida por el régimen de protección y conservación específico que regula estos sitios.<sup>117</sup>

Bajo este criterio, la función ecológica de la propiedad en áreas de conservación de la biodiversidad implica que el uso de estos predios habrá de ser siempre en función de los servicios ecológicos en beneficio público y de equidad intergeneracional.

#### IV. DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES

Los derechos de acceso<sup>118</sup> —que incluyen saber cuáles son las condiciones del medio ambiente; ser escuchados en los procesos de decisiones que puedan afec-

116 Benjamin, Antonio Herman, “Nosotros, los jueces y el medio ambiente”, en de Windt, Claudia, y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental 2017-2020*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 16.

117 Controversia Constitucional 212/2018, pág. 102. Véase también la sentencia del Amparo en Revisión 54/2021.

118 Conforme al artículo 2 (a) del Acuerdo de Escazú, por “derechos de acceso” se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos

tarlo y a tener acceso a una tutela judicial efectiva para hacer valer esos derechos y proteger a la naturaleza— son inseparables del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano.

Estos derechos que surgieron del Principio 10 de la Declaración de Río<sup>119</sup> han sido desarrollados en el Acuerdo de Escazú, que les da una fuerza vinculante para la región de América Latina y el Caribe como un instrumento sobre derechos humanos, pues, como lo establece su objetivo, a través de su implementación se busca contribuir a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.<sup>120</sup>

### *Acceso a la información ambiental*

El derecho de acceso a la información ambiental en México está reconocido, además del Acuerdo de Escazú, por el artículo 6° constitucional,<sup>121</sup> instrumentos convencionales sobre derechos humanos de los cuales es parte el Estado mexicano<sup>122</sup> y leyes nacionales como la LGEEPA<sup>123</sup> y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIIP). Los componentes centrales del derecho de acceso a la información ambiental<sup>124</sup> son la accesibilidad o transparencia

de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

- 119 Principio 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.
- 120 Artículo 1 del Acuerdo de Escazú.
- 121 El artículo 6° constitucional protege en su párrafo segundo el derecho de toda persona al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.
- 122 Véanse por ejemplo los artículos 13 de la CADH y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 5 y 6 del Acuerdo de Escazú.
- 123 Véanse los artículos 159 bis a 159 bis 6 de la LGEEPA.
- 124 El artículo establece que por “información ambiental” se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales. Véase también el Capítulo Segundo, sobre el derecho a la información ambiental, del Título Quinto de la LGEEPA.



de la información ambiental y la generación y divulgación de información ambiental oportuna y completa por parte de las autoridades.

La accesibilidad de la información ambiental se refiere a la que está en poder de las autoridades, que debería estar disponible para el público de acuerdo con el principio de máxima publicidad.<sup>125</sup> Así, el derecho de acceso a la información implica principalmente que todas las personas puedan solicitar y recibir información ambiental de las autoridades sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita. La denegación del acceso a la información ambiental puede fundamentarse únicamente en las causales de excepción que se establezcan en la legislación nacional; como la que comprometa la seguridad nacional siempre que cuente con un propósito genuino y demostrable; la que pueda obstruir la prevención de delitos o violar los derechos del debido proceso.<sup>126</sup>

Además, las autoridades deberán generar, hacer accesible al público y difundir de manera sistémica, proactiva y oportuna información ambiental específica, incluyendo, por ejemplo, las fuentes de emisiones de gases de efecto invernadero; los listados de residuos peligrosos y de otro tipo y su ubicación; o la transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo.<sup>127</sup>

Como se verá en el siguiente apartado, la Suprema Corte ha interpretado que el derecho de acceso a la información, en conjunto con el de participación pública en asuntos ambientales, son inseparables y esenciales para la protección efectiva del derecho humano a un medio ambiente sano, porque en gran medida su defensa depende de que todas las personas puedan tener una influencia real en la toma de decisiones sobre medidas que puedan afectarlas.<sup>128</sup> En este contexto, el derecho de acceso a la información ambiental es una condición necesaria para el ejercicio efectivo del derecho a un medio ambiente sano.<sup>129</sup>

---

125 Artículo 5 del Acuerdo de Escazú.

126 Véase el artículo 110 de la LFTAIP.

127 Conforme a los artículos 68 y 69, fracción VII de la LFTAIP, los sujetos obligados del Poder Ejecutivo deben hacer pública información específica en materia de medio ambiente y recursos naturales, incluyendo listas de áreas naturales protegidas; especies en riesgo; residuos que se generan en el país; disponibilidad del agua; sitios contaminados, autorizaciones en materia de impacto ambiental; e información estadística sobre infracciones a la normatividad ambiental. Además, la LFTAIP contiene en su artículo 73 diversos supuestos de publicidad de información específica en el sector energético, como los volúmenes de agua que se utilizan en la fracturación hidráulica; los niveles de generación de energía eléctrica; las bases del mercado eléctrico o la relativa a las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias; entre muchos otros. Véase también el artículo 6 del Acuerdo de Escazú.

128 Véanse las sentencias de los amparos en revisión 365/2018 y 640/2019.

129 Amparo en Revisión 1890/2009.

### *Participación pública en asuntos ambientales*

El derecho de participación pública en asuntos ambientales implica que todas las personas puedan intervenir en los procesos de toma de decisiones, revisiones o actualizaciones relacionadas con actividades que puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente o la salud humana.<sup>130</sup>

La participación del público en los asuntos ambientales, para ser efectiva, depende en gran medida primero de que se cumplan los presupuestos del derecho de acceso a la información ambiental, pero también de que exista una oportunidad real de incidir en procesos de decisión como la emisión de una autorización en materia de impacto ambiental o la modificación de normas o políticas públicas para la conservación de la naturaleza. Para ello, es indispensable que se cumplan requisitos mínimos como garantizar el acceso a los procesos de decisión desde el inicio y en todas sus etapas; que puedan presentarse opiniones y preguntas; y que éstas sean debidamente consideradas por las autoridades responsables de las decisiones correspondientes, y el público informado de cómo se tomaron en cuenta sus preocupaciones y propuestas.<sup>131</sup>

La Suprema Corte de Justicia ha interpretado además que el derecho de participación pública en asuntos ambientales está protegido por los artículos 1, 4 y 35, fracción III, de la Constitución y diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado mexicano,<sup>132</sup> en los cuales se establecen las obligaciones de las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluyendo los derechos a un medio ambiente sano y a tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y públicos del país. Desde esta perspectiva

A través de la participación se da efectividad al derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, como lo requiere el artículo 4 constitucional. Lo anterior, "pues la participación del público interesado permite efectuar un análisis más completo del posible impacto ambiental que puede ocasionar la realización de un proyecto o actividad determinada y permite analizar si afectará o no derechos humanos, de modo que es relevante permitir, principalmente, que las personas que pudieran resultar afectadas tengan la posibilidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el tema que les atañe al inicio de procedimiento, pues es cuando todas las opciones y soluciones son aún posibles y pueden ejercer una influencia real."<sup>133</sup>

---

130 Artículo 7 del Acuerdo de Escazú.

131 Artículo 7 del Acuerdo de Escazú.

132 Como los artículos 25, inciso a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23, numeral 1, inciso a) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

133 Sentencia del Amparo en Revisión 365/2018, pág. 35.

La Suprema Corte también ha estudiado el derecho de participación pública en asuntos ambientales desde el enfoque de la corresponsabilidad entre autoridades y todas las personas en la protección del medio ambiente, que se deriva del sistema de responsabilidad ambiental previsto por el artículo 4 constitucional. La Primera Sala ha establecido que el derecho a un medio ambiente sano implica el deber de todos los ciudadanos de colaborar en la protección al medio ambiente y de todas las autoridades para fomentar la participación de la ciudadanía, o bien, asegurar un entorno propicio para la protección del medio ambiente; esto, entre otras acciones, a través de herramientas institucionales y jurídicas para incluir a los ciudadanos en el control de las políticas públicas con impacto ambiental.<sup>134</sup> Lo anterior incluye, como se verá en el siguiente apartado, una visión amplia de la legitimación procesal activa para la defensa del medio ambiente y la naturaleza a través del juicio de amparo.

Para la Suprema Corte, además, el derecho de participación ciudadana se enmarca también en la obligación de los Estados parte del Acuerdo de Escazú de garantizar un entorno propicio para las personas que promueven la protección al medio ambiente, otorgándoles información, además de reconocimiento y protección.<sup>135</sup>

En el contexto de la violencia a las personas, los grupos y las organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales que se vive en México, la efectividad de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia sobre la obligación de garantizar un entorno propicio y seguro para que puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad se vuelve también un criterio de mucha relevancia.<sup>136</sup> Esta obligación convencional del Estado mexicano requiere, para dar cumplimiento al Acuerdo de Escazú, que se tomen medidas adecuadas y efectivas para garantizar, entre otros, los derechos de las personas defensoras del medio ambiente a la vida, integridad personal, y ejercer los derechos de acceso; así como prevenirse, investigarse y sancionarse los ataques, las amenazas e intimidaciones que puedan sufrir.<sup>137</sup>

---

134 Sentencia del Amparo en Revisión 307/2016, pág. 56.

135 4.6 Cada Parte garantizará un entorno propicio para el trabajo de las personas, asociaciones, organizaciones o grupos que promuevan la protección del medio ambiente, proporcionándoles reconocimiento y protección.

136 Para más sobre la situación de los defensores del medio ambiente en México pueden consultarse los informes periódicos que han realizado el Centro Mexicano de Derecho Ambiental y Global Witness, en: «<https://cemda.org.mx/miranos/>» y «<https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/last-line-defence/>».

137 Artículo 9 del Acuerdo de Escazú.

*Acceso a la justicia en asuntos ambientales*

El derecho a la tutela judicial efectiva —es decir, el acceso a recursos efectivos ante las autoridades jurisdiccionales para la prevención y reparación de violaciones a los derechos fundamentales, con las garantías del debido proceso—<sup>138</sup> interpretado como el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, implica que todas las personas deberían poder acudir a instancias judiciales y administrativas, para reclamar cualquier acción u omisión, tanto de autoridades públicas, como agentes privados, que represente una restricción a sus derechos de acceso; que afecte o pueda afectar adversamente el medio ambiente, o contravenir la legislación ambiental.<sup>139</sup>

El Acuerdo de Escazú establece, para garantizar el acceso a la justicia en asuntos ambientales, que deberán existir instituciones competentes, con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental,<sup>140</sup> así como procedimientos efectivos, oportunos, públicos transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos. También identifica las instituciones procesales específicas que deberían existir para que el derecho a un medio ambiente sano pueda accionarse efectivamente en los sistemas de justicia y que estos sean capaces de protegerlo en sus dimensiones individual, colectiva, ecologista u objetiva e intergeneracional.<sup>141</sup> En los siguientes apartados se describen estas instituciones procesales, dando cuenta de su interpretación en la jurisprudencia constitucional para comprender mejor cómo puede ejercerse en la práctica el derecho a un medio ambiente sano.

*Legitimación activa amplia en defensa del ambiente*<sup>142</sup>

El reconocimiento de una legitimación procesal activa para interponer acciones judiciales en defensa del medio ambiente y la naturaleza sin tener que acredi-

---

138 Artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 de la CADH.

139 Artículo 8 del Acuerdo de Escazú.

140 Como ejemplos de este tipo de instituciones existen alrededor de 1,200 tribunales especializados en materia ambiental o “tribunales verdes” en más de 40 países del mundo. Uno de los ejemplos más emblemáticos es el caso chileno, donde se crearon tribunales especializados en materia ambiental integrados por tres magistrados, de los cuales uno debe tener conocimientos científicos. Para más sobre los diferentes modelos de tribunales verdes en el derecho comparado, véanse Preston, Brian J. “Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals.” *Journal of Environmental Law*, vol. 26, no. 3, 2014, pp. 365-93. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/26168843>» (Consultado el 14 de septiembre de 2022); Darpö, Jan y Nilsson, Annika, “Sustainability and the Courts: A Journey Yet to Begin?.” *Journal of Court Innovation*, vol. 3, núm. 1, 2010, pp. 111-120; United Nations Environment Programme. *Environmental Courts & Tribunals-A Guide for Policy Makers*, 2016. Disponible en: «<https://wedocs.unep.org/20.500.11822/10001>» (Consultado el 14 de agosto de 2022).

141 Amparo en Revisión 307/2016.

142 Artículo 8 c) del Acuerdo de Escazú.

tar una afectación directa o subjetiva ha sido probablemente el mayor obstáculo que han enfrentado las personas y organizaciones de la sociedad civil en México. A partir de las reformas constitucionales sobre derechos humanos y amparo en 2011, la jurisprudencia constitucional de las Décima y Undécima Épocas ha empezado a moverse en una dirección diferente, hacia una mirada más amplia de la legitimación procesal activa para la defensa del medio ambiente.

La Segunda Sala de la SCJN, por ejemplo, interpretó que la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano impone obligaciones de procedimiento a los Estados, incluyendo la adopción de la mirada más amplia posible al derecho de iniciar una demanda, utilizando como herramienta hermenéutica en el juicio de amparo el principio *in dubio pro actione*, el cual requiere que los órganos jurisdiccionales al interpretar las normas procesales “eviten formalismos o entendimientos no razonables que vulneren el derecho del justiciable a obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada”.<sup>143</sup> Así, en opinión de la Suprema Corte, para que se admita el interés legítimo de las personas y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección del medio ambiente, basta con un principio de prueba.<sup>144</sup>

Este criterio se ha complementado además en la jurisprudencia constitucional con una interpretación que vincula el derecho de accionar judicialmente en defensa del medio ambiente, con el de participación ciudadana en materia ambiental y el deber correlativo de todas las autoridades del Estado de crear un entorno propicio para la defensa del medio ambiente, como lo requiere el Acuerdo de Escazú. La participación pública y la corresponsabilidad para la protección del medio ambiente, como lo establece el artículo 4 constitucional al crear un sistema de responsabilidad ambiental, se materializan también para la Corte, en ampliar en la medida de lo posible las oportunidades para que las personas interesadas puedan acudir al juicio de amparo en defensa de la naturaleza y los derechos ambientales.

Asimismo, la Primera Sala de la Corte desarrolló en el Amparo en Revisión 307/2016 un criterio conforme al cual la valoración del interés legítimo en casos que involucren el derecho humano a un medio ambiente sano debe considerar la relación que hay entre los servicios ambientales de un ecosistema que se estima en riesgo, y la situación especial en el orden jurídico de quien solicita el amparo para protegerlo. De acuerdo con este criterio, “para resolver si se actualiza el interés legítimo de quien promueve un juicio de amparo en defensa del medio ambiente el juzgador *sólo* deberá determinar si quien alega ser titular del derecho ambiental

---

143 Contradicción de Tesis 270/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de noviembre de 2017, pág. 25.

144 Amparos en revisión 610/2019 y 289/2020.

*se beneficia o aprovecha los servicios ambientales del ecosistema que alega vulnerado*".<sup>145</sup>

Además, las decisiones sobre el interés legítimo deben tomar en cuenta los principios precautorio e *in dubio pro natura*. Por ejemplo, en el criterio referido arriba, la interpretación de la SCJN ha sido que no puede requerirse a la persona que intenta la demanda de amparo que demuestre la existencia de los servicios ambientales de los cuales argumenta ser usuaria o beneficiaria y que demuestre su existencia y el nexo causal correspondiente. En atención a la inversión de la carga de la prueba que debe decretarse cuando se invoca el principio de precaución, corresponde a quien en todo caso niega que las personas que intentan el amparo tengan una situación especial en el orden jurídico, relacionada con los servicios ambientales locales, regionales o globales del ecosistema que se trata de defender, probar su caso.

En otros criterios importantes de la Suprema Corte para ampliar la legitimación activa de las asociaciones civiles cuyo objeto social se relaciona con la defensa del medio ambiente o los derechos humanos en general, se ha interpretado que el juicio de amparo debe funcionar como un mecanismo para hacer exigibles los derechos económicos, sociales y culturales de manera individual o colectiva, como ocurre con el derecho humano a un medio ambiente sano. Así, debe reconocerse el interés legítimo de una asociación civil para defender a un grupo de personas determinado o determinable (por ejemplo, un grupo de personas vulnerables) a través del juicio de amparo, cuando se busque garantizar la protección de algún derecho humano económico, social o cultural, incluyendo los que dependen del medio ambiente.<sup>146</sup>

*Mecanismos para el cumplimiento efectivo de las sentencias que protegen el derecho a un medio ambiente sano*<sup>147</sup>

La restauración de los ecosistemas, la remediación de los sitios contaminados, o la restitución de las condiciones ambientales que existían antes de causarse un daño ambiental, son los presupuestos esenciales del sistema de responsabilidad ambiental y también, junto con las garantías de no repetición, las medidas que deben instrumentarse para reparar las violaciones al derecho humano a un medio ambiente sano. Por esta razón, el cumplimiento puntual de las sentencias que protegen el derecho a un medio ambiente sano es un componente imprescindible del derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

---

145 Amparo en Revisión 307/2016, pág. 76. Véanse también las sentencias de los amparos en revisión 953/2019, 54/2021 y 289/2020.

146 Recurso de Queja 35/2020.

147 Artículo 8 f) del Acuerdo de Escazú.

Con todo, las medidas para el cumplimiento de las decisiones judiciales tendientes a evitar o reparar los daños ambientales son muy complejas porque los daños ambientales suelen tener efectos difusos y persistentes (por ejemplo, los impactos del cambio climático causados por la emisión de gases de efecto invernadero en las actividades humanas), o porque la restauración de los ecosistemas y sus servicios ambientales pueden tardar mucho tiempo en ocurrir.

Algunas sentencias constitucionales recientes intentan abordar esta complejidad estableciendo acciones puntuales para guiar el proceso de cumplimiento que deberá llevarse a cabo, e incluso, solicitando asesoría a instituciones científicas para actuar como coadyuvantes de la Corte en la identificación de las medidas de restauración de los ecosistemas que son necesarias y designando a jueces responsables de verificar que se implementen cabalmente.

En el Amparo en Revisión 641/2017, la Segunda Sala ordenó a las autoridades de diferentes jurisdicciones a coordinarse para atender los problemas comunes de contaminación en la cuenca del río Amecameca e instruyó llevar a cabo una evaluación ambiental estratégica para identificar los daños causados a los canales de Mixquic y las acciones de restauración necesarias. Entre las medidas que deberán adoptarse la Corte incluyó llevar a cabo un monitoreo efectivo de las descargas de aguas residuales por diversas fuentes difusas y aplicar cabalmente la legislación ambiental para obligar a los agentes privados a cumplir con las normas de calidad del agua.

En el caso de la Laguna del Carpintero, la Primera Sala solicitó la asesoría técnica de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio), para elaborar el programa de línea base que debe instrumentarse para la restauración de los humedales que fueron indebidamente afectados, porque no se contaba con una autorización previa en materia de impacto ambiental. La misma sentencia instruyó a las autoridades federales y locales, así como a la empresa tercera interesada, convenir un esquema de financiamiento para lograr la restauración de la Laguna del Carpintero, así como informar a la Corte, al público interesado y a la quejosa los avances en el cumplimiento de la sentencia. También se solicitó al juez de distrito competente asegurar las acciones necesarias para lograr el cumplimiento de la sentencia.

En otro precedente la Suprema Corte ordenó a las autoridades locales que permitieron una tala indebida de árboles en una ciudad en el estado de Morelos realizar diversas acciones para la restauración del daño, como la reforestación, que deberán ser además consultadas y difundidas en cada etapa del proceso con los habitantes del municipio y, en particular, con las personas de la colonia donde ocurrió la deforestación. Para asegurar que las medidas de restauración forestal sean idóneas, la Corte solicitó además a las comisiones Nacional Forestal y Esta-

tal del Agua y Medio Ambiente del Estado de Morelos intervenir como autoridades coadyuvantes en el cumplimiento de la sentencia.<sup>148</sup>

En el Amparo en Revisión 237/2020, la Segunda Sala de la Corte encontró que las autoridades federales y locales violaron el derecho a un medio ambiente sano de una comunidad otomí en el Estado de México, al permitir la construcción y operación de un relleno sanitario sin cumplir con la normatividad técnica aplicable. Los efectos de la sentencia en este caso incluyen varias instrucciones a las autoridades responsables y la empresa encargada de la operación del relleno sanitario, incluyendo la evaluación de un programa de regularización para instrumentar las obras de ingeniería y otras necesarias para cumplir con la normatividad y evitar los riesgos ambientales de una disposición inadecuada de residuos. Dicho programa debería ser consultado con la comunidad en una reunión pública de información, observando los criterios jurisprudenciales para garantizar la participación pública efectiva. En caso de no ser posible la regularización, instruyó a las autoridades clausurar el relleno sanitario. La Corte definió además un plazo de doce meses para realizar todas las acciones descritas.

También muchas veces, para asegurar la remediación de los daños ambientales y asegurar que no vuelvan a repetirse las acciones u omisiones que los ocasionaron, las decisiones judiciales deben analizar cuáles son las políticas públicas o actos de autoridad que deben realizarse. Lo anterior ha llevado a duros cuestionamientos sobre los límites de la intervención de la judicatura en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente, el cambio climático y los derechos fundamentales, en el contexto de la división de poderes.

En el caso de la contaminación de los Canales de Mixquic, las autoridades responsables argumentaron que el alcance de la sentencia en el amparo indirecto rebasó las facultades de control de un juez de amparo, contraviniendo los principios de división de poderes y legalidad. La Suprema Corte, en respuesta a estos argumentos, explicó que sería más costoso para la sociedad que los jueces adoptaran una postura laxa en sus resoluciones para proteger el derecho a un medio ambiente sano, “pues con ello se pondrá en riesgo tanto el equilibrio y protección de los ecosistemas que se encuentran en nuestro país, como en la posibilidad de las personas de desarrollar una vida digna —finalidad última que persigue el sistema de los derechos humanos”.<sup>149</sup> Así, la Corte explicó en este caso que al dictar medidas puntuales para la reparación de los daños ambientales, los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública

---

148 Amparo en Revisión 289/2020.

149 Pág. 77.



adecuada, sino que únicamente examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr la garantía del derecho fundamental a un medio ambiente sano.

### 1. *Perspectivas para el acceso a la justicia en asuntos ambientales: litigio climático y derechos fundamentales*

En los últimos años, el litigio climático se ha convertido en una de las principales avenidas en los tribunales regionales sobre derechos humanos y el derecho comparado para discutir en los sistemas de justicia la protección efectiva de los derechos fundamentales que dependen de la calidad del medio ambiente y la conservación de la naturaleza.<sup>150</sup>

En varios casos de litigio climático en el derecho comparado, los tribunales han invalidado las políticas públicas determinadas por los poderes ejecutivos o legislativos para la mitigación de gases de efecto invernadero, por considerar que son insuficientes para cumplir con las metas del Acuerdo de París, o porque las autoridades actuaron de manera discrecional, arbitraria y caprichosa, sin considerar la ciencia del cambio climático y en contravención a sus deberes de cautela y debida diligencia; violando así derechos fundamentales como los de vivir en un medio ambiente sano; la seguridad jurídica y el debido proceso; poder llevar una vida digna; o al libre desarrollo de la personalidad, tanto de las personas en el presente, como de las generaciones futuras.<sup>151</sup>

---

150 Para más referencia sobre el estado actual y las tendencias del litigio climático en el derecho comparado, véanse Banda, María L., *Climate Science in the Courts: A Review of U.S. and International Judicial Pronouncements*, Washington, D.C., Environmental Law Institute, 2021. Disponible en: « <https://www.eli.org/research-report/climate-science-courts-review-us-and-international-judicial-pronouncements> » (Consultado el 8 de agosto de 2022); de Windt, Claudia y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental II. El cambio climático en los tribunales: desarrollos y tendencias sobre justicia climática en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. Disponible en: « <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/antologia-judicial-ambiental-ii> » (Consultado el 15 de septiembre de 2022); Setzer, Joana y Higham, Catherine, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2022, Disponible en: « <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/08/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf> » (Consultado el 4 de agosto de 2022); United Nations Environment Programme, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, Nairobi, 2020. Disponible en: « <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review-> » (Consultado el 15 de septiembre de 2022).

151 Por ejemplo, en uno de los casos más emblemáticos en el litigio climático comparado, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, la Suprema Corte holandesa dictó una sentencia en la cual confirmó el orden dictada por una corte de distrito para que el gobierno estableciera una

Asimismo, las tendencias del litigio climático apuntan cada vez más a la responsabilidad corporativa y personal para actuar con debida diligencia frente a los riesgos del cambio climático y la información científica cada vez más inequívoca al respecto. Los estudios sobre el litigio climático comparado han documentado también una amplia gama de estrategias para influir en las prácticas corporativas de los sectores público y privado, a través de acciones criminales por fraude, de responsabilidad civil y por daño ambiental, o por la violación a los derechos de información a inversionistas y consumidores, o a las obligaciones fiduciarias sobre el manejo de riesgos, como los causados por el cambio climático.<sup>152</sup>

En este contexto han surgido casos importantes presentados por organizaciones civiles o grupos de jóvenes, entre otros actores, en contra de compañías transnacionales dedicadas a la extracción, refinación y comercialización de combustibles fósiles (*Carbon Majors*)<sup>153</sup>, pero también otras como las industrias mineras, cementeras o energéticas, argumentando que sus emisiones masivas de gases de

---

política nacional dirigida a la reducción de los gases de efecto invernadero nacionales al menos en un 25% para el año 2020 (comparado con los niveles de 1990). Entre los argumentos que motivaron su decisión, la Suprema Corte afirmó que el Estado holandés tenía un deber de cuidado para proteger de los riesgos del cambio climático peligroso, los derechos a la vida y a la vida privada y familiar reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el 2021, en el caso *Neubauer et. al. v Germany*, interpuesto por un grupo de jóvenes que reclamaron la falta de ambición para mitigar el cambio climático en la legislación nacional, la Corte Constitucional alemana resolvió que las metas y las cantidades de emisiones de gases de efecto invernadero permitidas hasta el 2030, eran incompatibles con los derechos fundamentales protegidos por la Constitución (como el libre desarrollo de la personalidad) y exhortó al gobierno federal a aumentar sus metas de reducción de emisiones para el año 2030; determinar las metas de mitigación climática que se implementarían después de esa fecha y adelantar el plazo para alcanzar la neutralidad climática en Alemania, del 2050, al 2045.

En otro caso importante, conocido como *PSB et al. v. Brazil*, cuatro partidos políticos interpusieron un recurso jurídico para reclamar las omisiones del gobierno para operar efectivamente el fideicomiso para la acción climática (Fundo Clima) y proporcionar los recursos necesarios para que pudieran realizarse acciones esenciales para la mitigación del cambio climático y la adaptación a sus impactos, como el monitoreo de la deforestación en el Amazonas. En agosto del 2022 la Suprema Corte brasileña, al interpretar que los tratados internacionales para la protección del medio ambiente, incluyendo al Acuerdo de París, son tratados sobre derechos humanos y por lo tanto, tienen un carácter supranacional, resolvió que no pueden esgrimirse razones válidas para omitir el combate al cambio climático en las políticas domésticas y ordenó al gobierno la reactivación inmediata del fideicomiso.

152 Véase Setzer, Joana y Higham, Catherine, 2021, *op. cit.*, p. 27.

153 Bajo esta denominación se incluyen a las compañías más grandes en el mundo dedicadas a la producción y comercialización de combustibles fósiles, como BP, ExxonMobil, Aramco, Chevron, Shell, Equinor, Total, RWE, y Drax and Ineos. Véase Setzer, Joana y Higham, Catherine, 2021, *op. cit.*, p. 29.

efecto invernadero y su contribución al cambio climático global, vulneran los derechos fundamentales de millones de personas en el mundo.<sup>154</sup>

Como puede notarse en casos que se han documentado en alrededor de 45 países<sup>155</sup> cada vez están llegando a los tribunales un mayor número de litigios que involucran argumentos sobre la violación de derechos fundamentales por la inacción o la falta de ambición de los gobiernos para lograr la mitigación del cambio climático y la adaptación a sus impactos adversos, demandan que se implementen políticas efectivas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y cumplir en tiempo las metas del Acuerdo de París y al mismo tiempo pueden ser entendidas como estrategias para proveer al régimen climático post-París, de mecanismos procesales y sustantivos para traducir las metas mencionadas en compromisos legalmente vinculantes en el nivel doméstico.<sup>156</sup>

Así, aun cuando muchos de los casos relacionados con la demanda de una mayor y más efectiva acción climática no se han resuelto a favor de quienes los presentan<sup>157</sup>, los casos que se han presentado y se prevé se presentarán en el fu-

154 Por ejemplo, en el emblemático caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*, organizaciones no gubernamentales y más de 17, 000 personas, presentaron una demanda ante la Corte de Distrito de la Haya, en la cual hicieron valer la responsabilidad corporativa de la transnacional Shell para ejercer un deber de cuidado y diligencia requerido para el respeto a los derechos humanos, que debía traducirse en una reducción general de sus emisiones totales (directas e indirectas) de gases de efecto invernadero. La Corte determinó que, si bien Shell no había actuado ilegalmente, tenía una obligación de resultado para reducir sus emisiones de carbono y estaba vinculada a las metas del Acuerdo de París y el respeto a los derechos humanos protegidos convencionalmente.

155 Para un seguimiento actualizado de los casos de litigio climático en el mundo puede consultarse la base de datos del Sabin Center for Climate Change Law, en la Universidad de Columbia, Nueva York, disponible en: « <http://climatecasechart.com/> ». (Consultada el 15 de septiembre de 2022).

156 Véase Rodríguez-Garavito, César, (ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action*, Nueva York, Cambridge University Press, 2021.

157 Por ejemplo, César Rodríguez-Garavito ha documentado que las decisiones definitivas en casos presentados desde el 2015 se dividen más o menos en la misma proporción en casos ganados por los promoventes y aquellos en los cuales no se han reconocido los derechos o las pretensiones que demandan. Los casos exitosos incluyen: *Urgenda Foundation v. Netherlands*; *Rodríguez Peña v. Colombia* (“Amazon’s Future Generations”); *Leghari v. Pakistan*; in re *Carbon Majors*; *Friends of the Irish Environment v. Ireland*; *Commune de Grande-Synthe v. France*; *Notre Affaire à Tous v. France*; *Castilla Salazar v. Colombia*; *Save Lamu v. National Environmental Management Authority*; *Willmeng v. Thornton*; *Farooq v. Pakistan*; *Private Corporation for the Development of Asyén v. Environmental Evaluation Service*; *Instituto Preservar c. Copelmi Mineracao Ltda*; *Moncayo et al. v. PetroAmazonas et al.*; *Neubauer v. Germany*; *Shrestha v. Prime Minister*; *Client Earth v. European Investment Bank*; and *Development YES – Open Pit Mines NO v. Group PZU S.A.*. También se cuenta aquí el caso resuelto por la Se-

turo cercano en los tribunales de varios países, incluyendo a México, están avanzando a pasos acelerados la discusión sobre los temas más críticos en el acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales y el medio ambiente, como la legitimación procesal activa con enfoque intergeneracional. Asimismo, múltiples casos que se han documentado en litigios en varios países del mundo, en los cuales los informes del Panel Intergubernamental de Cambio Climático de las Naciones Unidas han jugado un papel clave, demuestran que la ciencia de la atribución del cambio climático es lo suficientemente sólida para establecer conexiones causales entre el aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, el calentamiento global y un amplio rango de impactos y daños visibles en los ecosistemas y las condiciones ambientales.<sup>158</sup> La ciencia de la atribución del cambio climático se perfila así como un elemento crucial para resolver uno de los temas más complejos en los litigios ambientales, relacionada con la determinación del nexo de causalidad entre las acciones u omisiones de agentes contaminantes o que tienen un deber de cuidado para proteger el medio ambiente y los riesgos o daños causados, lo cual es un componente esencial de la responsabilidad civil, penal y ambiental, que puede transformar el impacto real, en la práctica, de los sistemas de justicia en las crisis actuales de pérdida de biodiversidad, contaminación y calentamiento global.

## V. CONCLUSIONES

La definición del contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano como un derecho autónomo en los sistemas de justicia internacional, regionales e internos, se ha considerado una tarea difícil, debido a factores como el carácter difuso de los riesgos y daños ambientales y las incertidumbres que los rodean; la complejidad de determinar en muchas ocasiones los nexos de causalidad entre las acciones u omisiones que desencadenan o pueden desencadenar los impactos al medio ambiente y sus resultados puntuales; o las implicaciones del concepto de equidad intergeneracional en la toma de decisiones en el presente. Entre las críticas que se han formulado para el reconocimiento universal de este derecho se ha dicho, por ejemplo, que no es justiciable porque su definición es

---

gunda Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en México, sobre la desregulación de la normatividad técnica para el control del etanol en las gasolinas, en el Amparo en Revisión 610/2019. Véase Rodríguez-Garvito, César, *op. cit.*, p. 11.

158 Véase Burger, Michael, et. al., “The Law and Science of Climate Change Attribution”. *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45, *núm. 1*, 2020. Disponible en: « <https://doi.org/10.7916/cjel.v45i1.4730> » (Consultado el 4 de agosto de 2022).

ambigua y es un derecho programático que debe desarrollarse a través de políticas públicas a cargo de los poderes electos democráticamente y no por los tribunales.

En mi opinión, la mayoría de esas críticas no tiene sustento y ha quedado superada en la actualidad, tanto por los avances en el conocimiento científico sobre los problemas ambientales y relacionados con el cambio climático, como por los desarrollos jurisprudenciales en el derecho internacional y comparado, que han dotado de un contenido teórico y empírico cada vez más puntual a los instrumentos jurídicos para la protección del medio ambiente y sus principios rectores, lo cual configura una doctrina cada vez más consistente sobre las implicaciones que tienen la contaminación, el declive de la naturaleza y el cambio climático sobre los derechos fundamentales.

Como han reconocido el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte IDH, la garantía del derecho humano a un medio ambiente sano requiere la plena aplicación de los acuerdos internacionales y la legislación sobre la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales, con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional. Esto remite a la aplicación desde un enfoque de derechos humanos de los múltiples instrumentos internacionales en materia ambiental, que cubren la mayoría de los problemas en el centro de la crisis ecológica global, incluyendo el cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono, la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica, los contaminantes orgánicos persistentes, las sustancias tóxicas.

A su vez, los tratados y principios ambientales se convierten en parámetros para evaluar el cumplimiento de las obligaciones generales de los Estados para el respeto, la protección y garantía del derecho a un medio ambiente sano y otros derechos fundamentales conexos. Lo mismo ocurre con los principios contenidos en la Declaración de Río, como los de precaución y prevención, y otros emergentes en la jurisprudencia comparada —como los de *in dubio pro natura*; *in dubio pro aqua* y *propter rem*— que se han incorporado a numerosos tratados internacionales y leyes nacionales, y se han utilizado como sustento central de la mayoría de las decisiones judiciales en el derecho internacional, regional y comparado, sobre las violaciones a los derechos ambientales.

En el caso de México se ha ido desarrollando progresivamente un sistema de jurisprudencia constitucional que enfoca el derecho humano a un medio ambiente sano en sus diferentes dimensiones de justicia individual, colectiva e intergeneracional, y ha puesto en el centro de la tutela judicial a la naturaleza por su valor intrínseco. La interpretación de la Corte que identifica la conservación del medio natural como núcleo esencial del derecho humano a un medio ambiente sano, representa un avance de gran importancia para repensar desde una ética no utilitaria los criterios y mecanismos de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional sobre los principios que deben informar la tutela efectiva de este derecho fundamental han evolucionado a criterios que sientan bases sólidas para su ejercicio real, en la práctica.

La interpretación de la Corte de los principios de transversalidad, *propter rem* y no regresión, dan un contenido sustantivo a los mandatos para un desarrollo sustentable (incluyendo la equidad intergeneracional) y la conservación de los recursos naturales, así como la preservación y restauración del equilibrio ecológico, contenidos en los artículos 25 y 27 constitucionales, porque obligan a incorporar las variables ambientales en las decisiones de todos los sectores de la economía, así como a imponer las restricciones, condiciones y modalidades que sean necesarias para garantizar que los derechos de propiedad se realicen de una forma que no destruya a la naturaleza y cause daños colectivos que pueden ser irreparables, al deteriorar los servicios de los ecosistemas de los cuales depende el bienestar humano.

Lo mismo ocurre con el principio de prevención y la definición jurisprudencial de los requisitos mínimos que debe cumplir la evaluación de impacto ambiental de las actividades que puedan causar daños a los ecosistemas y sus servicios ambientales; y con los criterios que asocian el principio de precaución a un estándar de la mejor información científica disponible; o la revaloración de instituciones procesales como la reversión de la carga de la prueba a cargo de los agentes que pueden impactar el medio ambiente.

En cuanto a los derechos de acceso, la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte ha avanzado también en la consideración de las obligaciones de las autoridades y los agentes privados para crear o no interferir con un ambiente propicio para la defensa del medio ambiente y los derechos ambientales. El acceso a la información y la participación pública en asuntos ambientales se tratan como derechos fundamentales protegidos, no sólo por el Acuerdo de Escazú, sino también por otros instrumentos convencionales de los cuales es parte el Estado mexicano, como la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por la propia Constitución Federal directamente. Los criterios jurisprudenciales, tanto de la Corte IDH, como de la SCJN, sobre el derecho de participación pública, que presupone el de acceso a la información, dejan claro que las consultas públicas y reuniones informativas (también sujetas al estándar de la mejor información disponible) en los procesos de decisión que puedan tener impactos adversos sobre el medio ambiente no pueden ser una simulación; deben tener un contenido sustantivo; llevarse a cabo cuando todavía pueda incidirse en los resultados y es necesario dar cuenta de los procesos deliberativos.

El derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales puede avanzar también hacia una tutela judicial más efectiva a través de los criterios de la Corte que

se refieren a la adopción de una mirada amplia del interés legítimo en el amparo ambiental, considerando los principios *in dubio pro actione*, *indubio pro natura* y precautorio. Lo mismo ocurre con los efectos de las sentencias recientes, que definen pautas específicas de comportamiento y resultado para asegurar la debida reparación de las violaciones al derecho humano a un medio ambiente sano, a través de la restauración de los ecosistemas o la remediación de los daños ambientales.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

¿Cómo inciden las condiciones del medio ambiente y el estado de conservación de la naturaleza en los derechos fundamentales? ¿Cuáles son los derechos fundamentales más vulnerables a la degradación del medio ambiente y cómo se configura la relación de conexidad? ¿Cuáles son las dimensiones en las que se desarrolla y debe protegerse el derecho a un medio ambiente sano, como un derecho autónomo? ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos en el derecho internacional e interno, así como los principios rectores que informan y dan contenido sustantivo a la interpretación del derecho a un medio ambiente sano? ¿Cuáles son los presupuestos mínimos que deben observarse para el respeto y la garantía de los derechos de acceso a la información ambiental y la participación pública en asuntos ambientales? ¿Cuáles son los desarrollos más relevantes en la jurisprudencia constitucional y comparada para avanzar en el acceso efectivo a la justicia en asuntos ambientales?

### Fuentes

- Banda, María L., *Climate Science in the Courts: A Review of U.S. and International Judicial Pronouncements*, Washington, D.C., Environmental Law Institute, 2021. Disponible en: «<https://www.eli.org/research-report/climate-science-courts-review-us-and-international-judicial-pronouncements>»
- Beylerlin, Ulrich, “Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles and Rules”, en Bodansky, Daniel *et al.*, (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 425.
- Bosselman, Klaus, “*Human Rights and the Environment: Redefining Fundamental Principles?*”, en Gleeson, Brendan y Low, Nicholas (eds.), *Governing for the Environment: Global Problems, Ethics and Democracy*. Basingstoke, Hampshire, 2001.
- Bryner, Nicholas, “Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Forthcoming, 2021. Disponible en: «<https://ssrn.com/abstract=3947359>»
- Bryner, Nicholas, “Aplicando el principio *in dubio pro natura* para la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental”, en de Windt, Claudia, y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental 2017-2020*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

- Burger, Michael; Wentz, Jessica y Horton, Radley, “The Law and Science of Climate Change Attribution”. *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45, núm. 1, 2020. Disponible en: «<https://doi.org/10.7916/cjel.v45i1.4730>»
- Cafferata, Néstor A., *Prueba y Nexo de causalidad en el daño ambiental*, en Sexto Encuentro Internacional de Derecho Ambiental Memorias, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008.
- Capelli, Silvia, “Principio in dubio pro natura”, en de Windt, Claudia, y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental 2017-2020*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- Carducci, Michele *et al.*, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*. European Economic and Social Committee (EESC), Bruselas, 2020. Disponible en: «<https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eucharter-fundamental-rights-nature>»
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*. Bruselas, 2000. Disponible en: «<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=LT>» (Consultado el 11 de agosto de 2022).
- Darpö, Jan y Nilsson, Annika, “Sustainability and the Courts: A Journey Yet to Begin?”, *Journal of Court Innovation*, vol. 3, núm. 1, 2010, pp. 111-120; United Nations Environment Programme. *Environmental Courts & Tribunals-A Guide for Policy Makers*, 2016. Disponible en: «<https://wedocs.unep.org/20.500.11822/10001>»
- Darpö, Ian, *Can Nature get it Right? A Study on the Rights of Nature*. Parlamento de la Unión Europea. Bruselas, 2021. Disponible en: «[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)689328)».
- de Windt, Claudia y Rabasa, Alejandra (coords.), *Antología Judicial Ambiental II. El cambio climático en los tribunales: desarrollos y tendencias sobre justicia climática en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. Disponible en: «<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/antologia-judicial-ambiental-ii>»
- IPBES, *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. S. Díaz, J. Settele, E. S. Brondízio E.S., H. T. Ngo, M. Guèze, J. Agard, A. Arneth, P. Balvanera, K. A. Brauman, S. H. M. Butchart, K. M. A. Chan, L. A. Garibaldi, K. Ichii, J. Liu, S. M. Subramanian, G. F. Midgley, P. Miloslavich, Z. Molnár, D. Obura, A. Pfaff, S. Polasky, A. Purvis, J. Razzaque, B. Reyers, R. Roy Chowdhury, Y. J. Shin, I. J. Visseren-Hamakers, K. J. Willis, and C. N. Zayas (eds.). IPBES secretariat, Bonn, Germany. 56 pages. Disponible en: «<https://ipbes.net/global-assessment>»
- Lorenzetti, Ricardo Luis y Lorenzetti, Pablo, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018.
- Preston, Brian J. “Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals.” *Journal of Environmental Law*, vol. 26, no. 3, 2014, pp. 365-93. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/26168843>»
- Prieur, Micheal, “Non-regression in Environmental Law”, *SAPIENS*, vol. 5, núm. 2, 2012. Disponible en: «<https://journals.openedition.org/sapiens/1405>»
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Hacer las paces con la naturaleza: Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación*, Nairobi, 2021, p. 10. Disponible en: «<https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>»



- Rebolledo, Sebastián, “El principio precautorio y la carga de la prueba”, en Vázquez, Carmen, (coord.), Ciencia y Justicia, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 355-402.
- Rodríguez-Garavito, César, (ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action*, Nueva York, Cambridge University Press, 2021.
- Sandin, Per, “Dimensions of the Precautionary Principle. Human and Ecological Risk Assessment”, *An International Journal*, núm. 5, pp. 889-907
- Sands, Philippe, y Peel, Jaqueline, *Principles of International Environmental Law*, 4a ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2018, p. 199.
- Setzer, Joana y Higham, Catherine, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021. Disponible en: «<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-litigation-2021-snapshot/>»
- Setzer, Joana y Higham, Catherine, *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot*. Londres, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, Disponible en: «<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/08/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf>»
- Shelton, Dinah, “Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 35, núm.1, enero de 2006, pp. 129-171.
- Steffen, W; Richardson, K; Rockström, J; Cornell, S.E; Fetzer, I; Bennett, E.M; Biggs, R; Carpenter, S.R; de Vries, W; de Wit, C.A; Folke, C; Gerten, D; Heinke, J; Mace, G.M; Persson, L.M; Ramanathan, V; Reyers, B; Sorlin, S, “Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet”. *Science* Vol. 347 no. 6223, 2015.
- Stone, Christopher. *Should the Trees Have Standing? Law Morality and the Environment*. New York, Oxford University Press, 2001.
- United Nations Environment Programme (2021). *Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered*. Nairobi. Disponible en: «<https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2021>» 2022).
- Weiss, Edith Brown. *In Fairness To Future Generations and Sustainable Development*. *American University International Law Review* 8, no. 1, 1992, pp. 19-26.
- Wiener, Jonathan B., “Precaution”, en Bodansky et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of Environmental Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- Zander, Joakim, *The Application of the Precautionary Principle in Practice. Comparative Dimensions*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

## Resoluciones, opiniones e informes de organismos internacionales

- Comisión IDH. *Emergencia Climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos*. Resolución No. 3/2021, 31 de diciembre de 2021.
- Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y la integridad personal (interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 23/2017, 15 de noviembre de 2017.

Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. A/76/L.75, del 26 de julio de 2022.

Informe del Relator Especial (antes el Experto Independiente) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible: el medio ambiente no tóxico*. A/HRC/49/53, del 12 de enero de 2022.

Informe del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, *Armonía con la naturaleza*. A/74/236, del 26 de julio de 2019.

Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. *El cambio climático y la pobreza*. A/HRC74/1/39, del 17 de julio de 2019.

Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Cambio climático*. A/HRC/31/52, del 1º de febrero de 2016.

Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes. *Derechos humanos de los migrantes*. A/67/299, del 13 de agosto de 2012.

Informe del Relator Especial (antes el Experto Independiente) sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. *Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. A/HRC/37/59. (24 de enero de 2018).

### **Normativa internacional**

Acuerdo de París.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales (Acuerdo de Escazú).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia del Agua (Declaración de Brasilia).

Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo).

Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río).

Declaración sobre el Estado de Derecho en Materia Ambiental de la Comisión de Derecho Ambiental Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)

### **Normativa nacional**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Cambio Climático.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos.

Ley General de Vida Silvestre.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 54/2021, (9 de febrero de 2022)

SCJN, Primera Sala, Controversia Constitucional 212/2018, (29 de septiembre de 2021)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 237/2020, (14 de abril de 2021)

SCJN, Primera Sala, Recurso de Queja 35/2020, (9 de septiembre de 2020)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 610/2019, (15 de enero de 2020)

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 640/2019, (15 de enero de 2020)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 289/2020, (13 de enero de 2021)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 953/2019, (6 de mayo de 2020)

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 307/2016 (14 de noviembre de 2018)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 641/2017, (18 de octubre de 2018)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 365/2018, (5 de septiembre de 2018)

SCJN, Segunda Sala, Contradicción de Tesis 270/2016, (1 de noviembre de 2017)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 921/2016, (5 de abril de 2017)

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 923/2016, (5 de abril de 2017)

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1890/2009, (7 de octubre de 2009).



## Capítulo 18

# Los derechos laborales

Héctor Orduña Sosa\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES. 1. Derecho al trabajo. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. a. Libertad de trabajo. b. Estabilidad laboral. 2. Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3. Derechos colectivos. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. a. *Libertad sindical*. b. Negociación colectiva. c. *Huelga*. 4. Igualdad de trato y no discriminación. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 5. Erradicación del trabajo infantil. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 6. Prohibición del trabajo forzoso. A. Doctrina. B. Normativa. C. Corte Interamericana de Derechos Humanos. D. Suprema Corte de Justicia de la Nación. III. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo está dedicado a los derechos humanos laborales, que son el conjunto de derechos que protegen a la persona en su ocupación y desde el acceso al empleo remunerado, durante su desarrollo e incluso después de su terminación.<sup>1</sup>

---

\* Magistrado de Circuito adscrito al Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

1 Para efectos estadísticos, se suelen emplear los conceptos de ocupación y empleo, que constituyen una referencia para identificar al tipo de actividad sobre la que versa el ejercicio estadístico, y ayudan a tener claridad sobre el ámbito de protección de los derechos humanos de la persona que realiza esas actividades. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fijó el concepto general de ocupación, y dentro del gran grupo de personas ocupadas identifica a los trabajadores ocupados a cambio de una remuneración.

“27. Las personas en la ocupación, o personas ocupadas, se definen como todas aquellas personas en edad de trabajar que, durante un período de referencia corto, se dedicaban a alguna actividad para producir bienes o prestar servicios a cambio de remuneración o beneficios.

Se clasifican en esta categoría:

a) las personas ocupadas y ‘trabajando’, es decir, que trabajaron en un puesto de trabajo por lo menos una hora, y

Algunos de estos derechos tienen contenido específico laboral, como los derechos sindicales. Otros tienen una aplicación general, pero son relevantes en los conflictos derivados del trabajo; por ejemplo, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, y el de acceso a la justicia, los cuales son necesarios para la protección de todos los derechos laborales en los diferentes aspectos de la ocupación y el empleo. De acuerdo con el profesor Mario Pasco Cosmópolis hay derechos fundamentales de contenido netamente laboral, y derechos laborales que no se consideran en la categoría de fundamentales, y retoma del jurista Carlos Manuel Palomeque la expresión de derechos inespecíficos laborales, que son los que corresponden a los trabajadores en tanto ciudadanos, y que pueden ser exigidos al interno de la relación laboral. Dentro de esos derechos menciona, entre otros, a la libertad ideológica, a la libertad de información, al derecho de reunión.<sup>2</sup> El mismo autor destaca que algunos derechos han sido laboralizados, esto es, que el legislador ha incorporado en los textos legales.<sup>3</sup> Por ejemplo, en el artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo, se incorporó el derecho a la no discriminación.

---

b) las personas ocupadas pero ‘sin trabajar’ debido a una ausencia temporal del puesto de trabajo o debido a disposiciones sobre el ordenamiento del tiempo de trabajo (como trabajo en turnos, horarios flexibles y licencias compensatorias por horas extraordinarias)”.

Cfr. Resolución sobre las estadísticas del trabajo, la ocupación y la subutilización de la fuerza de trabajo. 19ª Conferencia de Estadísticos del Trabajo, 2013 (consulta: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms\\_234036.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_234036.pdf)).

Para esos mismos efectos estadísticos, existe la Clasificación Internacional de Estatus de 1993 en ocupación (CISO-93) de OIT, la cual clasifica los empleos en cinco categorías principales, que pueden agruparse en dos grandes tipos de empleos: los empleos remunerados (asalariados) y los empleos independientes (empleadores, trabajadores por cuenta propia, trabajadores familiares colaboradores y miembros de cooperativas de productores). Cfr. *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE)*, 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, enero de 1993.

- 2 Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, “Los derechos laborales inespecíficos”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, pp. 25 y 26. Cfr. Carrillo Callé. Martín, “Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales”, en ADEC-ATC, Lima, Perú, 1993, pp. 44 y 45, citado en Martínez Salgueiro, María Elena, “Derechos económicos, sociales y culturales en la relaciones laborales-OIT: Análisis de la situación en América Latina”, en Antonio Cancado Trindade y otros (eds.), *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 151. Disponible: «<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1840-estudios-basicos-de-derechos-humanos-t-vi#71072>».
- 3 Palomeque López, Carlos Manuel, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 42, citado en Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, 2a. ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2016, p. 61.

En nuestro país, el profesor Alfredo Sánchez Castañeda ubica como derechos fundamentales en el mundo del trabajo, el derecho al trabajo, el derecho a llevar una vida de acuerdo con la dignidad humana (integrado a su vez por los derechos fundamentales definidos en la Declaración de OIT de 1998), el derecho a una formación profesional de por vida, así como a contar con una protección social adecuada.<sup>4</sup>

La protección de los derechos humanos laborales tiene origen en la lucha por la justicia social que en el plano internacional aparece en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919; lucha que previamente encontró expresión en la Constitución de Weimar y la Constitución mexicana de 1917. La justicia social ofrece a cada persona en el trabajo “la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades su justa participación en las riquezas que han contribuido a crear”.<sup>5</sup> Para el doctor Jorge Carpizo, el derecho al trabajo, así como los derechos de los trabajadores, forman parte de la declaración de los derechos de la justicia social en la Constitución Mexicana, en la cual también deben incluirse los instrumentos (con excepción de los derechos procesales que tienen un tratamiento aparte) con que cuenta el Estado para hacerlos efectivos. Asimismo, subraya que los derechos sociales y el Estado social forman una unidad indestructible.<sup>6</sup>

Como lo refiere el jurista Carlos Blancas Bustamante, en la doctrina se resalta la importancia de estos antecedentes de la constitucionalización de los derechos laborales de la persona trabajadora. Menciona que ello significó una de las transformaciones más profundas del constitucionalismo liberal mediante “el reconocimiento de un conjunto de pretensiones del individuo relativas al ámbito de sus relaciones económicas, sociales y culturales dentro de la sociedad”: el reconoci-

---

4 Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. 12, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, p. 664 [Consulta: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11477>].

5 Cfr. “La necesidad de la Justicia Social”, en el sitio de Internet de la Organización Internacional del Trabajo, «<https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/need-for-social-justice/lang-es/index.htm>»; véase también Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo Derecho del Trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, pp. 123-130.

6 Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y otros. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, pp. 419-422, [consulta: «<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3063-construccion-y-papel-de-los-derechos-sociales-fundamentales#109576>» 29 de julio de 2022, 15:00].

miento de los derechos sociales.<sup>7</sup> Esas pretensiones son los derechos sociales, que han sido entendidos como inmunidades frente al mercado.<sup>8</sup>

De acuerdo con Arturo Bronstein, las reglas y prácticas que gobiernan el trabajo productivo son tan esenciales para el funcionamiento de la economía de mercado como los derechos de propiedad. Este autor advierte sobre la dimensión moral que tienen los derechos laborales, que se traduce en la idea de que el trabajo no es una mercancía, la cual se encuentra en la Constitución de OIT.<sup>9</sup> Esa misma afirmación se encuentra en el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo.

Como una primera aproximación, se subraya la importancia que tuvo la constitucionalización de los derechos que protegen a los trabajadores, la cual estuvo precedida por la lucha por la justicia social, y que se tradujo en la imposición de límites al mercado, con una clara dimensión de moral en el sentido de proteger la dignidad de los trabajadores, que haya expresión en la afirmación de que el trabajo no es una mercancía. Ese proceso de constitucionalización de los derechos laborales implicó un antecedente relevante en el reconocimiento y protección de los derechos sociales.

Al abordar el estudio de los derechos sociales, se ha recuperado el concepto de ciudadanía social, acuñado originalmente por T.H. Marshall desde una visión evolucionista de los derechos. La ciudadanía en ese esquema es entendida como un “sistema de garantías que asegura que cada individuo sea tratado, jurídica-

---

7 Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona...*, op. cit., p. 53. Sobre la percepción histórica de la constitucionalización de los derechos laborales y del surgimiento de los derechos sociales, ver Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-36. Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (eds.), *Derechos sociales: instrucciones de uso...*, México: Fontamara, 2003, pp. 26-30. García Ramírez, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución Mexicana”, en *Estudios jurídicos*, México, UNAM, 2000, pp. 15-54. Sobre la desmercantilización del trabajo y la necesidad de su protección frente a las formas de trabajo atípico, véase López Ahumada, J. Eduardo, “Garantía universal laboral y la reafirmación del derecho al trabajo protegido promovido por OIT”, en López Ahumada, J. Eduardo (dir. y coord.), *OIT y América Latina: trabajo y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 25-60. Este autor refiere que el derecho al trabajo está configurado “como un derecho de la persona contextualizado en un sistema social productivo, que impone obligaciones positivas de intervención a los poderes públicos para conseguir su propia eficacia” (p. 38).

8 Añón, María José, “Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2002, [consulta: «<https://www.uv.es/~afd/CEFD/6/anyon.htm>].

9 Bronstein, Arturo. *Derecho internacional y comparado del trabajo: desafíos actuales*, trad. Mariano C. Melero, México, OIT, Plaza y Valdés, 2010.



mente, como un miembro pleno de una sociedad de iguales”;<sup>10</sup> Marshall consideraba fundamental que la vía para lograr ese objetivo de pertenencia consistía en otorgar a los individuos un número creciente de derechos sociales.<sup>11</sup> Arturo Bronstein precisa que “la empresa como una ciudadela amurallada donde los trabajadores eran súbditos”, y no ciudadanos, gracias al desarrollo de los derechos humanos en el puesto de trabajo en la década de los sesenta del siglo pasado.<sup>12</sup>

En ese marco, es estrecha la vinculación entre los derechos laborales y los derechos sociales, al grado de que, como lo expresa el profesor Gerardo Pisarello, en el Estado social, con el capitalismo fordista como trasfondo, la protección legal de los derechos sociales quedó subordinada a la garantía de los derechos laborales, y ello generó una doble desprotección. Por un lado, de los grupos que acceden a la ciudadanía mediante el mercado laboral, como las mujeres o los extranjeros, y por otro, la de los recursos naturales, como la tierra, el agua o los alimentos, “que representan para el modelo productivista de desarrollo capitalista un objeto de explotación estatal o privada casi ilimitada”.<sup>13</sup>

Así, en ese esquema, la protección social se proporcionó por medio de planes de seguro social contributivos, de base profesional, y por tanto no universales, por lo que el hombre adulto a quien se dirigía la política de pleno empleo era el sujeto que producía (forjaba) la ciudadanía social, en tanto que los demás miembros de la familia, como la mujer, que no tenían un empleo sólo tenían “garantías vicarias”.<sup>14</sup> México no es ajeno a este modelo. La seguridad social en nuestro país encuentra reconocimiento en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución, mediante un esquema contributivo de carácter profesional, lo cual condiciona el acceso a ese otro derecho social a que se acceda a un empleo formal con un ingreso suficiente para garantizar prestaciones sociales adecuadas y suficientes.

Respecto a la ubicación de los derechos humanos laborales como derechos sociales, el profesor Blancas Bustamante explora las distintas tesis que se han emitido para dar respuesta a esa cuestión: una tesis negativa, otra afirmativa, una más mixta y la tesis unitaria e indivisible de los derechos fundamentales, la cual

---

10 Alonso, Luis Enrique, *La crisis de la ciudadanía laboral*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 12. Véase también Añón, María José, *op. cit.*

11 *Idem.*

12 Bronstein, Arturo, *op. cit.*, p. 149.

13 Pisarello, Gerardo, “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 29.

14 *Cfr.* Meda, D., *Les temps des femmes*, Paris, Flammarion, 2002, citado en Alonso, Luis Enrique, *op. cit.*, p. 71.

él defiende.<sup>15</sup> La tesis negativa destaca que los derechos laborales se traducen en obligaciones dirigidas al empleador, aunque algunos de ellos tengan un contenido prestacional, además de que hay otros derechos que se configuran como verdaderas libertades: la libertad sindical, la negociación colectiva o la huelga.<sup>16</sup> La tesis afirmativa toma en cuenta los fundamentos axiológicos y antropológicos de los derechos laborales que están ligados al valor de igualdad, y ello es suficiente para asignarles la calidad de derechos sociales, con independencia de que sean prestaciones.<sup>17</sup> De acuerdo con la tesis unitaria, el sustento de los derechos fundamentales laborales se encuentra en la dignidad humana, la cual funda las normas protectoras del trabajador, justifica las prestaciones y obligaciones que se imponen al empleador y garantiza las libertades que se reconocen a los trabajadores para obtener un trato digno, mejorar sus condiciones de trabajo y tutelar sus derechos.<sup>18</sup>

Desde otra perspectiva, a los derechos humanos laborales se les ubica en la categoría de los derechos económicos, junto con el derecho de propiedad y el de libre empresa.<sup>19</sup> Por ejemplo, en el caso *NLRB v. Bacock & Wilcox Co.*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América reconoció la constitucionalidad de la *National Labor Relations Act* (Ley Nacional de Relaciones Laborales), pero sostuvo que los derechos de los trabajadores deben ceder, o armonizarse, con los derechos de propiedad de los empleadores, “con la menor destrucción de uno como sea consistente con el otro”; en ese asunto se permitió que los empleadores impidieran la distribución en su propiedad de folletos de organización sindical por no trabajadores.<sup>20</sup> De acuerdo con el profesor Keith D. Ewing, los derechos económicos del trabajo se asocian a los principios social democráticos y con la socialización de la esfera privada, en contraste de lo que fue el derecho propiedad asociado al Estado liberal. Representan una afirmación sobre cómo la sociedad debe ser gobernada en todos sus aspectos, más que lo que el gobierno tiene que hacer o no hacer.<sup>21</sup>

---

15 Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Lima, Palestra, 2015, pp. 73-95.

16 *Ibidem*, pp. 75 y 76.

17 *Ibidem*, pp. 82-89.

18 *Ibidem*, pp. 94 y 95.

19 Cfr. Goig Martínez, Juan Manuel, “Los derechos económicos y sociales”, en Sánchez González Valencia, Santiago (ed.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 417-419. Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed. Madrid: Civitas, 2008, pp. 511-544; Ewing, K.D. “Chapter 50. Economic rights”, en Rosenfield, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Inglaterra, Oxford University Press, 2012, pp. 1036-1053.

20 351 US 105 (1956), citado en Ewing, K.D., “Chapter 50...”, *op. cit.*, p. 1039.

21 Ewing, K.D., “Chapter 50...”, *op. cit.*, p. 1053.

Las dificultades que surgen en cuanto a la clasificación de los derechos humanos laborales reflejan una de sus principales características: la subordinación de la persona trabajadora al poder de dirección del empleador. El poder directivo del empleador comprende la facultad normativa, facultad ordenadora, facultad de control y vigilancia, facultad de adaptación o variación y facultad disciplinaria o sancionadora.<sup>22</sup>

Este tipo de relación marcada por la subordinación lleva inevitablemente a la cuestión sobre la eficacia horizontal de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, aspecto que resulta primordial para la protección efectiva de la mayoría de los derechos humanos laborales. En palabras del profesor Fernando Valdés dal Ré, “la revisión crítica de los efectos verticales de los derechos fundamentales ha encontrado en la relación jurídica privada entre empresario y trabajador su mejor terreno de expresión y desarrollo”.<sup>23</sup> Esta afirmación aplica tanto para los derechos específicamente laborales como para aquellos que se denominan como inespecíficos.<sup>24</sup> Así se advierte en algunos precedentes que se expondrán en este trabajo, como es el ADR 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o el caso Buzos Miskitos contra Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuyos datos se expondrán más adelante).

En atención al poder que tienen las personas empleadoras y las peculiaridades de la relación laboral, la profesora Philippa Collins menciona que los conceptos y la aproximación a la aplicación de los estándares de derechos humanos deben ajustarse para tener en cuenta su naturaleza contractual y horizontal.<sup>25</sup> En su trabajo propone que en el Reino Unido se emita un Bill of Rights de los trabajadores para hacer efectivos frente a las personas empleadoras los derechos y estándares de interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual estaría acompañada de su propia metodología de análisis y remedios, que serían distintos a los que se aplican en la resolución tradicional de los conflictos de trabajo.<sup>26</sup>

---

22 Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales laborales...*, *op. cit.*, p. 66.

23 Valdés dal Ré, Fernando, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en *Libro de informes generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 41, citado en Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona...*, *op. cit.*, p. 58.

24 *Ibidem*, p. 59.

25 Collins, Philippa, *Putting Human Rights to Work: Labour Law, the ECHR, and the Employment Relation*, Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 57.

26 *Ibidem*, pp. 190 y ss.

Del origen histórico de los derechos humanos laborales, así como de su fundamento y clasificación, se puede advertir que no se reducen a derechos prestacionales a cargo del Estado, sino que tienden a configurar la organización de la sociedad en diferentes aspectos y que bajo ese rubro se agrupan diversos derechos, cuya eficacia horizontal frente a las personas empleadoras adquiere un papel relevante.

A continuación, se precisarán cuáles son los grupos de derechos que se analizarán en este capítulo.

Un primer grupo de derechos humanos laborales se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador). En los artículos 6, 7 y 8 de ambos tratados se reconoce el derecho al trabajo; el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, y los derechos sindicales.

Otro grupo corresponde a los cinco derechos que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce como fundamentales en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, aprobada en la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998, modificada en junio de 2022. En el seno de ese organismo se han aprobado 190 Convenios internacionales y 206 Recomendaciones. La OIT ha identificado diez convenios fundamentales, los cuales son vinculantes para todos los Estados que la integran, con independencia de su ratificación. Esos diez convenios corresponden a cinco derechos que también se reconocen como fundamentales. Los cinco derechos fundamentales y sus convenios respectivos son los siguientes:

- A) Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva
  - 1. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
  - 2. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
- B) Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio
  - 3. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29 y su Protocolo de 2014)
  - 4. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
- C) La abolición efectiva del trabajo infantil
  - 5. Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)
  - 6. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)

- D) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación
  - 7. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
  - 8. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
- E) La protección efectiva de condiciones de trabajo seguras y saludables
  - 9. Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155).
  - 10. Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187), pendiente de ratificar por México.

La importancia de separar los derechos humanos laborales fundamentales de los derechos humanos laborales radica en que los primeros obligan a todo Estado miembro de la OIT a respetarlos, y en la doctrina se ha mencionado que no pueden revertirse, como sí ocurriría con otros derechos que, referidos a las condiciones de trabajo, pueden ser modificados por la legislación interna o por la negociación colectiva.<sup>27</sup>

La exposición de este capítulo se basa en las categorías empleadas por los tratados ya mencionados y las referidas en la Declaración de la OIT de 1998:

- a) Derecho al trabajo,
- b) Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias,
- c) Derechos colectivos,
- d) Igualdad de trato y no discriminación,
- e) Erradicación del trabajo infantil, y
- f) Prohibición del trabajo forzoso.

Un aspecto por considerar antes de continuar con la exposición particular de cada derecho consiste en la indivisibilidad de los derechos y la construcción de un parámetro que exprese la articulación de los derechos en esta materia. En atención a esa indivisibilidad, el derecho al trabajo además de tutelar el acceso al empleo exige también que cumpla con las condiciones de un trabajo en el que se respeten los demás derechos laborales, individuales y colectivos, así como los derechos inespecíficos, como la libertad de expresión o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esa protección integral se sintetiza en el concepto de trabajo

---

27 *Cfr.* Villasmil, Humberto, “Las relaciones laborales en la era de la mundialización: una visión desde la OIT”, OIT, Oficina para Centroamérica, Panamá y República Dominicana, 2003, citado en Bensusán, Graciela, “Trabajadores [derechos de los]”, en Flores, Marcelo (dir.), *Diccionario de derechos humanos: cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Flacso, 2009, p. 329.

decente adoptado por la OIT, que se basa en cuatro pilares: 1) la creación de empleo, creación de empresas y desarrollo de recursos humanos, 2) la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 3) la protección social y 4) el diálogo social, y tiene a la igualdad de género como un objetivo transversal.<sup>28</sup> La doctora Patricia Kurczyn refiere que el trabajo decente es el concepto con el que la OIT hace referencia a los principios universales en materia de trabajo y con el cual identifica una serie de acciones y programas que, en Latinoamérica, se conoce más como trabajo digno.<sup>29</sup> Este último es el concepto que se adopta en el artículo 123, primer párrafo, de la Constitución Federal.

Cuando se emitió la Declaración del Centenario de la OIT (2019) sobre el Futuro del Trabajo, la organización mostró su preocupación por la protección de la persona que labora en condiciones precarias y sin protección social, en una ocupación fuera del sistema de trabajo decente con absoluta carencia de observancia de los derechos fundamentales en el trabajo. El problema no es menor: más de 60% de la población mundial trabaja en la economía de forma informal.<sup>30</sup> Ante esta situación de precariedad en la que es necesaria la promoción del trabajo decente, surgió el concepto de garantía laboral universal; esta garantía incluye la protección por medio de los principios y derechos fundamentales, asegurando el respeto de condiciones laborales básicas, salario digno adecuado, límites de horario y los derechos de un trabajo seguro y saludable.<sup>31</sup> Se trata de una medida que facilita un piso mínimo de protección social para todos los trabajadores y que es aplicable a todas las formas de empleo, lo que incluye el trabajo independiente.<sup>32</sup>

---

28 Página Web “Trabajo decente”, en el Portal de la OIT, consulta: «<http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>»; Somavía, Juan, *El trabajo decente: Una lucha por la dignidad humana*. Santiago: OIT, 2014, p. 12 (Disponible: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms\\_380833.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf)); OIT. *Toolkit for Mainstreaming employment and decent work-Country level application*. Ginebra: OIT, 2007, pp. 6 y 7. (Disponible: [https://www.ilo.org/pardev/partnerships/partnerships-and-relations/ceb-toolkit/WCMS\\_172612/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/pardev/partnerships/partnerships-and-relations/ceb-toolkit/WCMS_172612/lang-en/index.htm)).

29 Kurczyn Villalobos, Patricia, “Artículo 123. Comentario”, en *Derechos del pueblo mexicano*. México a través de sus constituciones, vol. VI. México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 262.

30 López Ahumada, J. Eduardo, *op. cit.*, p. 50.

El empleo informal lo define la OIT de esta manera: “3. (5) Se considera que los asalariados tienen un empleo informal si su relación de trabajo, de derecho o de hecho, no está sujeta a la legislación laboral nacional, el impuesto sobre la renta, la protección social o determinadas prestaciones relacionadas con el empleo (preaviso al despido, indemnización por despido, vacaciones anuales pagadas o licencia pagada por enfermedad, etc.)”. Directrices sobre una definición estadística de empleo informal, adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (noviembre-diciembre de 2003), [consulta:

31 <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/download/guidelines/defempl.pdf>.

*Ibidem*, p. 51.

32 *Ibidem*, p. 40.

Como parte de esta introducción, se destacan algunos criterios que inciden de manera general sobre el contenido jurisprudencial de los derechos que se abordan en este capítulo. La doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado los derechos laborales específicos y, por supuesto, también los inespecíficos. El caso Lagos del Campo contra Perú representa un cambio de línea jurisprudencial relevante a partir de su resolución en 2017, porque asumió su competencia para pronunciarse por los derechos que deriven de la obligación de desarrollo progresivo contenida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Eso permitió que, con base en ese fundamento, analizara distintos derechos laborales, con independencia de sus facultades expresas respecto de los derechos previstos en los artículos 8.1a) (libertad sindical) y 13 (derecho a la educación) del Protocolo de San Salvador.<sup>33</sup> Al analizar esos derechos, la Corte ha revisado el *corpus iuris* de cada derecho, integrado por normas del Sistema Universal, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como la doctrina dictada por el Comité DESC y por el Comité de Libertad Sindical de OIT.

En cuanto al ordenamiento mexicano, debe precisarse que en la Constitución se establecen medidas destinadas a ciertos sectores, como son los trabajadores al servicio de los poderes de la Federación (artículo 123, apartado B); las instituciones de educación superior (artículo 3, fracción VII); los gobiernos municipales (artículo 115, fracción VIII), y los gobiernos de las entidades federativas en los artículos (116, fracción VI, y 122, apartado A, fracción XI). Como un criterio general relevante respecto a esa distribución de facultades, la Suprema Corte reconoció la facultad de las entidades federativas para legislar sobre algunos aspectos de la materia de trabajo, que tiendan a fortalecer su protección. En ese sentido, reconoció la validez del artículo 10, apartado B, de la Constitución Política de la Ciudad de México, que ordena a las autoridades locales la protección de los derechos humanos laborales, y en el cual se extiende la protección a trabajos no cubiertos por las leyes laborales, como los no asalariados, prestadores de servicios, comerciantes, productores de artesanías, locatarios de mercados.<sup>34</sup>

Por último, cabe precisar que la exposición de este capítulo se limita a los principales criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2011 a 2022 en relación con los derechos humanos laborales, con prioridad de los derechos específicos laborales.

---

33 Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, No. 340, párrs. 142 y 145.

34 Acciones de Inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, sentencia de 6 de septiembre de 2018.

## II. CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

### 1. *Derecho al trabajo*

#### A. Doctrina

Dentro del derecho al trabajo se analizarán la libertad de trabajo, el derecho de acceso al empleo y el derecho a la estabilidad en el empleo. En la Observación General 18, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité DESC) explica que el derecho al trabajo es el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo (párr. 6). También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo; el derecho de acceso a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso al empleo; y el derecho a no ser privado injustamente del empleo. Es un derecho individual y, a la vez, colectivo.<sup>35</sup> Al interpretar la Constitución española, Rafael Sastre precisa que el derecho al trabajo se traduce en un derecho individual a acceder al empleo y, salvo, concurrencia de motivos justificados a mantenerse en el puesto conseguido. También aclara que una política de pleno empleo supone la creación de una situación en la que ese derecho hallará más fácil su cumplimiento, pero no es una premisa para que aquél exista.<sup>36</sup>

Esa idea se encuentra contenida en la sentencia STC 22/1981 del Tribunal Constitucional de España, donde se aclara que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar. Supone también el derecho a un puesto de trabajo y, como tal, presenta un aspecto: individual y colectivo. El primero se refiere al igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo; el segundo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.<sup>37</sup> Otra forma de expresar esta doble dimensión la presenta José Luis Monereo: una como “estatuto de protección del em-

---

35 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General núm. 18 (2005) sobre el derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales). Naciones Unidas, 24 de noviembre de 2005.

36 Sastre Ibarreche, Rafael. “El derecho al trabajo: ¿un derecho en crisis permanente?”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 288.

37 Tribunal Constitucional Español, STC 22/1981, sentencia de 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 8. Disponible: «<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5041637/Derecho%20de%20igualdad/20100218>».

Véase también Goig Martínez, Juan Manuel, *cit.*, p. 430.



pleo (protección individual frente al despido injustificado o sin causa; vinculación a protecciones sociales de empleo)”, y otra como “política pública institucional activa (encaminada a la consecución del pleno empleo a través de un conjunto articulado y heterogéneo de medidas)”.<sup>38</sup>

El Comité DESC aclara que este derecho engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. La Corte Constitucional de Colombia ha declarado que el trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo.<sup>39</sup> El derecho al trabajo no puede desvincularse de los demás derechos laborales y se relaciona con el postulado de derecho al trabajo decente y sostenible. La necesidad de una protección universal que garantice la dignidad de todas las personas en el trabajo puede lograrse a través de la aplicación de la garantía universal laboral desarrollada por la OIT, la cual implica un piso de protección social aplicable a toda persona con independencia de que acceda a un empleo formal o que desempeñe un trabajo en el sector informal, lo que incluye el trabajo independiente.<sup>40</sup>

*i) Libertad de trabajo.* Es el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, así se reconoce en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. El profesor Luis María Díez Picazo identifica dos facetas de este derecho: la libertad de trabajar y la libertad de elegir profesión u oficio.<sup>41</sup> Esta libertad se ha desarrollado ampliamente en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que no se limita su protección al ámbito del trabajo subordinado.

En su faceta de libertad de elección de profesión u oficio, el jurista español Luis Díez Picazo aclara que significa: “primero, que nadie puede ser obligatoriamente adscrito a un tipo de trabajo; y, segundo, que no existen tipos de trabajo cerrados o reservados a determinadas clases de personas”.<sup>42</sup> La Corte Constitucional de Colombia estableció que

la libertad de escoger profesión u oficio constituye un límite para el legislador. La ley puede regular su práctica, pero no le es lícito regular su escogencia. Determinó que esta libertad constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todas

---

38 Monereo Pérez, José Luis, “Artículo 15. Libertad profesional y el derecho a trabajar”, en *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p 337.

39 T 475-1992, C 211-2000 y C-645/11.

40 López Ahumada, J. Eduardo, *op. cit.*, p. 40.

41 *Cfr.* Díez Picazo, Luis M., *op. cit.*, p. 513.

42 *Idem.*

las autoridades, y que es una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, como tal, goza de una doble protección como derecho a la autodeterminación laboral y como derecho a desarrollar libremente las vocaciones, aptitudes o habilidades personales. (CC Colombia T 475-1992).

De acuerdo con el doctor Mario Melgar,<sup>43</sup> existe la propuesta doctrinal de que este derecho sea denominado como libertad ocupacional, porque se argumenta que también implica el derecho al no trabajo. Esa conclusión sería contraria a la propia concepción del trabajo como un derecho y un deber social, cuya formulación se puede encontrar en las Constituciones de 56 países,<sup>44</sup> entre ellos, el artículo 35 de la Constitución española. En nuestro ordenamiento, ese deber se encuentra en el artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo y en el 45.b de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El profesor Luis María Díez Picazo considera que esa norma constitucional es una norma, que no puede equipararse al deber de pagar impuestos, pero tampoco esa cláusula general de libertad “equivale a un hipotético derecho a la pereza”. El jurista español advierte que ese deber puede servir de justificación a medidas fiscales que desincentiven la holganza, y también sostiene que el libre desarrollo de la personalidad “ha de encauzarse a través de la *vita activa*”.<sup>45</sup>

Esas libertades y sus garantías se han desarrollado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin reducir su protección al trabajo subordinado. En la Constitución se enuncian los límites a esa libertad (que la actividad elegida sea lícita, y que podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de terceros, o por resolución gubernativa cuando se ofendan los derechos de la sociedad). En el segundo párrafo del artículo 5 constitucional se prevé la facultad legislativa para regular el ejercicio de las profesiones que necesitan título. Asimismo, en su párrafo quinto prohíbe todo pacto o convenio que tenga por objeto la pérdida o menoscabo de libertad de la persona. El profesor José Dávalos apunta que es una reminiscencia del siglo XIX, respecto a la proscripción de las órdenes monásticas.<sup>46</sup> También, en el párrafo sexto de ese artículo,

---

43 Melgar Adalid, Mario, “Artículo 5o.”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; Comentada y concordada, 20a. ed., vol. I, México, Porrúa, UNAM, 2009, pp. 124 y 125.

44 Sitio Web “Obligación de trabajar”, Portal Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Proceso constituyente. Disponible: «<https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/materia/work>».

45 Díez Picazo, Luis María, *cit.*, pp. 512 y 513.

46 Dávalos, José, “Artículo 5o.”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, vol. VI. México. Miguel Ángel Porrúa, 2016, (Disponible: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/41827?show=full>»), p. 456.

se impide el convenio en el que una persona renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada actividad.

En la doctrina se distingue la libertad de trabajo del derecho al trabajo. La primera implica establecer únicamente los límites imprescindibles por parte del Estado o de terceros, es anterior al derecho; en cambio el derecho al trabajo postula una actuación positiva y se afirma en una política imperativa sobre el empleo.<sup>47</sup>

*ii) Acceso al empleo.* Incluye tanto el derecho de acceso al empleo sin discriminación y a una estructura de apoyo que facilite ese acceso, incluida la formación profesional adecuada”.<sup>48</sup> El Tribunal Constitucional español ha establecido que el derecho al trabajo tiene una dimensión individual que implica el derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación; y otra colectiva, que implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.<sup>49</sup>

Respecto a la política de empleo, el artículo 1 del Convenio No. 122 de la OIT exige que se fomente la creación de “empleo pleno, productivo y libremente elegido”.<sup>50</sup> El pleno empleo implica que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo (artículo 1.1, a); el empleo libremente elegido incluye que “habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social” (artículo 1.1,c).

En relación con el derecho de acceso al empleo, en el propio artículo 123, apartado A, fracción XXV, de la Constitución federal se establece que el servicio de colocación de los trabajadores, mediante bolsas de trabajo, será gratuito para aquéllos.<sup>51</sup>

El profesor Alfredo Sánchez Castañeda destaca la existencia del derecho a una formación profesional de por vida, la cual se relaciona con la “empleabilidad”, concepto que ha sido desarrollado por la OIT en la Resolución sobre el Desarrollo de Recursos Humanos, adoptada en junio de 2000.<sup>52</sup>

---

47 Sastre, Rafael, *op. cit.*, p. 286.

48 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, vol. 2, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 1315.

49 STC 22/1981, sentencia de 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 8. Disponible: «<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5041637/Derecho%20de%20igualdad/20100218>».

Véase también Goig Martínez, Juan Manuel, *cit.*, p. 430.

50 Convenio No. 122, sobre la política de empleo. 1964.

51 Sobre la regulación de las agencias de colocación, véase Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, UAM, Porrúa, 2006, pp. 178-180.

52 Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición...”, *op. cit.*, p. 659.

iii) *Estabilidad laboral*. Es el derecho a no ser privado del trabajo de manera injusta.<sup>53</sup> La estabilidad laboral también se relaciona con la duración de las relaciones laborales, de modo que su limitación temporal debe ser una excepción debidamente justificada, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte.

Respecto a la estabilidad en el empleo, el doctor Carlos Reynoso refiere que “la idea de preservar el trabajo y de conservar al trabajador en él”, sería el “eje conductor de un conjunto de normas jurídicas” conocido como derecho a la estabilidad en el empleo o estabilidad laboral.<sup>54</sup>

De acuerdo con ese concepto el derecho a no ser privado del empleo de manera injusta es una de las normas que protegen la estabilidad en el empleo, pero también se refiere a la duración de las relaciones laborales. Aclara el profesor Reynoso que la estabilidad laboral “es una manera de garantizar, en el tiempo, una situación permanente al trabajador respecto de su empleador, mas no de sus condiciones de trabajo”.<sup>55</sup> Agrega que permite “al trabajador tener certeza de su fuente de trabajo y, en consecuencia, de su sustento y el de las personas que dependen económicamente de él”.<sup>56</sup>

iv) *Acceso a las funciones públicas*. En la doctrina se ha referido como parte del derecho al trabajo el derecho al acceso a la función pública,<sup>57</sup> el cual también ha sido analizado como parte de los derechos políticos del ciudadano.

## B. Normativa

Se encuentra reconocido en los artículos 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). En el artículo XXXVII de la Declaración Americana se prevé también el deber de trabajo.

En los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas se reconoce la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, y de manera particular se reconoce la protección del trabajo decente y el respeto a la Declaración de la OIT de 1998.

---

53 Comité DESC, *Observación General No. 18, cit.*, párr. 4.

54 Reynoso Castillo, Carlos, *op. cit.*, p. 205.

55 *Ibidem*, p. 206.

56 *Idem*.

57 *Cfr.* Martínez Salgueiro, María Elena, “Derechos económicos, sociales y culturales...”, *op. cit.*, p. 159.

Como parte de los Convenios aprobados por la OIT resulta relevante el C-158, sobre la terminación de la relación de trabajo (no ratificado por México).

En relación con el derecho al trabajo, es importante el reconocimiento en el artículo 23.1.c Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual prevé el derecho de acceso a la función pública que, si bien tiene una protección autónoma, en algunos casos su vulneración también implica una afectación al derecho al trabajo.

En los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resultado relevante el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el mandato de desarrollo progresivo de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. En el artículo 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta de la OEA) se establece que los Estados dedicarán sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) en el derecho al trabajo, en el derecho a condiciones, que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia; y c) libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y derecho a la huelga. También se ha hecho remisión a los artículos 34 g y 46 de la Carta.

El derecho al trabajo digno se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 123 de la Constitución. La libertad de trabajo se reconoce en el artículo 5. En ese precepto se enuncian los límites a esa libertad (que la actividad elegida sea lícita, y que podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de terceros, o por resolución gubernativa cuando se ofendan los derechos de la sociedad). También se prevé la facultad legislativa para regular el ejercicio de las profesiones que necesitan título. Asimismo, en su párrafo quinto se prohíbe todo pacto o convenio que tenga por objeto la pérdida o menoscabo de libertad de la persona.<sup>58</sup> En el párrafo sexto de ese artículo, se impide el convenio en el que una persona renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada actividad.

### C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana, el derecho al trabajo está reconocido y protegido por el artículo 26 de la Convención Americana sobre

---

58 El profesor José Dávalos apunta que es una reminiscencia del siglo XIX, respecto a la proscripción de las órdenes monásticas. Dávalos, José, *op. cit.*, p. 456.

Derechos Humanos, en cuanto remite a los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA.<sup>59</sup>

El derecho al trabajo incluye la protección del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el privado de las relaciones laborales.<sup>60</sup> En ese sentido, dispuso que, en el ejercicio de las facultades de organización del servicio público, el Estado no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial cuando cesa trabajadores.<sup>61</sup>

También ha sostenido que el derecho al trabajo se traduce en la libertad de las personas de ganarse la vida mediante el trabajo que elijan, y su derecho a la permanencia en el empleo, mientras no existan causas justificadas para su terminación.<sup>62</sup> Además, implica analizar si el Estado protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias.<sup>63</sup>

En el análisis del derecho al trabajo ha considerado que está protegida la obtención de un salario justo. Definió que el pago de salarios posee una naturaleza alimentaria y de supervivencia, y que se vulnera ese derecho por el retraso excesivo en la ejecución de una sentencia que ordena su pago.<sup>64</sup>

Como parte del derecho al trabajo, la Corte se ha pronunciado sobre el derecho a la estabilidad laboral. Ha establecido que este derecho no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino que el respeto de este derecho implica, entre otras medidas, otorgar protección al trabajador a fin de que, en caso de despido o separación arbitraria, se realice bajo causas justificadas, lo cual requiere que el empleador acredite las razones suficientes para ello con las debidas garantías, y frente a lo cual el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deberán verificar que las causales imputadas no sean

---

59 Caso Lagos del Campo Vs. Perú, párrs. 142 y 145.

60 Caso Lagos del Campo Vs. Perú y Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C, No. 344, párr. 193.

61 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158, párr. 110.

62 Caso Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C, 449, párr 88.

63 Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 221, y Caso Casa Nina Vs. Perú, párr. 107.

64 Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022. Serie C, 448, párrs. 108 y 111.

arbitrarias o contrarias a derecho.<sup>65</sup> Ha sostenido que el Estado tiene en principio los siguientes deberes frente a las relaciones del ámbito privado: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional), y d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.<sup>66</sup>

Existen diferentes situaciones en las que la Corte Interamericana ha concluido la violación al derecho al trabajo. En el caso *Lagos del Campo*, se abordó el despido de una persona que ocupaba un cargo de representación de los trabajadores, sin tener carácter sindical, por manifestaciones relacionadas con esa representación. También estimó vulnerado ese derecho en perjuicio un grupo de trabajadores cesados que no gozaron del acceso a un recurso judicial efectivo.<sup>67</sup>

Respecto a la protección de los funcionarios estatales, revisó la terminación del contrato de tres trabajadoras del Estado, con motivo de que ellas firmaron la solicitud de referendo revocatorio del entonces Presidente de la República. En el caso *Casa Nina* determinó que la terminación del nombramiento como fiscal provisional no actualizaba alguna de las causales de baja que garantizan su independencia. En otro caso, consideró como una violación a la estabilidad laboral el despido de 65 trabajadores de un organismo judicial, sin que se haya respetado su derecho a ser oídos ni su derecho de huelga.<sup>68</sup>

Otro caso de violación a la estabilidad laboral se advirtió en la renuncia de un periodista con motivo del ejercicio de su profesión.<sup>69</sup> En el caso *Pavez Pavez*, el Tribunal regional concluyó que existe violación a este derecho por la inhabilitación de una profesora que impartía clases de religión en una escuela oficial por razón de su orientación sexual. Asimismo, estableció que existe vulneración al

---

65 Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 150, Caso *Casa Nina Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C, No. 419, párr. 107 y Caso *Pavez Pavez Vs. Chile*, párr. 88.

66 Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, No. 340, párrs. 149 y 150.

67 Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*, párr. 193.

68 Caso *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C, 445, párr. 132.

69 Caso *Palacio Urrutia Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C, No. 446, párr. 160.

derecho al trabajo en la selección de servidores públicos cuando se excluye a una persona con discapacidad intelectual y la motivación no es suficiente para desvirtuar la presunción de que se trata de un acto discriminatorio<sup>70</sup>.

Respecto a la libertad de trabajo, resulta relevante la Opinión Consultiva 5/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas. La Corte resolvió que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención, sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas.<sup>71</sup> Sin embargo, concluyó que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.<sup>72</sup>

En la Opinión Consultiva 18/03, la Corte Interamericana emitió una consideración que tiene incidencia en el derecho de acceso al trabajo. En el párrafo 169, la Corte reconoció que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, “es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional”.<sup>73</sup>

## D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

---

70 Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022, Serie C, No. 453.

71 Opinión Consultiva 5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos.13 de noviembre de 1985, Serie A, No.5, párr. 70.

72 *Ibidem*, párr. 76.

73 Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes, Serie A, No. 18, 17 de septiembre de 2003, párr. 169.



La Suprema Corte ha desarrollado el marco de protección de los derechos que comprenden el derecho al trabajo, sobre todo el de la libertad de trabajo y la estabilidad laboral. Esta última ha sido abordada también por la Corte Interamericana.

### *a. Libertad de trabajo*

De manera reiterada, la Suprema Corte ha establecido que la libertad de trabajo, reconocida en el artículo 5 de la Constitución, no es un derecho absoluto y ha analizado las distintas restricciones a ese derecho.

En un primer grupo de criterios, se encuentran los que versan sobre los requisitos para ocupar un cargo público. El Tribunal Pleno declaró inconstitucional una norma local que preveía como requisito para ser titular de un órgano público el no haber sido condenado por delito doloso.<sup>74</sup> Asimismo, estableció que se vulnera la libertad de trabajo con la imposición como pena de la inhabilitación perpetua de un servidor público.<sup>75</sup>

Como protección del derecho a cambiar de trabajo, el Tribunal Pleno determinó la invalidez una norma local que condiciona el acceso a la jubilación a que al menos el 50% de la antigüedad se haya laborado en la dependencia en la que se tramita ese beneficio.<sup>76</sup>

Otro eje de decisiones se relaciona con la regulación de las profesiones, en términos del artículo 5, párrafo segundo, de la Constitución. La jurisprudencia ha reconocido la facultad del legislativo de imponer requisitos para ejercer determinadas actividades, en la medida en que sólo se regule el ejercicio profesional sin limitar el acceso a la profesión *per se*. El Tribunal Pleno consideró válido que una ley local establezca requisitos y estudios para desempeñarse como valuador profesional.<sup>77</sup> La Segunda Sala consideró válidas las disposiciones de la Ley General de Salud, que exigen contar con cédula y un certificado adicional vigente, para llevar a cabo procedimientos quirúrgicos de especialidad.<sup>78</sup>

En un diverso grupo de precedentes, la Suprema Corte analizó las normas que exigen condiciones de permanencia para ocupar un cargo público o empleo. El

---

74 Acción de Inconstitucionalidad 57/2021, sentencia de 30 de noviembre de 2021.

75 Acción de Inconstitucionalidad 59/2019 y su acumulada 60/2019, sentencia de 12 de noviembre de 2020.

76 Acción de Inconstitucionalidad 138/2015, sentencia de 23 de febrero de 2017.

77 Acción de Inconstitucionalidad 25/2017, sentencia de 28 de enero de 2020.

78 Jurisprudencia 2a./J. 4/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, p. 490. Registro digital: 2013495.

Tribunal Pleno reconoció la validez de las disposiciones de la Ley General del Servicio Profesional Docente, que establecen como condición de permanencia en el servicio profesional docente la obtención de resultados favorables en las evaluaciones que practiquen las autoridades educativas.<sup>79</sup> También reconoció la validez de una ley local que prevé el retiro forzoso de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia a la edad de 65 años.<sup>80</sup>

### *b. Estabilidad laboral*

En este apartado se incluyen los precedentes de la Suprema Corte sobre la protección contra el despido injustificado y la terminación de la relación laboral, así como las medidas de protección y reparación frente a la separación arbitraria del empleo. La Segunda Sala definió la estabilidad laboral como el derecho que tiene la trabajadora o el trabajador a conservarlo, hasta la terminación de la relación laboral, de manera natural.<sup>81</sup>

La Segunda Sala estableció que, cuando se combate el despido injustificado y el patrón opone como excepción el vencimiento del contrato individual por tiempo determinado, es necesario que el empleador pruebe de manera objetiva y razonable que la contratación temporal se encuentra justificada por alguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 37 de la Ley Federal del Trabajo.<sup>82</sup> Ese mismo criterio lo adoptó la Segunda Sala respecto a los trabajadores del sector público.<sup>83</sup> En cuanto a la temporalidad de la relación de trabajo de los servidores públicos, la Segunda Sala sostuvo que el artículo 4, fracción II, de la Ley para los Servidores Públicos del Estado de Jalisco y sus Municipios vulnera el derecho a la estabilidad en el empleo, porque permite que al término del periodo de una administración municipal, las personas trabajadoras en esta situación (sin nombramiento), sean cesadas sin responsabilidad para la administración entrante, independientemente de la naturaleza de las funciones que ejercen, por lo que resulta nugatoria su prerrogativa de ser reinstaladas o indemnizadas en caso de despido injustificado<sup>84</sup>.

---

79 Jurisprudencia P./J. 33/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I, p. 11. Registro digital: 2009991.

80 Acción de Inconstitucionalidad 128/2015, sentencia de 10 de julio de 2017.

81 Amparo Directo en Revisión 2362/2016, sentencia de 26 de octubre de 2016.

82 Jurisprudencia: 2a./J. 164/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, p. 808. Registro digital: 2013285.

83 Jurisprudencia 2a./J. 24/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, julio de 2021, Tomo II, p. 1797, Registro digital: 2023346.

84 Jurisprudencia 2a./J. 7/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 10, febrero de 2022, Tomo II, página 1493. Registro digital: 2024184.

En relación con una ley que prevé “la falta de honradez o probidad” como causa justificada de despido, la Segunda Sala estableció que, si bien la ley no señala los parámetros de configuración, esa norma es constitucional, y esa causa debe ser analizada caso por caso.<sup>85</sup>

La Suprema Corte se ha pronunciado sobre las normas que regulan las reparaciones frente al despido injustificado: reinstalación o indemnización, con la posibilidad de pago de salarios caídos.

Al respecto, la Segunda Sala consideró válido el artículo 49, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, que establece que el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador cuando tenga una antigüedad menor a un año.<sup>86</sup> También resolvió que es constitucional ese derecho a oponerse a la reinstalación de determinadas categorías de trabajadores prevista en una ley burocrática local.<sup>87</sup>

La Segunda Sala reconoció la constitucionalidad de la reforma al artículo 48, segundo párrafo, de la Ley Federal del Trabajo que limitó a 12 meses el pago de salarios vencidos en casos de despido injustificado.<sup>88</sup> También consideró constitucional la norma local que limita el pago de los salarios caídos hasta por 6 meses.<sup>89</sup>

Como un supuesto en que se limita la reinstalación, la Segunda Sala negó esa medida a un profesor de primaria, dado que había sido condenado por el delito de lesiones en perjuicio de un niño, para garantizar el bienestar y el desarrollo del niño en un espacio libre de violencia.<sup>90</sup> Esta decisión restringió en ese caso la medida de la reinstalación, en beneficio de otro derecho fundamental que protege a la infancia. Asimismo, emitió el criterio de que se debe atender al interés superior de niñas, niños y adolescentes, aunque no hayan sido parte, en un caso en el que se impugnó el despido de un director de escuela secundaria<sup>91</sup>.

La Segunda Sala determinó que no vulnera la libertad de trabajo el artículo 353-L, segundo párrafo de la Ley Federal del Trabajo, al disponer que para que

---

85 Amparo en revisión 368/2015, sentencia de 13 de enero de 2016.

86 Jurisprudencia 2a./J. 15/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 51, febrero de 2018, Tomo I, p. 478. Registro digital: 2016210.

87 Jurisprudencia: 2a./J. 117/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, julio de 2013, Tomo 1, p. 657. Registro digital: 2004004.

88 Jurisprudencia: 2a./J. 28/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 28, marzo de 2016, Tomo II, p. 1264. Registro digital: 2011180.

89 Jurisprudencia 2a./J. 19/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, p. 821. Registro digital: 2005821.

90 Amparo Directo en Revisión 4904/2018, sentencia de 14 de noviembre de 2018.

91 Jurisprudencia 2a./J. 1/2022 (11a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época, Libro 10, febrero de 2022, Tomo II, p. 1424. Registro digital: 2024135.

un trabajador académico pueda considerarse sujeto a una relación laboral por tiempo indeterminado, además de que la tarea que realice tenga ese carácter, es necesario que sea aprobado en la evaluación académica que efectúe el órgano competente conforme a los requisitos y procedimientos que las propias universidades o instituciones establezcan.<sup>92</sup> En relación con los trabajadores académicos de las universidades, también sostuvo que no es aplicable el artículo 39 de la Ley Federal del Trabajo que contempla la prórroga de la relación de trabajo por el tiempo que subsista la materia de trabajo, porque es incompatible con la naturaleza especial del trabajo en las universidades, y ello mermaría el principio de autonomía universitaria tutelado en el artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Federal.<sup>93</sup>

Otro conjunto de decisiones se refiere a leyes que modulan o restringen la estabilidad en el empleo de trabajadores del sector público. La Segunda Sala resolvió que los trabajadores de confianza carecen de estabilidad en el empleo, en virtud de la restricción prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIV, de la Constitución.<sup>94</sup> También estableció que es una restricción constitucional la prohibición de reinstalación de quienes ocupan las categorías previstas en el régimen del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución (como los agentes de las instituciones de seguridad pública).<sup>95</sup> La Segunda Sala declaró la inconstitucionalidad del artículo 63, párrafo quinto, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, porque establece que todo el personal del instituto de transparencia es de confianza.<sup>96</sup>

En relación con la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, aplicable a los trabajadores de confianza del sector público, la Segunda Sala determinó que esa ley modula el derecho a la estabilidad y permanencia en el cargo, mediante la posibilidad de ser indemnizados ante la falta de acreditación de la causa de baja respectiva, sin que proceda la reinstalación ni el pago de salarios caídos.<sup>97</sup>

---

92 Amparo directo en revisión 564/2013, sentencia de 17 de abril de 2013.

93 Amparo directo en revisión 3616/2021, sentencia de 26 de enero de 2022.

94 Jurisprudencia por reiteración 2a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, febrero de 2016, Tomo I, p. 836 Registro digital: 2011126.

95 Acción de Inconstitucionalidad 1/2015, sentencia de 11 de mayo de 2017, y Jurisprudencia 2a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, p. 1204, Registro digital: 2011397.

96 Amparo Directo en Revisión 3334/2021, sentencia de 16 de marzo de 2022.

97 Jurisprudencias 2a./J. 20/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 27, febrero de 2016, Tomo I, p. 834. Registro digital: 2011125. 2a./J. 171/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 26, enero de 2016, Tomo II, p. 1102. Registro digital: 2010743.

En cuanto a los servidores públicos sujetos al régimen de excepción del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución, la Segunda Sala determinó que les resulta aplicable, como mínimo, el monto de indemnización establecido en el diverso apartado A, fracción XXII, de esa norma constitucional y los parámetros a los que el propio Constituyente refirió al permitir que fuese la normativa secundaria la que los delimitara.<sup>98</sup>

## 2. Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias

### A. Doctrina

De acuerdo con el doctor Mario de la Cueva, las condiciones de trabajo son “las normas que fijan los requisitos para la defensa de la salud y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares de trabajo y las que determinan las prestaciones mínimas que deben percibir los hombres por su trabajo”.<sup>99</sup> Los tratados internacionales en que se reconoce este derecho contienen una lista no exhaustiva de elementos básicos para garantizar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.<sup>100</sup> Estas condiciones no se limitan a la salud y seguridad de los trabajadores, sino que también se refieren a la retribución, y sobre todo a la protección de la dignidad, que remite a su vez al respeto de los derechos humanos inespecíficos y los específicos en materia laboral de la persona que trabaja.<sup>101</sup> Esta afirmación reconduce al concepto de trabajo digno o docente, y a la interdependencia de los derechos.

Dentro de esas condiciones, entendidas como elementos mínimos, se encuentra una remuneración mínima; un salario equitativo, las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo; el derecho a ser promovido a una categoría superior sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre; la limitación razonable de las horas de trabajo; y el derecho a las vacaciones pagadas.

98 Jurisprudencia por reiteración 2a./J. 198/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, p. 505. Registro digital: 2013440 y Jurisprudencia 2a./J. 46/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 79, octubre de 2020, Tomo I, p. 917. Registro digital: 2022229.

99 De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, vol. I, 15a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 266.

100 Comité DESC, *Observación general* núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Naciones Unidas, 27 de abril de 2016, párr. 6.

101 Monereo Pérez, José Luis, “Artículo 31.1. Condiciones de trabajo justas y equitativas.”, en *La Europa de los Derechos, op. cit.*, p. 752.

La interpretación de este derecho fue desarrollada por el Comité DESC en la Observación General Número 23, en la que estableció que este derecho corresponde a “toda persona”, lo que pone de relieve que el derecho se aplica a todos los trabajadores en todos los entornos, independientemente de su sexo, así como a los trabajadores jóvenes y los de más edad, los trabajadores con discapacidad, los trabajadores del sector informal, los trabajadores migrantes, los trabajadores pertenecientes a minorías étnicas y a otras minorías, los trabajadores domésticos, los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores agrícolas, los trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados.<sup>102</sup>

Los tratados internacionales en que se reconoce este derecho contienen una lista no exhaustiva de elementos básicos para garantizar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.<sup>103</sup> Dentro de esos elementos mínimos se encuentra una remuneración mínima; un salario equitativo, las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo; el derecho a ser promovido a una categoría superior sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre; la limitación razonable de las horas de trabajo; y el derecho a las vacaciones pagadas.

En los instrumentos internacionales que se toman como base, se exige que las condiciones de trabajo sean equitativas y satisfactorias. En el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que las condiciones de trabajo deben ser justas y equitativas. Al interpretar esa disposición, José Luis Monereo destaca que esas dos calidades son conceptos jurídicamente indeterminados. En cuanto a lo equitativo, el autor aclara que ese concepto tiende a la igualdad entre todas las personas trabajadoras que se encuentren en las mismas circunstancias, si bien reconoce que los términos de igualdad y equidad no son equivalentes. Por otra parte, el carácter de justas, precisa, “remite a la justicia social que determina que los trabajadores tengan condiciones de trabajo dignas en consideración a la clase y calidad del trabajo realizado, y no sólo en condiciones de salud, seguridad y de tiempo de prestación de servicios, sino también, inevitablemente, de condiciones retributivas”.<sup>104</sup>

---

102 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación* general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Naciones Unidas, 27 de abril de 2016, párr. 5.

103 Comité DESC, *Observación* General núm. 23, párr. 6.

104 Monereo Pérez, José Luis, “Artículo 31.1. Condiciones de trabajo justas y equitativas.”, *op. cit.*, p. 748.

## B. Normativa

Encuentra reconocimiento en los artículos 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 7 del Protocolo de San Salvador. En el seno de la OIT, destaca el Convenio 95 sobre la protección al salario.

En junio de 2022, la OIT incorporó dentro de los derechos fundamentales el derecho a la protección efectiva de condiciones de trabajo seguras y saludables, el cual está protegido por el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y por el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187), pendiente de ratificar por México.

La Corte Interamericana resolvió que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene el mandato de desarrollo progresivo de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. En el artículo 45 de la Carta de la OEA se establece que los Estados dedicarán sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) en el derecho al trabajo, en el derecho a condiciones, que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

En los dos apartados, A y B, del artículo 123 constitucional, se encuentra el catálogo de derechos laborales que se refieren a los mínimos de protección en materia de condiciones de trabajo: la jornada máxima, las medidas de protección del salario, la protección de la mujer y de la infancia en el trabajo, los derechos sindicales, así como las normas de seguridad social y las bases para la organización del sistema de justicia laboral.

## C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con base en el artículo 45.b de la Carta de la OEA, la Corte Interamericana ha considerado que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA, por lo que también ha determinado que es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.<sup>105</sup>

Este derecho implica que el trabajador pueda realizar sus labores en condiciones adecuadas de seguridad, higiene y salud que prevengan accidentes de trabajo

---

105 Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 99.

y enfermedades profesionales, lo cual resulta especialmente relevante cuando se trata de actividades que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas.<sup>106</sup>

Determinó que el derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho a las condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador, por lo que una duración excesiva de un proceso en el que se reclame la indemnización por riesgo profesional también lo vulnera.<sup>107</sup>

En el caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos, la Corte se pronunció respecto a la muerte de 60 personas como consecuencia directa de la explosión de la fábrica de fuegos de Santo Antônio de Jesus, y del derecho a la integridad personal de las seis personas que sobrevivieron, quienes sufrieron una afectación a su derecho a la integridad personal, por cuenta de las secuelas físicas y psicológicas padecidas. En el caso Buzos Miskitos, revisó el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo relacionadas con la práctica de buceo en actividades pesqueras.<sup>108</sup>

La Corte ha considerado que los Estados tienen la obligación de regular, supervisar y fiscalizar las condiciones laborales, y la adopción de medidas para implementar una política sistemática de inspecciones periódicas que verifiquen las condiciones de seguridad y salubridad del trabajo.<sup>109</sup> En el caso Buzos Miskitos, la Corte Interamericana determinó que las empresas son las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos.<sup>110</sup> Asimismo, destacó que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. En virtud de la regulación estatal, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones. También consideró que la responsabilidad de las empresas es aplicable con independencia del tamaño o sector, sin embargo,

---

106 Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020 Serie C, No. 407, párr. 174.

107 Caso Spoltore Vs. Argentina, párrs. 100 y 101.

108 Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C, No. 432.

109 Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil, párr. 287.

110 Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras, párr. 51.



sus responsabilidades pueden diferenciarse en la legislación en virtud de la actividad y el riesgo que conlleven para los derechos humanos.<sup>111</sup>

## D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte ha emitido criterios relacionados con los límites y garantías de protección de la remuneración de los trabajadores y de la jornada laboral. La Corte Interamericana ha considerado el salario justo como parte del derecho al trabajo, y los casos en que ha analizado el derecho a condiciones justas y satisfactorias se refieren a la seguridad y salud en el trabajo.

Los criterios relevantes en seguridad y salud en el trabajo se emitieron con motivo de las medidas decretadas durante la pandemia por Sars-Cov2. La Segunda Sala decidió que, contra la negativa de las personas empleadoras de decretar el resguardo domiciliario de personas vulnerables, no procede el juicio de amparo indirecto, porque no se trata de un acto de autoridad por tratarse de un acto del patrón en la relación laboral, sino que debe combatirse en los términos de la legislación laboral correspondiente,<sup>112</sup> y sostuvo que ese tipo de conflictos los deben conocer los jueces en materia de Trabajo y no los especializados en Administrativo.<sup>113</sup>

En cuanto al pago del salario, la Segunda Sala determinó que el artículo 101 de la Ley Federal del Trabajo que regula el pago del salario mediante depósito en cuenta bancaria, tarjeta de débito, transferencias o cualquier otro medio electrónico, no transgrede el artículo 123, apartado A, fracción X, de la Constitución.<sup>114</sup> Asimismo estableció que es constitucional el artículo 2 del Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (Covid-19), y ordenó que la dependencia justifique la inasistencia de la madre de una niña que promovió el amparo, a fin de que se ausente de su centro de trabajo (unidad médica) para estar en posibilidad de cuidarla y evitarle un riesgo de contagio<sup>115</sup>.

---

111 *Ibidem*, párr. 48.

112 Jurisprudencia 2a./J. 34/2021 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Undécima Época. Libro 9, enero de 2022, Tomo II, página 1253. Registro digital: 2023974.

113 Jurisprudencia 2a./J. 42/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 79, octubre de 2020, Tomo I, p. 588. Registro digital: 2022187.

114 Jurisprudencia 2a./J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 534. Registro digital: 2006606.

115 Amparo en Revisión 420/2021, sentencia de 19 de enero de 2022.

Sobre los servicios que está obligado a prestar el trabajador, la Segunda Sala reconoció que es constitucional el artículo 56 Bis de la Ley Federal del Trabajo, que establece la posibilidad de que los trabajadores puedan desempeñar labores o tareas conexas o complementarias a su labor principal establecida en contrato.<sup>116</sup>

La Segunda Sala determinó que la autoridad jurisdiccional puede ordenar el embargo sobre el excedente del monto del salario mínimo para el aseguramiento de obligaciones de carácter civil o mercantil contraídas por el trabajador, en el entendido de que esa medida sólo procede respecto del 30% de dicho excedente.<sup>117</sup>

El Tribunal Pleno ha analizado disposiciones que afectan el salario, que ha revisado frente al derecho al mínimo vital. El Pleno invalidó una norma penitenciaría que establecía un descuento a la remuneración de los internos, para cubrir un conjunto impreciso de gastos del sentenciado, definido como “sostenimiento del reo”.<sup>118</sup> Asimismo, analizó la suspensión de los servidores públicos en términos de las leyes de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, durante el periodo de investigación y trámite del procedimiento de responsabilidad. En ese caso, estableció que la autoridad instructora debe garantizar el derecho a un ingreso mínimo para la subsistencia del presunto responsable.<sup>119</sup> En estos pronunciamientos subyace el mismo principio que subrayó la Corte Interamericana en el caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios, respecto a la naturaleza del salario como medio de subsistencia.

Respecto a la jornada de trabajo, la Segunda Sala ha establecido que, si se demuestra que el trabajador efectivamente laboró más allá de la jornada establecida en su nombramiento o en las condiciones generales de trabajo, tendrá derecho al pago de horas extras aun cuando éstas no excedan los máximos legales.<sup>120</sup> En relación con el trabajo del hogar, la Segunda Sala sostuvo que, para resolver sobre la duración de la jornada laboral de quienes laboran “de entrada por salida”, y la procedencia del pago de tiempo extraordinario, las Juntas podrán determinar si la jornada desarrollada atiende a las particularidades normales del trabajo o a circunstancias extraordinarias o especiales que le permitan definir si se prestó el

---

116 Jurisprudencia 2a./J. 49/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 536, Registro digital: 2006608.

117 Jurisprudencia 2a./J. 42/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, p. 712. Registro digital: 2006672.

118 Acción de Inconstitucionalidad 24/2012, sentencia de 14 de mayo de 2012.

119 Jurisprudencia P./J. 2/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 39, febrero de 2017, Tomo I, p. 7. Registro digital: 2013718.

120 Jurisprudencia 2a./J. 34/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 78, septiembre de 2020, Tomo I, p. 410. Registro digital: 2022069.

trabajo en exceso, tomando en consideración la razonabilidad y verosimilitud del reclamo.<sup>121</sup>

### 3. *Derechos colectivos*

#### A. *Doctrina*

En la protección del interés colectivo, se identifican los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga; los tres guardan una estrecha relación de interdependencia y son necesarios para la defensa y garantía de los demás derechos laborales y condiciones que integran el trabajo decente.

La interdependencia de los derechos humanos alcanza expresión también en los derechos colectivos. Como lo refiere el profesor Alberto León Gómez Zuluaga, el ejercicio de los derechos colectivos requiere del pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, integridad, libertad y seguridad de la persona, así como la libertad de expresión, de opinión y de reunión. El mismo autor subraya la protección de la independencia de las asociaciones de trabajadores frente a la intervención del Estado o a la injerencia de otras organizaciones, incluyendo a los empleadores. Asimismo, refiere que deben estar en posibilidad de ejercer sus acciones de presión legítima, como la huelga, y debe protegerse su propiedad.<sup>122</sup>

De manera especial en nuestro país, las reformas a la Constitución de 2017, así como a la ley laboral de 2012 y 2019, han regulado la organización de los sindicatos, de su organización y de su actividad, de modo que su actuación quede controlada por el voto libre, personal, directo y secreto de los trabajadores, con aplicación de los principios democráticos reconocidos en la Constitución mexicana.<sup>123</sup> Esto también pone el acento sobre la interdependencia de los derechos sindicales con los principios que rigen los derechos políticos y la doctrina emitida en la protección de esos derechos. Asimismo, el profesor Alfredo Sánchez Castañeda sustenta en la dignidad de la persona en el trabajo un conjunto de postulados, de los que cabe subrayar que la libertad sindical no debe ser entendida como “impu-

---

121 Jurisprudencia 2a./J. 3/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, Libro IV, enero de 2012, Tomo 4, p. 3745. Registro digital: 2000172.

122 Gómez Zuluaga, Alberto León, “Los derechos laborales: la libertad sindical”, en *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. 6, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 182 [Consulta: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/47192>].

123 Sobre la exigencia democrática en la elección de la dirigencia sindical, puede consultarse Gallardo Moya, Rosario, *Democracia sindical interna: un análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1996.

nidad sindical”;<sup>124</sup> este postulado lleva a aceptar que es legítima la transparencia y rendición de cuentas frente a los agremiados”.

a) *Libertad sindical*. La libertad sindical constituye una especie de la genérica libertad de asociación. Consiste en el derecho a asociarse para la defensa de los intereses de los trabajadores (en nuestra ley laboral también se reconoce ese derecho a los empleadores), y por ello, como lo sostiene el profesor Antonio Baylos, “se ha emancipado del tronco común para constituir una libertad pública dotada de contornos bien precisos y diferenciados respecto del género del que procede”.<sup>125</sup> El autor español subraya que el eje de la libertad sindical es la representación.<sup>126</sup>

La libertad sindical se ha entendido como un derecho con connotaciones individuales y colectivas.<sup>127</sup> En su dimensión colectiva, la libertad sindical protege la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha la estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho; y en su dimensión individual, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación.<sup>128</sup> En la dimensión individual, se descompone en dos facetas: una negativa y otra positiva.<sup>129</sup> La faceta positiva se integra por la pluralidad de derechos o facultades de los que son titulares los trabajadores frente a las organizaciones de las que forman parte.<sup>130</sup> En cambio la faceta negativa “implica que ningún trabajador puede verse obligado a afiliarse a un sindicato (...) y que puede asimismo apartarse del sindicato que ha elegido, abandonarlo y desafiliarse (...)”.<sup>131</sup> Un concepto asociado a la libertad sindical es el de pluralidad sindical que se traduce en la posibilidad de que se formen dos o más para una misma actividad profesional, lo que implica el privilegio de cada trabajador de optar por aquel que mejor se ajuste a sus ideas y pretensiones.<sup>132</sup>

b) *Derecho a la negociación colectiva*. La negociación colectiva es expresión de la autonomía reconocida a las organizaciones sindicales, e implica “el reconoci-

---

124 Sánchez Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición...”, *op. cit.*, p. 657.

125 Baylos, Antonio, *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete: Bomarzo, 2016, p. 15.

126 *Idem*.

127 *Ibidem*, pp. 25 y ss. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva 27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, Serie A, Núm. 27, sentencia de 5 de mayo de 2021, párr. 71.

128 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 27/21.

129 Baylos, Antonio, *op. cit.*, p. 26.

130 *Idem*.

131 *Ibidem*, p. 26.

132 Lastra Lastra, José Manuel, “La libertad sindical”, en Bouzas, José Alfonso, *Democracia sindical*, México, UNAM, p. 205, citado por Villarreal Reyes, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011, p. 7.

miento de un espacio de actuación colectiva para decidir con quién, en qué nivel y alcance, y con qué contenido se determinarán las condiciones de trabajo para un ámbito de relaciones laborales determinado”.<sup>133</sup> Su titular es el sujeto colectivo, y en nuestro ordenamiento es el sindicato, el cual debe cumplir con las condiciones de representatividad que exige el ordenamiento vigente. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha establecido que los sindicatos deben tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido.<sup>134</sup> En el artículo 123, apartado A, fracción XXII bis, de la Constitución Mexicana se estableció que la negociación colectiva se sujeta a los principios de representatividad de las organizaciones sindicales, así como al de certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo. Asimismo, se dispuso que, para la resolución de los conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto.

c) *Derecho de huelga*. La huelga ha sido definida como “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”.<sup>135</sup> En el Derecho mexicano, la huelga se entiende como la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores, con el objetivo de defender, mejorar, preservar o cambiar sus condiciones de trabajo.<sup>136</sup> La suspensión de las labores puede abarcar a una empresa o a uno o varios de sus establecimientos (artículo 442 de la Ley Federal del Trabajo); no se prevé una modalidad distinta de presión. De manera formal, tanto la Constitución como el artículo 440 de la Ley Federal del Trabajo reconocen como titular del derecho de huelga a la coalición de trabajadores; sin embargo, dada la regulación de su ejercicio, la legitimación corresponde al sindicato, en virtud de que la ley laboral al establecer las

---

133 Marzi, Daniela y Ugarte, José Luis, “Capítulo XX. Derechos en el trabajo”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (coords.), *Curso de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 585.

134 La libertad sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6a. ed., Ginebra, 2018, Criterio 1231.

135 Comité de Libertad Sindical de la OIT, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, *cit.*, párr. 783; *Cfr.* Comité de Libertad Sindical, 358º informe, Caso núm. 2716, párrafo 862.

136 Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Derechos de los trabajadores*, México, UNAM IJ, INEHRM, Secretaría de Cultura, 2017, p. 69. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4598/6.pdf>».

condiciones para el ejercicio de ese derecho en atención a sus diversos objetos, el legitimado es el sindicato que cuente con la constancia de representatividad o que cuente con la titularidad correspondiente acreditada con el certificado de registro del contrato colectivo de trabajo.<sup>137</sup>

## B. Normativa

Encuentra reconocimiento en los artículos 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y 8 del Protocolo de San Salvador. En el XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se reconoce el derecho de asociación, dentro del cual se menciona la protección de los intereses sindicales.

Para la OIT, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva tienen reconocido el carácter de derecho fundamental, y están protegidos por el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

Dentro del ámbito de la OIT, cobran importancia también el Convenio 135 sobre los representantes de los trabajadores, el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y el Convenio 154 sobre la negociación colectiva, ambos pendientes de ratificación por México.

Asimismo, es importante la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT, misma que tiene la facultad de resolver quejas presentadas por las organizaciones de trabajadores o de patrones. Sus criterios se encuentran publicados en la Recopilación de criterios de ese Comité disponible en el Portal de Internet de la OIT.<sup>138</sup>

## C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al emitir la Opinión Consultiva 27/21, la Corte Interamericana abordó los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. En sus conclusiones, reconoce la relación de interdependencia que existe entre esos tres derechos, el valor que tienen como derechos fundamentales para que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, expresen reivindicaciones laborales. Asimismo, identifica las

---

137 *Cfr.* Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, UAM, Porrúa, 2006, p. 450.

138 Disponible: «[https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS\\_635185/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_635185/lang-es/index.htm)».

obligaciones del Estado para garantizar el derecho de las mujeres a participar en todas las asociaciones que se ocupen de la vida pública y política, incluyendo los sindicatos y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras.<sup>139</sup>

En el caso *Baena Ricardo Vs. Panamá*, la Corte analizó el despido masivo de trabajadores estatales, dentro de los cuales había dirigentes sindicales, y se pronunció sobre la violación de la libertad de asociación prevista en el artículo 16 de la Convención Americana, la cual analizó en relación con la libertad sindical y retomó lo establecido en los Convenios 87 y 98 de la OIT.<sup>140</sup> Posteriormente, la Corte reiteró esa consideración sobre libertad sindical en dos casos en los que se privó de la vida a personas vinculadas con actividades sindicales.<sup>141</sup> En otro asunto relacionado con la desaparición forzada del señor Isaza Uribe, consideró que existió un efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros del sindicato al que pertenecía, por lo que declaró la violación de la libertad sindical, contenida en la libertad de asociación, lo que también sostuvo en el caso *Movilla Galarcio y otros vs. Colombia*<sup>142</sup>. Asimismo, la Corte abordó la protección a la libertad sindical en la Opinión Consultiva 22/16, en la que concluyó que el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador otorga titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos en el marco de lo establecido en dicho artículo,<sup>143</sup> y también recordó que, en razón de lo dispuesto por el artículo 44 de la Convención Americana, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados Parte de la Convención, formen o no parte del Protocolo de San Salvador, pueden presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana en representación de sus asociados.<sup>144</sup>

---

139 Opinión consultiva 27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, sentencia de 5 de mayo de 2021. Serie A, Núm. 27.

140 Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72, párrs. 156 y 160.

141 Caso *Huilca Tecse Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, No. 121, y Caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, No. 167.

142 Caso *Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C, No. 361, párr. 145. Caso *Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de junio de 2022, párr. 120.

143 Opinión Consultiva 22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1. A y B del Protocolo de San Salvador), Serie A, No. 22, conclusión 4.

144 *Ibidem*, párr. 105.

En el Caso Lagos del Campo identificó las diferentes formas en que el derecho al trabajo se proyecta, como “el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”, y reconoció el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral que se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores.<sup>145</sup>

En el caso *Extrabajadores del Organismo Judicial contra Guatemala*, la Corte determinó que el derecho a la huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones. Ubicó su fundamento en el artículo 45.c de la Carta de la OEA, al que remite el diverso 26 de la Convención Americana. Consideró posible que los Estados establezcan condiciones en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo de la huelga; sin embargo, esas condiciones deben ser razonables y en ningún momento deben afectar el contenido esencial del derecho a la huelga, o la autonomía de las organizaciones sindicales. Consideró que el Estado era responsable por los obstáculos en el procedimiento para el ejercicio del derecho a la huelga, y también estimó inválido el requisito de 2/3 de los trabajadores para ejercer el derecho a la huelga.<sup>146</sup>

## D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte ha emitido criterios en relación con esos tres derechos, en cuya protección son relevantes las reformas a la Constitución de 24 de febrero de 2017 y a la Ley Federal del Trabajo de 1 de mayo de 2019.

### *a. Libertad sindical*

De acuerdo con la Segunda Sala, los postulados de esta libertad son los siguientes: 1. Derecho de libre asociación; 2. Derecho para redactar estatutos y reglamentos administrativos; 3. Derecho para elegir libremente a sus representantes; y 4. Derecho de organización interna. Sostuvo que esas cuatro premisas se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, pues no puede entenderse una sin la existencia de las otras.<sup>147</sup>

---

145 Caso Lagos del Campo Vs. Perú, párrs. 153, 154 y 157.

146 Caso *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 17 de noviembre de 2021, Serie C, No. 445, párrs. 106, 118, 122 y 125.

147 Tesis 2a. CXIV/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, p. 2087, Registro digital: 2010285.



Un primer conjunto de decisiones tiene relación con el derecho a formar asociaciones, la libertad de afiliarse a esas organizaciones, o a no afiliarse o a separarse de ellas. De gran relevancia en esta materia, fue la decisión del Tribunal Pleno en el que declaró inconstitucional el mandato de sindicación única contenido en las leyes que rigen las relaciones entre el Estado y sus trabajadores. Estableció que la libertad sindical tiene tres aspectos: 1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo; 2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación.<sup>148</sup> En dicho criterio, se contienen las dos dimensiones, colectiva e individual, de la libertad sindical, que también han sido desarrolladas por la Corte Interamericana.

El Tribunal Pleno consideró que los integrantes de las instituciones policiales no tienen derecho reconocido a conformar sindicatos u organizaciones similares.<sup>149</sup> Asimismo, la Segunda Sala resolvió que es constitucional el artículo 110, fracción VI, segundo párrafo, de la Ley Federal del Trabajo, que prevé la posibilidad de que el trabajador se niegue por escrito al descuento de las cuotas sindicales de su salario.<sup>150</sup>

Un segundo elemento del derecho a la libertad sindical es el derecho de las organizaciones a elegir a sus directivas sindicales. La Suprema Corte se ha pronunciado sobre los límites que se pueden establecer a esa facultad, sea para regular ese procedimiento de elección, o para verificar su regularidad.

El Tribunal Pleno determinó que la autoridad laboral puede revisar si el procedimiento de elección o cambio de directiva se apegó a las reglas estatutarias del propio sindicato o, subsidiariamente, a las de la Ley Federal del Trabajo, mediante una verificación formal.<sup>151</sup>

Al analizar la constitucionalidad de la reforma a la Ley Federal del Trabajo publicada en mayo de 2019, la Segunda Sala estableció como criterio que las normas legislativas pueden autorizar la intervención de la autoridad competente para proteger el ejercicio efectivo de esa libertad en la interacción entre sindicatos, asociaciones de trabajadores, representantes sindicales y agremiados, sin que ello

---

148 Jurisprudencia, P./J. 43/99, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Novena Época, Tomo IX, mayo de 1999, p. 5. Registro digital: 193868.

149 Acción de Inconstitucionalidad 1/2015, sentencia de 11 de mayo de 2017.

150 Jurisprudencia 2a./J. 8/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1547. Registro digital: 2022885.

151 Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 14/2009-PL, sentencia de 20 de junio de 2011. Jurisprudencia P./J. 32/2011, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Novena Época, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 7. Registro digital: 160992.

implique un acto de intervención prohibido por las normas convencionales.<sup>152</sup> Asimismo, determinó que es constitucional el artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo, que prevé el voto directo en la elección de las directivas sindicales.<sup>153</sup>

En un tercer grupo de decisiones, se encuentran criterios relativos al derecho de los sindicatos a su organización interna y a la redacción de sus estatutos. La Segunda Sala estableció que, al imponer sanciones disciplinarias, como la expulsión de un miembro, la organización sindical no está exenta del control de legalidad por parte de los tribunales.<sup>154</sup>

Con motivo de la reforma a la Ley Federal del Trabajo de mayo de 2019, se obligó a las organizaciones sindicales a modificar sus estatutos para adecuar los procedimientos de elección de sus directivas a las nuevas disposiciones legales y para regular el procedimiento de consulta de los contratos colectivos de Trabajo. La Segunda Sala resolvió que esas medidas no vulneran la autonomía de la organización sindical.<sup>155</sup> También reconoció la constitucionalidad de disposiciones que obligan a los dirigentes sindicales a rendir cuenta completa y detallada de la administración de su patrimonio a sus agremiados.<sup>156</sup>

Asimismo, la Segunda Sala reconoció la constitucionalidad de la norma que ordena y regula la publicidad de los registros sindicales y de sus estatutos.<sup>157</sup>

### *b. Negociación colectiva*

Dentro de las acciones que pueden ejercer las organizaciones sindicales tiene relevancia la negociación colectiva, mediante la cual se celebran los contratos colectivos de trabajo y contratos-ley que rigen las condiciones laborales. Se relacionan con ese derecho, las normas que regulan las facultades de la organización sindical legitimada para celebrarlo y administrarlo, así como los requisitos para que esos contratos se consideren válidos y legítimos.

---

152 Amparos en revisión 1109/2019, 18/2020 y 28/2020, resueltos el 25 de noviembre de 2020, y amparos en revisión 47/2020 y 49/2020, sentencia de 3 de febrero de 2021.

153 Jurisprudencia 2a./J. 12/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1554. Registro digital: 2022915.

154 Amparos Directos en Revisión 1579/2015, sentencia de 28 de mayo de 2015, y 2359/2015, sentencia de 26 de agosto de 2015.

155 Jurisprudencia 2a./J. 18/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1550. Registro digital: 2022907.

156 Jurisprudencia 2a./J. 9/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1653, Registro digital: 2022918.

157 Amparo en Revisión 144/2014, sentencia de 18 de junio de 2014.

Un primer grupo de decisiones versa sobre los juicios para definir la titularidad de los contratos colectivos de trabajo. La Segunda Sala determinó que en ese asunto fue válido que la votación se efectuara en una instalación militar. En esa oportunidad se reiteró la doctrina sobre la aplicación de los principios democráticos en los juicios de titularidad, mediante el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores. Para ello, se interpretan de manera sistemática los artículos 3, 9, 41 y 123 de la Constitución.<sup>158</sup>

Con relación a la admisión de la demanda del juicio de titularidad, la Segunda Sala determinó que, si bien no cabe exigir que se acredite la representatividad de la organización actora, el operador jurídico sí se encuentra en posibilidad plena, real y cierta de emitir pronunciamientos vinculados con el principio de representatividad en la etapa de demanda y excepciones. Estableció que un porcentaje razonable para acreditar que se cuenta con un determinado número de afiliados al sindicato que pretende detentar la titularidad del contrato colectivo de trabajo es del 10% de los trabajadores sindicalizados en activo (a la fecha de la presentación de la demanda).<sup>159</sup>

En materia de contratación colectiva, resulta relevante la protección de las minorías al interior del centro de trabajo, con ello se evitan actos de injerencia a favor del sindicato mayoritario y se garantiza la libertad sindical de las organizaciones que no son titulares del contrato. La Segunda Sala estableció que el sindicato más representativo o mayoritario puede tener ciertos privilegios admisibles constitucional y convencionalmente. Sin embargo, es inadmisibles que se prive a los sindicatos minoritarios de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros o del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción.<sup>160</sup>

Otro pronunciamiento de la Segunda Sala, el cual se relaciona con la reforma a la Ley Federal del Trabajo contenida en el decreto de mayo de 2019, es la decisión de reconocer la validez de la norma que exige que los contratos se consulten, mediante el voto directo y secreto de los trabajadores, pues constituye una medida que garantiza que tanto su celebración como su revisión sean producto exclusivo de la voluntad de los trabajadores.<sup>161</sup> También determinó que es válido que la Ley Federal del Trabajo mejore la regulación de la negociación colectiva y obligue a

---

158 Amparo Directo en Revisión 373/2020, sentencia de 7 de octubre de 2020.

159 Amparo directo en revisión 959/2020, sentencia de 24 de noviembre de 2021.

160 Amparo Directo en Revisión 303/2011, sentencia de 24 de agosto de 2011.

161 Jurisprudencia 2a./J. 14/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1545. Registro: 2022878.

obtener el consentimiento de los trabajadores respecto de esos contratos colectivos, aunque en el momento de su celebración no existiera tal exigencia.<sup>162</sup>

Un diverso grupo de resoluciones se integra por aquellas que abordan el contenido de los contratos colectivos de trabajo y el análisis de constitucionalidad de éstos. La Segunda Sala resolvió que ese contenido no puede ser inferior a las condiciones previstas en el artículo 123 constitucional, a las previstas en Ley Federal del Trabajo, ni contrariar los derechos humanos reconocidos en la Constitución.<sup>163</sup>

En cuanto a la impugnación de la constitucionalidad de los contratos colectivos, la Segunda Sala resolvió que para efectos exclusivos del juicio de amparo directo, basta que se señale como acto reclamado el laudo dictado en un juicio laboral en el que, a su vez, se haya planteado alguna pretensión con base en una de esas cláusulas contractuales, para que pueda analizarse su constitucionalidad o su conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México, independientemente de que en el juicio ordinario se haya demandado la nulidad respectiva.<sup>164</sup>

En relación con la ley que ordena la publicidad de los contratos colectivos, la Segunda Sala estableció que esa disposición no vulnera las normas de protección de los datos personales; y, por el contrario, su publicidad facilita la acción de los trabajadores en defensa y protección de sus derechos estipulados en tales documentos.<sup>165</sup> Dado que la ley prevé un sistema para la consulta pública de los contratos colectivos en el sitio de Internet de la autoridad administrativa, la Segunda Sala resolvió que, cuando están publicados en ese sistema, el contenido de esos contratos debe considerarse como hecho notorio.<sup>166</sup>

### c. Huelga

En su doctrina reciente, la Suprema Corte no ha desarrollado un parámetro sobre los requisitos del derecho de huelga, como el establecido por la Corte Interamericana. La Segunda Sala estableció que los trabajadores de confianza no

---

162 Jurisprudencia 2a./J. 17/2021 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1543. Registro digital: 2022879.

163 Jurisprudencia 2a./J. 58/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 64, marzo de 2019, Tomo II, p. 1580. Registro digital: 2019494.

164 Jurisprudencia 2a./J. 2/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 75, febrero de 2020, Tomo I, p. 953. Registro digital: 202156.

165 Amparo en revisión 144/2014, sentencia de 18 de junio de 2014.

166 Amparo Directo en Revisión 2285/2017, sentencia de 7 de febrero de 2018.

pueden participar en un movimiento de huelga ni ejercer el derecho relativo.<sup>167</sup> Asimismo, reconoció la constitucionalidad del artículo 923 de la Ley Federal del Trabajo, del que se desprende que, cuando el objeto de ésta es la obtención de la firma de un contrato colectivo de trabajo y existe uno depositado, la huelga carecería de objeto legítimo y no se le dará trámite.<sup>168</sup> También interpretó el artículo 902 de la Ley Federal del Trabajo y concluyó que ese precepto no transgrede el Convenio 87 relativo a la libertad sindical, así como el artículo 123, fracción XVI de la Constitución Federal, pues no vulnera la Constitución que una vez estallada una huelga se suspenda o no se tramite cualquier procedimiento de titularidad del contrato colectivo de trabajo.<sup>169</sup>

En una resolución dividida emitida en 2012, la Segunda Sala declaró la inconstitucionalidad del artículo 937 de la Ley Federal del Trabajo, en virtud de que impedía que las personas empleadoras solicitaran la calificación de la imputabilidad de la huelga, después de estallada ésta. El referido artículo sólo preveía ese derecho a los trabajadores. En el texto vigente a partir del 1 de mayo de 2019, el artículo 937 de la ley laboral ya reconoce ese derecho a los patronos, pero lo condiciona a que se ejerza después de sesenta días del estallamiento.<sup>170</sup>

#### 4. Igualdad de trato y no discriminación

##### A. Doctrina

El Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en el “empleo” y en la “ocupación”, de modo que, como lo afirma la doctora Estefanía Vela, esa protección abarca “desde el momento en que hay una convocatoria de trabajo hasta el despido, pasando por las promociones y las condiciones de trabajo”.<sup>171</sup> Protege a la persona frente a todo acto relacionado con la ocupación y el empleo: desde antes de acceder al trabajo e incluso después de separarse de éste. También abarca situaciones relacionadas con un entendimiento del trabajo en un sentido amplio, que no se limita al trabajo remunerado, y así se ha definido en la doctrina de los tribunales, lo cual es necesario atendiendo a la necesidad de proteger un piso de

---

167 Jurisprudencia 2a./J. 118/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, p. 840. Registro digital: 2012720.

168 Amparos en Revisión 603/2013, sentencia de 12 de febrero de 2014, y 89/2013, sentencia de 10 de abril de 2013.

169 Amparo en Revisión 118/2020, sentencia de 23 de junio de 2020.

170 Amparo en Revisión 689/2011, sesión de 7 de noviembre de 2012.

171 Vela Barba, Estefanía, *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado y Conapred, 2017, p. 30. Disponible en: «<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3854>».

protección social a favor de cualquier persona ocupada, con independencia del tipo de contrato bajo el cual realice su actividad.

Este derecho tiene tal importancia que, en interpretación del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité DESC ha subrayado que los Estados parte tienen como obligación inmediata la de garantizar, “sin discriminación alguna”, el derecho al trabajo.<sup>172</sup>

La doctora Estefanía Vela precisa que el derecho a la no discriminación abarca

1. todas las prestaciones laborales, y no sólo las laborales previstas en la Ley Federal del Trabajo;
2. el trato en el trabajo, por lo que el acoso laboral debe ser entendido como un problema de discriminación en el empleo;
3. “no sólo protege que las personas se queden sin trabajo, sin prestaciones o sin alguna promoción —por ejemplo—, sino que las protege de tener que siquiera pasar o vivir ciertos procesos que son, en sí, problemáticos”; por ejemplo, examen médico para alcanzar una promoción.<sup>173</sup>

En relación con el derecho a la igualdad y no discriminación se abordan los casos de afectación a grupos determinados: mujeres, personas con discapacidad, personas en situación de movilidad (migración, solicitantes de asilo o refugio), así como los niños, las niñas y los adolescentes; grupos étnicos minoritarios; personas que se identifican como parte del colectivo LGBTTI; de adultos mayores o de personas que profesan determinada religión o creencia.

En la jurisprudencia se han analizado casos de discriminación directa, discriminación indirecta,<sup>174</sup> discriminación estructural<sup>175</sup> y situaciones de discriminación interseccional,<sup>176</sup> cuya distinción y metodología de análisis excede los objetivos de este capítulo.

---

172 Observación general 18, *cit.*, párr. 19.

173 Vela Barba, Estefanía, *op. cit.*, pp. 30 y 31. Disponible en: «<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3854>».

174 Opinión Consultiva 27/21, *op. cit.*, p. 36. Véase también Vela Barba, Estefanía y Gómez, Haydeé, “Perspectiva de género y derecho laboral”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral*, México, SCJN, 2021, pp. 24-40. Disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%C8%91nero%20en%20materia%20laboral\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%C8%91nero%20en%20materia%20laboral_0.pdf)».

175 Villarreal Reyes, Alma Ruby, “Los sindicatos”, en Vela Barba, Estefanía, *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral*, *op. cit.*, pp. 583 y 584.

176 Vela Barba, Estefanía y Gómez, Haydeé, “Perspectiva de género y derecho laboral”, *op. cit.*, p. 60. Observación general 23, *cit.*, párr. 47.

La prohibición de discriminación en el trabajo y en el ámbito sindical no se acota a la limitación formal, sino también justifica la adopción de medidas positivas y el necesario cambio de prácticas en los sindicatos, tanto en su organización como en su propia acción para proteger los intereses de las personas trabajadoras.

La igualdad entre el hombre y la mujer tiene una importancia fundamental en el Derecho del trabajo, de manera que los Estados se encuentran obligados a incorporar la perspectiva de género dentro de sus políticas y marcos normativos.<sup>177</sup> Como parte del objetivo de trabajo decente, se prevé que el trabajo esté libre de discriminación, y para la OIT en la primera área estratégica de la Agenda de Trabajo Decente se encuentran los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.<sup>178</sup> En un informe formulado por diversos organismos internacionales, se menciona que el empleo es la principal herramienta para que las mujeres puedan alcanzar la autonomía económica.<sup>179</sup> En ese mismo informe se reconoce que las mujeres son las principales responsables de la esfera reproductiva, por lo que constituye un elemento central que debe ser considerado en las políticas de empleo y en la promoción de la autonomía de las mujeres. Asimismo, se advierte que la reproducción social es indisoluble de la esfera económica.<sup>180</sup> La discriminación en perjuicio de la mujer en el trabajo se expresa en diversos temas relacionados con el empleo, desde a su acceso hasta con posterioridad a su terminación, así como en el reconocimiento mismo de la actividad como laboral. Algunos problemas son la discriminación en el acceso a ciertos trabajos, la negativa a contratar mujeres embarazadas, condiciones desiguales como la brecha salarial, la precariedad de los trabajadores desarrollados predominantemente por mujeres, la dificultad para obtener beneficios pensionarios, por mencionar algunos.<sup>181</sup>

La relevancia de la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos de la ocupación y el empleo ha motivado la emisión de sentencias relevantes tanto por la Corte Interamericana, como por los tribunales nacionales como la Suprema Corte. Para el análisis de este tema y su aproximación desde un punto de vista

---

177 Opinión Consultiva 27/21, *op. cit.*, párr. 189.

178 Abramo, Laís, *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, p. 15.

179 CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, *Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, 2013, p. 28

180 *Ibidem*, p. 29.

181 *Cfr.* Bronstein, Arturo, *op. cit.*, pp. 156-173. Los temas de perspectiva de género en materia laboral también se abordan en Calvillo Barragán, Stephanie, “Derechos humanos laborales y de seguridad social con perspectiva de género en la reforma laboral”, en Martínez Carrillo, Carlos Ferran y otros (coords.), *Los derechos fundamentales laborales*, México, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 127-143.

jurisdiccional, resulta relevante la consulta del *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género*, publicado por la Suprema Corte, en el cual se pueden advertir como temas destacados los siguientes: la discriminación en la contratación, los cuidados y el trabajo, la brecha salarial, la violencia en el trabajo, la perspectiva de discapacidad, el trabajo del hogar y la participación de la mujer en la dirección y representación de las organizaciones sindicales.<sup>182</sup>

## B. Normativa

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Constitución Mexicana, aunque también está protegido por el artículo 4 constitucional, en el que se prevé la igualdad entre el hombre y la mujer.

En relación con los derechos en el trabajo, la protección del derecho a la igualdad y no discriminación puede encontrarse en los siguientes preceptos: artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 11, 25 y 26 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y 17, 18 y 19 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

De manera específica, el artículo 2.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) ordena la erradicación de la violencia contra la mujer en el trabajo; artículo 7 de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia; artículo 18 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (pendiente de ratificación por el Estado mexicano); artículo III de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; artículo 7 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Otras Formas Conexas de Intolerancia

Asimismo, en el seno de la OIT, el derecho a la no discriminación tiene el reconocimiento de derecho fundamental y está protegido por el Convenio sobre igual-

---

182 Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. [Consulta: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral_0.pdf)].



dad de remuneración, 1951 (núm. 100) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). En ese organismo, por su importancia en la perspectiva de género en materia de trabajo, se destacan el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, y el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso.

### C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Opinión Consultiva 18/03, la Corte Interamericana definió la discriminación y afirma que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*.<sup>183</sup> De manera específica, en esa opinión, estableció que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral.<sup>184</sup> Esta decisión coincide con lo afirmado por el Comité DESC, en el sentido de que el derecho a condiciones justas y equitativas corresponde a todos los trabajadores en todos los entornos, sin discriminación alguna.

Posteriormente, en la Opinión Consultiva 27/21, la Corte Interamericana analizó la perspectiva de género en el ámbito del Derecho colectivo. En ella identificó la exclusión histórica de las mujeres en el espacio laboral y sindical, y estableció que los Estados deben garantizar el derecho de las mujeres, en igualdad de circunstancias, a no ser objeto de actos de discriminación, y a participar de todas las asociaciones que se ocupen de la vida pública y política, incluyendo en los sindicatos y las organizaciones de trabajadores y trabajadoras. Asimismo, sostuvo que las mujeres deben tener acceso a mecanismos adecuados de tutela judicial de sus derechos cuando sean víctima de discriminación en el acceso, goce y ejercicio de los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga.<sup>185</sup>

Dentro de esa resolución, se recuerda que el derecho a la discriminación abarca dos concepciones: una negativa y otra positiva. Conforme a la segunda, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes. En ese estudio, identifica temas vinculados con la perspectiva de género en el trabajo: derecho de igual remuneración por igual trabajo; protección durante el embarazo; eliminación de estereotipos; trabajo en el hogar; eliminación de estereotipos en el ámbito de las labores domésticas y de

---

183 Opinión Consultiva 18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes*, Serie A, No. 18, 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

184 Opinión Consultiva 18/03, párr. 134.

185 Opinión Consultiva 27/21, párr. 168.

cuidado; participación proporcional en los sindicatos; trabajo informal, así como la atención a situaciones de pobreza.<sup>186</sup> La Corte aclara que esa perspectiva puede ser inclusiva de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como son las personas LGBTI.<sup>187</sup>

En relación con la no discriminación en el derecho al trabajo, la Corte Interamericana determinó que existe vulneración a esos derechos en el caso de una persona con discapacidad intelectual que no fue seleccionada en un concurso para obtener un puesto estable como servidor público. En ese asunto la Corte se pronunció sobre la discriminación en contra de las personas con discapacidad y reiteró su doctrina sobre el derecho al trabajo. En su resolución sostuvo que “(...) podría resultar razonable y admisible la decisión de no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad en caso de que ésta sea incompatible con las funciones esenciales que se van a desempeñar. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para decidir no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Esto obliga a una fundamentación más rigurosa que determine las razones objetivas por las que se adopta dicha decisión”<sup>188</sup>.

Respecto a otros motivos de discriminación, la Corte ha considerado la responsabilidad del Estado por no advertir la vulnerabilidad de los trabajadores por la situación de discriminación estructural histórica debido a su posición económica,<sup>189</sup> y también ha resaltado los factores interseccionales de vulnerabilidad.<sup>190</sup> Ha identificado el caso de víctimas inmersas en patrones de discriminación estructural e interseccional, por tratarse de personas pertenecientes a un pueblo indígena.<sup>191</sup> Asimismo, ha establecido que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas, así como un criterio reforzado de celeridad en todos los procesos judiciales y administrativos.<sup>192</sup>

## D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte ha emitido criterios respecto a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo, desde el acceso hasta después de su conclusión. Ha

---

186 Opinión Consultiva OC 27/21, párrs. 166-189.

187 Opinión Consultiva OC 27/21, párr. 155.

188 Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica, párr. 80.

189 Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párr. 341.

190 Caso Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, párr. 198.

191 Caso Buzos Miskitos vs. Honduras, párrs. 107 y 110.

192 Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú, párrs. 110 y 111.

analizado la constitucionalidad de leyes que se han impugnado por vulnerar ese derecho, y también ha revisado los actos de discriminación atribuibles directamente a particulares (empleadores), en la relación asimétrica con los trabajadores o quienes pueden aspirar a un empleo. En cuanto a la vulneración al derecho a la igualdad, por falta de razonabilidad en una distinción de trato, la Segunda Sala estableció que son inconstitucionales los artículos 60 y 61 de la Ley General del Sistema para la Carrera de Maestras y Maestros, en cuanto privan de la definitividad a las personas que obtienen un ascenso en educación media superior respecto de quienes obtienen ese ascenso en otros niveles educativos.<sup>193</sup>

Uno de los motivos de discriminación que se han abordado ampliamente en la doctrina de la Suprema Corte ha sido la edad. La Primera Sala aclaró que, al analizar la incorporación de la edad al elenco de categorías discriminatorias ofrece peculiaridades muy específicas y que, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez, y cada una ofrece caracteres variables.<sup>194</sup>

Existen asuntos en los que se ha demandado la responsabilidad civil por daño moral por la publicación de convocatorias de trabajo en las que se fija una edad mínima, en los que la Primera Sala revisó si en las convocatorias la empresa utilizaba la edad como un factor arbitrario que actualizaba la prohibición constitucional a no discriminar.<sup>195</sup> Asimismo, determinó que los propietarios de las páginas electrónicas que sirven como plataforma intermediaria entre ofertantes y solicitantes de empleos no serían responsables por los actos de discriminación en los cuales lleguen a incurrir los empleadores usuarios al formular las ofertas de empleo, cuando actúen como medios o vehículos neutros para hacer posible la conexión entre quienes ofrecen trabajo y quienes buscan obtenerlo,<sup>196</sup> y que cuando éstas establezcan políticas de no discriminación para regir el uso de la plataforma refuerzan su neutralidad frente a los actos discriminatorios que puedan cometer las personas usuarias.<sup>197</sup>

Respecto a la edad mínima para acceder a un cargo público, el Tribunal Pleno ha sostenido que la edad no se considera una categoría sospechosa y, por tanto, su análisis debe realizarse bajo un test ordinario.<sup>198</sup> En otro aspecto, se ha consi-

---

193 Amparo en Revisión 392/2021, sentencia de 23 de febrero de 2022.

194 Amparo Directo en Revisión 992/2014, sentencia de 12 de noviembre de 2014.

195 Amparo Directo en Revisión 992/2014; también se abordó la discriminación por edad en el acceso al empleo en el Amparo Directo en Revisión 1958/2020, sentencia de 11 de agosto de 2021.

196 Amparo Directo en Revisión 1956/2020, sentencia de 11 de agosto de 2021.

197 Amparo Directo en Revisión 1956/2020, sentencia de 11 de agosto de 2021.

198 Acción de Inconstitucionalidad 67/2018 y su acumulada 69/2019, sentencia de 30 de julio de 2020, Acción de inconstitucionalidad 89/2018, sentencia de 22 de octubre de 2020.

derado que la ley no infringe la garantía de no discriminación por razón de edad, al establecer la edad de 65 o 75 años para el retiro forzoso de juzgadores.<sup>199</sup>

Otro grupo discriminado en el trabajo lo integran las personas con discapacidad. Al resolver un asunto que derivó de un juicio en el que se demandó el pago de indemnización por daño moral, la Primera Sala resolvió que una convocatoria para acceder a un trabajo excluyó a la promovente de la oportunidad, por exigir no tener alguna discapacidad para acceder a la plaza cuya vacante se publicó.<sup>200</sup>

La Segunda Sala estableció que se debe presumir que existe discriminación de una persona con discapacidad, por padecer cáncer, cuando sea despedida sin que la parte empleadora alegue una justa causa, quien soporta una carga probatoria mayor.<sup>201</sup>

El Tribunal Pleno declaró la invalidez de diversos preceptos de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición de Espectro Autista, porque requería a sólo un grupo de la población mexicana un documento médico que avale sus aptitudes para poder ingresar al sector laboral y productivo, lo que, lejos de coadyuvar y concientizar al resto de la población sobre tal discapacidad, tiene un efecto estigmatizante.<sup>202</sup>

Respecto al acceso al empleo, en su dimensión colectiva y en el análisis de una acción afirmativa, la Segunda Sala analizó un asunto en el que se planteó el incumplimiento de la cuota del 2% de personas con discapacidad respecto de la plantilla total del Gobierno de Baja California, establecida en la ley local. Concedió el amparo para que, en un plazo de seis meses, la autoridad cumpla la referida cuota legal, y que adoptara las políticas públicas y medidas pertinentes.<sup>203</sup>

Igualmente, la Primera Sala se ocupó de la discriminación de las personas en situación de movilidad, en un amparo promovido en contra de la negativa de la autoridad de proporcionarles una Clave Única de Registro de Población (CURP), pues ello les impedía acceder efectivamente al trabajo, entre otros derechos.<sup>204</sup>

Un supuesto diferente de discriminación es el acoso o *mobbing*. La Primera Sala lo definió y lo distinguió de conductas inherentes a las exigencias del empleo,

---

199 Acción de Inconstitucionalidad 128/2015, sentencia de 10 de julio de 2017, Amparo en revisión 341/2021, sentencia de 3 de noviembre de 2021.

200 Amparo Directo en Revisión 1387/2012, sentencia de 22 de enero de 2014.

201 Amparo Directo en Revisión 3708/2016, en sentencia dictada el 31 de mayo de 2017.

202 Acción de Inconstitucionalidad 33/2015, sentencia de 18 febrero de 2016.

203 Amparo en Revisión 146/2018, sentencia de 20 de junio de 2018.

204 Amparo en Revisión 114/2020, sentencia de 27 de septiembre de 2021, que constituye a su vez un precedente obligatorio.

y que la irracionalidad y la desproporción de las cargas debe evaluarse según el área específica, la naturaleza del trabajo y las tareas que debe realizar.<sup>205</sup>

En otro caso de discriminación, la Primera Sala resolvió que, si bien reconoce que portar un tatuaje está permitido y no se debe discriminar en el ámbito laboral por ello, en ese caso el símbolo que portaba el quejoso representa un discurso de odio racista (antisemita), que, ante las circunstancias específicas del caso, actualizó una restricción a la protección constitucional y convencional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión por él ejercidos.<sup>206</sup>

Bajo este rubro, también se incluyen criterios en los que la Suprema Corte ha aplicado la perspectiva de género en el ámbito laboral, algunos de los cuales han sido destacados en la Opinión Consultiva 27/21 de la Corte Interamericana.

Una primera línea doctrinal se refiere a la protección de la mujer con motivo de la gestación. La Segunda Sala consideró que las decisiones extintivas de una relación laboral basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen discriminación por razón de sexo, y que esos casos deben ser juzgados con perspectiva de género. Al respecto, determinó que, cuando el motivo alegado por la parte trabajadora sea que la parte demandada terminó la relación de trabajo porque se encuentra embarazada o en periodo de licencia de post parto, y posteriormente, en el juicio laboral ofrezca el empleo, el efecto de revertir la carga probatoria carece de operatividad.<sup>207</sup> También se pronunció sobre la validez de la renuncia cuando la trabajadora se encontraba embarazada y determinó que la patronal deberá acreditar que la renuncia fue libre y espontánea.<sup>208</sup> Asimismo, ha considerado esa protección reforzada en el caso de trabajadoras de confianza del sector público, la cual se ha revisado a la luz de la limitación constitucional respecto a su estabilidad laboral.<sup>209</sup>

Un criterio similar sobre el valor de la renuncia y la carga del empleador de probar que fue libre y espontánea lo sostuvo en el caso de una trabajadora del hogar que también era vulnerable por razón de su edad.<sup>210</sup>

---

205 Amparo Directo 47/2013, sentencia de 7 de febrero de 2014.

206 Amparo Directo en Revisión 4865/2018, sentencia de 30 de octubre de 2019.

207 Jurisprudencia 2a./J. 66/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, p. 1159. Registro digital: 2014508.

208 Jurisprudencia 2a./J. 96/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 68, julio de 2019, Tomo II, p. 998. Registro digital: 2020317.

209 Amparo Directo en Revisión 5139/2018. Segunda Sala. 14 de noviembre de 2018. Amparo Directo 29/2018 relacionado con el Amparo Directo 28/2019, sentencia de 22 de mayo de 2019, Amparo Directo en Revisión 1035/2021, sentencia de 14 de julio de 2021, y Amparo Directo en Revisión 1065/2020, sentencia de 13 de octubre de 2021.

210 Amparo directo 9/2018 relacionado con el Amparo Directo 8/2018, sentencia de 5 de diciembre de 2018.

Otros casos de discriminación contra la mujer tienen su origen en el acoso sexual. La Primera Sala resolvió que en esos casos, es pertinente y resultará útil ante la carencia de medios probatorios que el operador jurídico recabe otros medios de prueba, además de considerar efectivamente la declaración de la denunciante como esencial y veraz para efectos de ordenar de inmediato las medidas de reparación y no repetición; y por otra parte considerar esa misma declaración concatenada de forma indiciaria con la valoración de otros medios probatorios a fin de determinar la posible declaración de condena al presunto agresor considerando su derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia.<sup>211</sup>

También se ha aplicado la perspectiva de género en el reconocimiento de la actividad no remunerada de la mujer en el hogar. Se trata de una actividad que no supera el test de laboralidad para alcanzar la protección del Derecho del Trabajo tradicional, pero que sí tiene una trascendencia económica y debe ser reconocida para su debida protección. Con relación a un caso en el que se resolvió sobre el pago de la compensación porque la cónyuge, que contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, no se pudo dedicar con igual, tiempo, intensidad y diligencia a otra actividad en el mercado de trabajo remunerado, la Primera Sala identificó los distintos elementos a considerar en la dedicación al trabajo no remunerado, y determinó que el trabajo remunerado en el mercado convencional no excluye *per se* la compensación, como tampoco el apoyo de empleados domésticos en el domicilio conyugal elimina su procedencia.<sup>212</sup>

Al analizar un asunto en el que una mujer demandó de su cónyuge pensión alimenticia, la Primera Sala estableció que resulta discriminatorio que se le niegue el acceso a este derecho por haber tenido un empleo remunerado. En ese precedente, sostuvo que la llamada “doble jornada” consiste en que además de la jornada laboral que se cumple en un empleo o profesión fuera del hogar, las mujeres realizan todas las tareas domésticas y de cuidado, lo que acaba consumiendo su uso del tiempo. La Sala consideró que no son incompatibles la pensión alimenticia compensatoria con el hecho de que su acreedor haya, además, tenido un empleo remunerado, pues si su fundamento es un deber ético de solidaridad y su finalidad es acabar con un desequilibrio económico, luego no es relevante si la persona tuvo o no un empleo remunerado.<sup>213</sup> Este criterio fue reiterado en otro asunto en el que se analizó la constitucionalidad de la disposición que prevé la compensación a favor del cónyuge que se quedó en el hogar, y en él, la Primera Sala sostuvo que para analizar que la realización de las tareas del hogar fueron la causa que originó la nula o inferior adquisición de un patrimonio propio respecto del otro cónyuge, el juzgador

---

211 Amparo Directo en Revisión 8287/2018, sentencia de 25 de noviembre de 2020.

212 Amparo Directo en Revisión 4909/2014, sentencia de 20 de mayo de 2015.

213 Amparo Directo en Revisión 1754/2015, sentencia de 14 de octubre de 2015.

debe evaluar tanto la modalidad del trabajo del hogar —ejecución material de las tareas o a través de diversas funciones de dirección y gestión— como el periodo de tiempo empleado para estas tareas —dedicación exclusiva, doble jornada o ambos cónyuges comparten el trabajo doméstico en la misma intensidad—. <sup>214</sup>

Sobre el reconocimiento del trabajo no remunerado en el hogar, la Primera Sala también determinó que las autoridades jurisdiccionales están obligadas a descartar cualquier estereotipo de género en la toma de decisiones sobre la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes y, en particular, aquellos que tiendan a considerar con falta de aptitud para el cuidado a una madre por el solo hecho de dedicarse a un trabajo público remunerado y demandante. <sup>215</sup>

## 5. Erradicación del trabajo infantil

### A. Doctrina

Respecto a la protección de la niñez, se incluye la abolición efectiva del trabajo infantil, que es uno de los derechos fundamentales reconocidos por la OIT, así como las normas protectoras de la infancia que realiza un trabajo.

Como lo advierte Inés Montarcé sobre la situación que prevalece en Argentina, la informalidad, la precariedad y la invisibilidad caracterizan el trabajo infantil, de modo que, a pesar de los cambios en la ley y en las políticas públicas, “existen importantes brechas entre la formalidad del derecho y su ejercicio efectivo en las distintas clases sociales y tipos de familias y hogares”. <sup>216</sup> Esa situación no es diferente en México; incluso existe recomendación del Grupo de Trabajo en seguimiento al Protocolo de San Salvador en el sentido de multiplicar los esfuerzos en la política pública para eliminar el trabajo infantil, aspecto que se analiza junto con la promoción del trabajo formal, <sup>217</sup> lo que revela nuevamente la estrecha relación que existe

---

214 Amparo Directo en Revisión 4883/2017, sentencia de 28 de febrero de 2018.

215 Amparo Directo en Revisión 6942/2019, sentencia de 13 de enero de 2021.

216 Montarcé, Inés, “La problemática del trabajo en la infancia en Argentina: prácticas, legislaciones y políticas públicas a inicios del siglo XXI”, en López Ahumada, J. Eduardo (dir. y coord.), *OIT y América Latina*, op. cit., pp. 143 y 144.

217 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, México, 2004, pp. 166 y 167. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, *Examen de los Informes presentados por los Estados Parte al Segundo Agrupamiento de Derechos del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”* (arts. 6, 7, 8, 11, 12, 14): *Observaciones y recomendaciones finales al Estado mexicano, Organización de Estados Americanos, mayo 2018*, OAS/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.42/19, párr. 51.

entre los derechos y cómo una alta tasa de informalidad representa un grave riesgo para los grupos más vulnerables, como es la infancia. Esto, como se verá más adelante, queda de relieve en los casos resueltos por la Corte Interamericana, como el de Buzos Miskitos, que analizan afectaciones graves a la integridad de trabajadores en condiciones de informalidad tales en las que esas lesiones también repercuten en las niñas y los niños que laboran en esas actividades peligrosas.

Respecto al trabajo infantil, la profesora Montarcé advierte que existen dos enfoques principales: erradicacionista y regulacionista. La perspectiva erradicacionista “plantea que el trabajo infantil constituye un problema social que atenta contra el desarrollo y la integridad física y psíquica de las niñas y niños, por lo cual se plantea la necesidad de su prevención y abolición inmediata y/o gradual en todo espacio social y cultural”.<sup>218</sup> El enfoque regulacionista “plantea la importancia de distinguir las actividades que constituyen formas de abuso y explotación económica de otras formas de trabajo que los niños y niñas (independientemente de su edad) realicen para su reproducción individual y/o social y que no supongan rasgos para su propia integridad física, psíquica y emocional”.<sup>219</sup> Desde esta perspectiva, el problema radica en el tipo de actividades realizadas y las condiciones en que estas se ejercen, las cuales deben ser reconocidas, visibilizadas y reguladas para su protección, y no tanto en el trabajo en sí mismo.<sup>220</sup>

En 1992, la OIT estableció el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC, siglas en inglés). En el portal de ese Programa Internacional, no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general, la participación de niños, niñas y adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. En ese portal se precisa que el término “trabajo infantil” suele definirse como todo trabajo que priva a niños, niñas y adolescentes de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.<sup>221</sup>

Por tanto, de acuerdo con ese organismo, no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general,

---

218 Montarcé, Inés, *op. cit.*, p. 147.

219 *Ibidem*, p. 147.

220 *Ibidem*, pp. 147 y 148.

221 Página Web “¿Qué se entiende por trabajo infantil?”, en el Portal del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, sitio oficial de la OIT, [Consulta: <https://www.ilo.org/ipec/facts/lang-es/index.htm>] sobre la posición de la OIT, véase también Montarcé, Inés, *op. cit.*, pp. 148-151, quien a su vez cita el estudio de la OIT, *Reflexiones para el cambio de los planes nacionales de prevención y erradicación del trabajo infantil en América Latina y el Caribe*, Lima, OIT, 2007.



la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Precisa que el término “trabajo infantil” suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Entonces se alude, a un trabajo que

1. Es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; o
2. Interfiere con su escolarización puesto que: les priva de la posibilidad de asistir a clases; les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo.<sup>222</sup>

## B. Normativa

La abolición efectiva del trabajo infantil es uno de los derechos fundamentales reconocidos por la OIT. Está protegido por dos convenios: Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138) y el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182).

La protección general de niñas, niños y adolescentes se encuentra en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce el derecho de niñas, niños y adolescentes a estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

El artículo 123, apartado A, fracciones II y III, de la Constitución prevé un conjunto de normas que establecen las actividades que se consideran prohibidas y una jornada máxima para las personas menores de dieciséis años de edad. A partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2014, la edad mínima para trabajar es la de quince años, tal como se establece en el Convenio No. 138.

## C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En dos casos relacionados con condiciones de trabajo, la Corte advirtió sobre el riesgo a la vida e integridad física de niñas y niños.<sup>223</sup> Sostuvo que el artículo

---

222 Página Web “¿Qué se entiende por trabajo infantil?”, *op. cit.*

223 Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil y de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras.

19 de la Convención Americana dispone que las niñas y los niños tienen derecho a medidas de protección especiales, por lo que ese mandato impacta la interpretación del derecho al trabajo, y consideró necesario acudir al *corpus iuris* internacional, en particular a la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>224</sup> Asimismo, emitió pronunciamiento sobre la prohibición del trabajo infantil en un caso en que se denunció la existencia de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, y precisó las obligaciones del Estado en esos casos.<sup>225</sup>

#### D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

En 2015, el Estado mexicano ratificó el Convenio No. 138 sobre la edad mínima de la OIT, y como consecuencia se reformó el artículo 123, apartado A, fracción III, de la Constitución, y diversos artículos de la Ley Federal del Trabajo. Con motivo de los amparos promovidos contra la reforma a la ley federal, la Segunda Sala reconoció la constitucionalidad de esa modificación. Dentro de la impugnación se cuestionó la falta de motivación específica de cada uno de los artículos reclamados; particularmente respecto de las actividades peligrosas para laborar después de las veintidós horas, cargar pesos mayores de siete kilos, manejar herramientas punzocortantes, ni la justificación de por qué deben gozar vacaciones de dieciocho días y por qué no es conveniente que laboren en días domingo.<sup>226</sup>

En relación con el sistema de justicia para adolescentes, el Tribunal Pleno reconoció la validez de un Código local, en el que se permite la aplicación de la medida de servicios a favor de la comunidad a menores de quince años de edad.<sup>227</sup>

Al analizar una ley burocrática local, que prevé la edad de quince años como mínima para trabajar en el gobierno de un estado, el Tribunal Pleno sostuvo que las condiciones en que debe desarrollarse la relación de trabajo se rigen supletoriamente por las normas protectoras de las niñas, los niños y los adolescentes previstas en la Ley Federal del Trabajo.<sup>228</sup>

---

224 Caso Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, párr. 178.

225 Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318, párr 332.

226 Amparos en Revisión 1228/2016, sentencia de 17 de mayo de 2017.

227 Acción de Inconstitucionalidad 8/2015, sentencia de 12 de marzo de 2019.

228 Acción de Inconstitucionalidad 89/2018, sentencia de 22 de octubre de 2020.

## 6. Prohibición del trabajo forzoso

### A. Doctrina

Frente al derecho al trabajo, el Comité de DESC ha determinado que los Estados tienen la obligación de respetarlo, el cual se cumple también mediante la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio,<sup>229</sup> y con la prohibición de la esclavitud y la servidumbre.<sup>230</sup> En el Convenio 29 de la OIT se define el trabajo forzoso como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (artículo 2.1); y se precisan los supuestos que no se consideran trabajo forzoso u obligatorio, como son las obligaciones cívicas de los ciudadanos, entre otros (artículo 2.2). En el artículo 1 del Convenio No. 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, se enuncian los supuestos de trabajo forzoso que los Estados parte se obligan a suprimir; por ejemplo, el que se impone como medida de coerción por expresar determinadas ideas políticas.

La definición de trabajo forzoso emitida por la OIT se integra por tres elementos:

- *Trabajo o servicio.* Hace referencia a todo tipo de trabajo que tenga lugar en cualquier actividad, industria o sector, incluida la economía informal.
- *Amenaza de una pena cualquiera.* Abarca una amplia gama de sanciones utilizadas para obligar a alguien a trabajar.
- *Involuntariedad.* La expresión “se ofrece voluntariamente” se refiere al consentimiento otorgado libremente y con conocimiento de causa por un trabajador para empezar un trabajo y a su libertad para renunciar a su empleo en cualquier momento. No es el caso por ejemplo cuando un empleador o un reclutador hacen falsas promesas con el fin de inducir a un trabajador a aceptar un empleo que de otro modo no habría aceptado.<sup>231</sup>

Como lo evidencia Carlos de la Torre Martínez, existe como clave común de interpretación entre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso el fenómeno de la explotación de unos seres humanos sobre otros. Además, han revestido

229 Observación General núm. 18 (2005), *cit.*

230 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, No. 318.

231 *Cfr.* Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Principios y derechos fundamentales en el trabajo (FUNDAMENTALS), *Normas de la OIT sobre el trabajo forzoso-El nuevo Protocolo y la nueva Recomendación de un vistazo*, Ginebra, OIT, 2016, p. 5. [Consulta: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@declaration/documents/publication/wcms\\_534399.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_534399.pdf)]

diversas formas, graduaciones y estructuras a lo largo de la historia; describe la apropiación del fruto de trabajo y actividad de una persona o grupo de personas.<sup>232</sup>

La prohibición del trabajo forzoso, al igual que la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, impone al Estado deberes de respeto y de protección y garantía. El profesor Christian Courtis enuncia, entre esas obligaciones, las siguientes:

- la eliminación de toda legislación que autorice o tolere el trabajo forzoso u obligatorio
- la tipificación penal de ambas figuras, con sanciones adecuadas
- la adopción de medidas de prevención del trabajo forzoso u obligatorio
- la adopción de medidas de inspección tendientes a la detección de trabajo forzoso u obligatorio
- la investigación diligente en caso de denuncias o de evidencia de formas de trabajo forzoso u obligatorio y, en su caso, la persecución y condena penal de los responsables, y el establecimiento de otras formas de reparación adecuada
- la investigación diligente y, en su caso, la persecución y condena penal de los responsables
- la adopción de medidas de protección y asistencia a las víctimas.<sup>233</sup>

## B. Normativa

En el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas, se contiene la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso. En el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se contiene la prohibición de la esclavitud y servidumbre.

En el seno de la OIT, se reconoce como derecho fundamental la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, el cual está protegido por el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29 y su Protocolo de 2014, este último pendiente de ratificación por México), y el Convenio sobre la abolición del

---

232 Torre Martínez, Carlos de la, “Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre”, en Ferrer Mac-Gregor y otros (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interarmericana*, México, SCJN, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 274.

233 Courtis, Christian, “Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2012, p. 98.

trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); también es relevante la Recomendación 203 sobre el trabajo forzoso de 2014.

La prohibición de la esclavitud se contiene también en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

En el artículo 1 de la Constitución Mexicana, se contiene la prohibición de la esclavitud, y en el artículo 5 constitucional se regula la libertad de trabajo, y en su párrafo tercero, se impide obligar a las personas a prestar un trabajo sin la justa remuneración.

### C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, la Corte Interamericana analizó el trabajo forzoso impuesto por un grupo paramilitar; lo definió como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.<sup>234</sup> Posteriormente, al resolver el caso Trabajadores Hacienda Brasil Verde, la Corte concluyó que los trabajadores se encontraban en una situación de servidumbre por deuda y de sometimiento a trabajos forzados, y distinguió los conceptos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. En esa oportunidad, consideró que los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima. Estableció que la servidumbre es la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”,<sup>235</sup> y precisó su doctrina sobre los alcances del trabajo forzoso.

### D. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La abolición del trabajo forzoso se encuentra reconocida como derecho fundamental por la OIT. El Tribunal Pleno ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el trabajo forzoso, especialmente el que se impone como sanción, sea penal

---

234 Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, No. 148, párr. 155-160.

235 Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, párrs. 269, 280 y 304.

o administrativa, aún no resuelve situaciones como las que se presentaron ante la Corte Interamericana.

Al revisar una ley federal, el Tribunal Pleno definió las características del trabajo penitenciario como un elemento necesario para la reinserción social, especialmente en el contexto de los condenados por delincuencia organizada. En la sentencia recordó la distinción que ha hecho del trabajo forzoso, el cual está prohibido, frente a los servicios personales que se imponen como sanción por la autoridad judicial, los cuales, distinguió del trabajo penitenciario.<sup>236</sup>

El Tribunal Pleno declaró la inconstitucionalidad de los artículos 72, fracción V, primer párrafo, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, en las porciones normativas que facultan a la autoridad administrativa para imponer como sanción la realización de trabajos a favor de la comunidad”. Consideró que los tratados internacionales (artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) exigen una mayor protección a la persona humana que el contenido de la Constitución Federal respecto al derecho humano a la libertad de trabajo, por lo que determinó que el parámetro de validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano es el siguiente: sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.<sup>237</sup>

### III. CONCLUSIONES

Los derechos humanos laborales integran un grupo heterogéneo con una finalidad clara en cuanto a la protección de la dignidad de la persona trabajadora, que se sintetiza en el postulado del trabajo digno o decente. Se trata de derechos sociales que implican una indemnidad frente al poder de dirección que se ejerce en virtud de la libertad de empresa o de las facultades de los propios órganos del Estado cuando actúa como empleador. Esa protección, que adquiere relevancia en los ordenamientos que han constitucionalizado los derechos sociales, se encuentra en tensión con la evolución del mercado y de la tecnología, que generan actividades que escapan a los parámetros tradicionales de regulación del empleo. Ante esta realidad, la OIT ha desarrollado estrategias de protección, como es el

---

236 Acción de Inconstitucionalidad 24/2012, sentencia de 14 de mayo de 2013.

237 Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, sentencia de 7 de febrero de 2012.

concepto de garantía laboral universal adoptada en la Declaración sobre el futuro del trabajo de 2019. En este contexto, los criterios de los tribunales encuentran el desafío de garantizar la tutela efectiva de los derechos sociales, cuyo rango constitucional ha sido reconocido, frente a situaciones que se hacen visibles o surgen en la actualidad.

En la protección de la persona en su empleo, o con motivo de éste, adquiere especial relevancia la eficacia horizontal de los derechos humanos, de manera que la tutela efectiva de éstos implica que sean exigidos y protegidos frente al personal que ejerce el poder de dirección.

Algunos retos de la protección de las personas trabajadoras son globales y otros transversales, de modo que es posible advertir temas comunes en las jurisdicciones internacionales y nacionales. Una muestra de esos retos la podemos encontrar en la Declaración del Centenario de la OIT sobre el futuro del trabajo.<sup>238</sup> Entre ellos se encuentra la actividad de las empresas transnacionales, el avance tecnológico en la digitalización, el cambio climático, el sector informal, la movilidad humana, o los efectos de la pandemia por Sars-Cov2.

Respecto al derecho al trabajo, la jurisprudencia interamericana ha abordado distintas situaciones que se vinculan con la protección de personas que representan trabajadores, la separación arbitraria de funcionarios públicos o la inhabilitación de una docente. La jurisprudencia nacional no ha conocido de esas mismas situaciones, con la amplitud que lo ha hecho el tribunal interamericano; sus criterios se han dirigido más bien a controlar la aplicación de las restricciones que se han establecido en la propia Constitución y en las leyes, o bien a determinar los efectos y consecuencias del despido injustificado. Asimismo, ha decidido casos en los que la reinstalación puede ser perjudicial para las víctimas de acoso.

En torno a las condiciones de trabajo, la Corte Interamericana ha determinado la responsabilidad de los Estados en situaciones de vulneración de derechos humanos en casos de explotación que han tenido como consecuencia la pérdida de la vida de personas trabajadoras, que incluyen niños, niñas y adolescentes. Esos mismos casos difícilmente se encuentran en la jurisdicción laboral interna, en la cual se presentan situaciones de protección individual y colectivo en el marco del sector formal de la economía. En ese ámbito, se han fijado criterios para demostrar y tutelar el monto del salario, la jornada laboral, entre otras condiciones. Esta situación revela la necesidad de ampliar la perspectiva del análisis, e identificar las acciones del Estado en su integridad, atendiendo a la actuación de otras au-

---

238 Disponible en «[https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/texts-adopted/WCMS\\_711699/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/texts-adopted/WCMS_711699/lang-es/index.htm)».

toridades, como la inspección del trabajo, o a las decisiones que surgen en otras materias, como la administrativa o la penal.

La pandemia por Sars-Cov2 ha puesto en el centro de atención la protección de las condiciones de trabajo, al grado que en 2022 la OIT reconoce como derecho fundamental la seguridad y salud de la persona trabajadora. En el ámbito nacional, existen otras medidas que tienden a fortalecer la protección de la salud de los trabajadores, como es la emisión de la Norma Oficial Mexicana a NOM-035-STPS-2018, relativa a los factores de riesgo psicosocial en el trabajo, identificación, análisis y prevención. Sin embargo, no se pueden desconocer los datos que revelan la precariedad de las condiciones laborales; por ejemplo, México es líder en la OCDE en cuanto al promedio de horas efectivamente trabajadas por persona empleada,<sup>239</sup> de modo que ese indicador revela que las prohibiciones legales y la regulación del tiempo de trabajo han sido insuficientes para limitar las horas que efectivamente trabaja cada persona en comparación con la realidad de los países que integran ese organismo.

Por lo que respecta a los derechos colectivos, la jurisprudencia internacional y nacional han destacado su importancia como medios necesarios para la garantía de otros derechos. En el ámbito nacional se ha vinculado la materia laboral con los principios democráticos desarrollados en materia electoral, los cuales pueden ser de utilidad en la implementación de los cambios en esa materia que buscan la participación efectiva de los trabajadores, así como la representación de las mujeres en el ejercicio de esos derechos.

En relación con la igualdad de trato y no discriminación, existen criterios tanto de la Corte Interamericana como de la Suprema Corte, en los que se ha hecho patente su protección en relación con las personas en situación de movilidad, las mujeres, personas con discapacidad, o con personas por razón de su preferencia sexual. La jurisdicción nacional ha abordado distintas situaciones de discriminación que se reflejan en actos de violencia, como el acoso; en la exclusión del acceso al trabajo, la cual se ha presentado en las convocatorias de empleo o las leyes que imponen requisitos para el ingreso a un empleo, o en la regularidad constitucional de acciones afirmativas y de su protección, tales como las cuotas establecidas en las leyes.

Uno de los retos más grandes de la jurisprudencia es la protección de la mujer en el trabajo. Como lo revela la opinión consultiva 27/21, existen muchos aspectos en los cuales se debe aplicar la perspectiva de género. La doctrina nacional ha protegido a la mujer con motivo de la gestación o el reconocimiento de la doble jornada en el ámbito familiar, pero aún hay temas pendientes como la evaluación

---

239 Cfr. «<https://www.oecd.org/centrodemexico/estadisticas/horas-trabajadas.htm>».



de la remuneración bajo el estándar de igual valor, la protección frente al hostigamiento, o la conciliación trabajo-familia.

En este capítulo se priorizó la exposición de criterios que reflejan los parámetros generales de protección emitidos en la doctrina de la Corte Interamericana y en las decisiones recientes de la Suprema Corte. Se dejaron de lado decisiones que otorgan una protección específica de legalidad, o que están relacionadas con un caso particular.

De la doctrina de la Corte Interamericana se advierte la importancia que tiene la tutela judicial respecto a la protección de los derechos laborales, sobre todo en el cuidado de la celeridad de los procedimientos y de la ejecución de sentencias. En cambio, en la jurisprudencia nacional se ha analizado el debido proceso de manera autónoma al derecho sustantivo y se ha discutido si procede el amparo indirecto para tutelar el primero.<sup>240</sup> En este capítulo sólo se presentaron de manera panorámica los derechos laborales, sin detallar criterios procedimentales.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

El desarrollo económico y tecnológico plantean nuevos desafíos a las normas laborales y a la protección de la persona en el trabajo y la ocupación, los cuales se suman a los retos que aún quedan pendientes por atender en esta materia. En ese contexto, surgen algunas preguntas pendientes por resolver. ¿Cómo hacer efectiva la garantía universal de los pisos laborales, de manera que proteja a toda persona que desarrolle una ocupación o trabajo, sobre todo a quienes se emplean en el sector informal? ¿Cuál es el medio eficaz para obtener la tutela judicial efectiva frente al poder de dirección de la persona empleadora? ¿Cuáles son los medios legítimos y eficaces para lograr la participación y representación de las personas trabajadoras, y especialmente de las mujeres? ¿La legislación mexicana respeta el derecho a una igual remuneración por un trabajo de igual valor, bajo los estándares internacionales? ¿Es posible la aplicación de esos estándares con las normas en vigor?

### Fuentes

Abramo, Laís, *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

Alonso, Luis Enrique, *La crisis de la ciudadanía laboral*, Barcelona, Anthropos, 2007

---

240 Jurisprudencia 2a./J. 48/2016 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 30, mayo de 2016, Tomo II, página 1086. Registro digital: 2011580.

- Añón, María José, “Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2002, [consulta: «<https://www.uv.es/~afd/CEFD/6/anyon.htm>].
- Baylos, Antonio, *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete: Bomarzo, 2016.
- Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Lima, Palestra, 2015.
- Bronstein, Arturo, *Derecho internacional y comparado del trabajo: desafíos actuales*, trad. Mariano C. Melero, México, OIT, Plaza y Valdés, 2010.
- Calvillo Barragán, Stephanie, “Derechos humanos laborales y de seguridad social con perspectiva de género en la reforma laboral”, en Martínez Carrillo, Carlos Ferran y otros (coords.), *Los derechos fundamentales laborales*, México, Tirant Lo Blanch, 2022.
- Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazetti y otros, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, [consulta: «<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3063-construccion-y-papel-de-los-derechos-sociales-fundamentales#109576>» 29 de julio de 2022, 15:00].
- Carrillo Callé, Martín, “Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales”, en ADEC-ATC, Lima, Perú, 1993, pp. 44 y 45, citado en Martínez Salgueiro, María Elena, “Derechos económicos, sociales y culturales en la relaciones laborales-OIT: Análisis de la situación en América Latina”, en Antonio Cancado Trindade y otros (eds.), *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo VI, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 151. Disponible: «<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1840-estudios-basicos-de-derechos-humanos-t-vi#71072>».
- CEPAL. FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, Informe Regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe, Santiago, CEPAL, FAO, ONU Mujeres, PNUD, OIT, 2013.
- Collins, Philippa, *Putting Human Rights to Work: Labour Law, the ECHR, and the Employment Relation*, Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Courtis, Christian, “Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado”, en *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2012.
- Dávalos, José, “Artículo 5o.”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, vol. VI. México. Miguel Ángel Porrúa, 2016, (Disponible: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmliui/handle/123456789/41827?show=full>»).
- Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a..ed. Madrid: Civitas, 2008. Ewing, K.D. “Chapter 50. Economic rights”, en Rosenfield, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Inglaterra, Oxford University Press, 2012, pp. 1036-1053.
- Gallardo Moya, Rosario, *Democracia sindical interna: un análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1996.
- García Ramírez, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución Mexicana”, en *Estudios jurídicos*, México, UNAM, 2000.
- Goig Martínez, Juan Manuel, “Los derechos económicos y sociales”, en Sánchez González Valencia, Santiago (ed.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2006.
- Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, tomo II, vol. 2, Buenos Aires, Ediar, 2012.

- Kurczyn Villalobos, Patricia, “Artículo 123. Comentario”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, vol. VI. México, Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- Lastra Lastra, José Manuel, “La libertad sindical”, en Bouzas, José Alfonso, *Democracia sindical*, México, UNAM, p. 205, citado por Villarreal Reyes, Alma Ruby, *Derecho colectivo burocrático*, México, Porrúa, 2011.
- López Ahumada, J. Eduardo, “Garantía universal laboral y la reafirmación del derecho al trabajo protegido promovido por OIT”, en López Ahumada, J. Eduardo (dir. y coord.), *OIT y América Latina: trabajo y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Marzi, Daniela y Ugarte, José Luis, “Capítulo XX. Derechos en el trabajo”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (coords.), *Curso de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- Melgar Adalid, Mario, “Artículo 5o.”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Comentada y concordada*, 20a. ed., vol. I, México, Porrúa, UNAM, 2009.
- Monereo Pérez, José Luis, “Artículo 15. Libertad profesional y el derecho a trabajar”, en *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p 337.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, México, 2004, pp. 166 y 167. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, Examen de los Informes presentados por los Estados Parte al Segundo Agrupamiento de Derechos del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (arts. 6, 7, 8, 11, 12, 14): Observaciones y recomendaciones finales al Estado mexicano, Organización de Estados Americanos, mayo 2018, OAS/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSS/doc.42/19, párr. 51.
- Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Principios y derechos fundamentales en el trabajo (FUNDAMENTALS), Normas de la OIT sobre el trabajo forzoso-El nuevo Protocolo y la nueva Recomendación de un vistazo, Ginebra, OIT, 2016, p. 5. [Consulta: [https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/@ed\\_norm/@declaration/documents/publication/wcms\\_534399.pdf](https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_534399.pdf)]
- OIT, “La necesidad de la Justicia Social”, en el sitio de Internet de la Organización Internacional del Trabajo, «<https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/need-for-social-justice/lang-es/index.htm>».
- OIT, Toolkit for Mainstreaming employment and decent work-Country level application. Ginebra: OIT, 2007, pp. 6 y 7. (Disponible: [https://www.ilo.org/pardev/partnerships/partnerships-and-relations/ceb-toolkit/WCMS\\_172612/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/pardev/partnerships/partnerships-and-relations/ceb-toolkit/WCMS_172612/lang-en/index.htm)).
- Palomeque López, Carlos Manuel, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 42, citado en Blancas Bustamante, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, 2a. ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2016.
- Pasco Cosmópolis, Mario, “Los derechos laborales inespecíficos”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012.
- Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (eds.), *Derechos sociales: instrucciones de uso...*, México: Fontamara, 2003.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

- Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE), 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, enero de 1993.
- Resolución sobre las estadísticas del trabajo, la ocupación y la subutilización de la fuerza de trabajo. 19ª Conferencia de Estadísticos del Trabajo, 2013 (consulta: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms\\_234036.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_234036.pdf)).
- Reynoso Castillo, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, UAM, Porrúa, 2006.
- Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Derechos de los trabajadores*, México, UNAM IIJ, INEHRM, Secretaría de Cultura, 2017, p. 69. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4598/6.pdf>».
- Sánchez-Castañeda, Alfredo, “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. 12, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2008, p. 664 [Consulta: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11477>].
- Sastre Ibarreche, Rafael. “El derecho al trabajo: ¿un derecho en crisis permanente?”, en Abramovich, Víctor, Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 288.
- Torre Martínez, Carlos de la, “Prohibición de la esclavitud, el trabajo forzoso y la servidumbre”, en Ferrer Mac-Gregor y otros (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 274.
- Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo Derecho del Trabajo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975.
- Vela Barba, Estefanía, *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado y Conapred, 2017, p. 30. Disponible en: «<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3854>».
- Vela Barba, Estefanía y Gómez, Haydeé, “Perspectiva de género y derecho laboral”, en Vela Barba, Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral*, México, SCJN, 2021. Disponible en: «[https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-12/Manual%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20ge%CC%81nero%20en%20materia%20laboral_0.pdf)».
- Villasmil, Humberto, “Las relaciones laborales en la era de la mundialización: una visión desde la OIT”, OIT, Oficina para Centroamérica, Panamá y República Dominicana, 2003, citado en Bensusán, Graciela, “Trabajadores [derechos de los]”, en Flores, Marcelo (dir.), *Diccionario de derechos humanos: cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Flasco, 2009.

## Capítulo 19

# El derecho a la seguridad social

Diana Beatriz González Carvallo\*

**SUMARIO:** I. DOCTRINA SOBRE EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL. II. MARCO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL. 1. Integración del bloque de constitucionalidad respecto del derecho humano a la seguridad social. 2. Normatividad nacional. Esquema contributivo de aseguramiento. III. JURISPRUDENCIA Y RECOMENDACIONES DE LA COIDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL. IV. LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL. V. TEMAS DE REFLEXIÓN

El momento de la vida en el que se encuentra cada persona supone riesgos individuales, económicos y sociales específicos. Esos riesgos que, en apariencia son similares para todos —enfermedad, maternidad, desempleo— impactan de manera muy diferente a los sujetos según características biológicas, genéricas, laborales, familiares, financieras, entre otras. El derecho humano a la seguridad social consiste, entre otras cosas, en ciertas prestaciones y apoyos que se actualizan cuando se materializan esos riesgos sociales especialmente gravosos, sobre todo para quienes tienen que enfrentar esas situaciones desde posiciones de por sí precarias.

Estas situaciones, complejas por muchas razones, como la enfermedad, el desempleo, la vejez, la infancia y el embarazo son enfrentadas de manera diferente por las distintas sociedades. La traducción del derecho humano a la seguridad social en instituciones concretas que lo administran dice mucho de la forma en la que en una comunidad distribuye y asigna los costos de esas circunstancias. Hay, por supuesto, mejores traducciones que otras.

En este capítulo quisiera presentar la forma en la cual el sistema de seguridad social mexicano hace esa traducción. Es decir, cómo está integrado el bloque de constitucionalidad en la materia y qué modelo e instituciones de aseguramiento social en concreto son las encargadas de cumplir con ese mandato de derechos humanos. Para eso, (i) voy a empezar por reconstruir parte de la doctrina sobre los rasgos definitorios del derecho y su vínculo ineludible con otros ámbitos jurí-

---

\* Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

dicos como el laboral y el familiar. En seguida, (ii) presentaré el marco normativo del derecho humano a la seguridad social, tanto nacional como internacional. En este mismo apartado quisiera exponer, de manera muy breve, cuál es el modelo de aseguramiento instrumentado en México. A continuación, (iii) doy cuenta de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) sobre la materia. En este segundo bloque también me referiré, en términos generales, a la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el derecho a la seguridad social y, en específico, a algunas líneas jurisprudenciales sobre ciertas prestaciones. Para finalizar, (iv) me gustaría plantear algunas preguntas de discusión y temas relativos a la fundamentalidad del derecho a la seguridad social sobre las que vale la pena seguir pensando.

## I. DOCTRINA SOBRE EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En términos generales, el derecho a la seguridad social protege a las personas contra los riesgos graves que implican para su vida y bienestar ciertas situaciones naturales y sociales.<sup>1</sup> Este derecho ampara, entonces, contra los efectos catastróficos de situaciones extraordinarias, como las pandemias, y de acontecimientos ordinarios, como la salida del mercado de trabajo por vejez. En términos de la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sobre el derecho a la seguridad social, éste incluye el derecho a obtener y conservar prestaciones en efectivo o en especie que permitan afrontar de manera adecuada situaciones como la pérdida del ingreso individual o familiar debido a enfermedad, discapacidad, accidente de trabajo, maternidad, vejez, entre otras.<sup>2</sup> En suma, el derecho a la seguridad social establece la protección suficiente de las personas y el mantenimiento de estándares de vida adecuados contra riesgos e imprevistos sociales particularmente graves.<sup>3</sup>

---

1 Ver OHCHR-ONU, Observación general 19, El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008; Melik, Özden, *El derecho a la seguridad social*, s.l., CETIM, 2008; Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “The Rights-Based Approach to Social Protection in Latin America: From Rethoric to Practice”, SSRN, 2015, y Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “Ensuring inclusion and combatting discrimination in social protection programmes, the role of human rights standards”, *International Social Security Review*, vol. 70, núm. 4, octubre 2017.

2 Melik, Özden, *El derecho a la seguridad social...*, *op. cit.* Según la OG19, las ramas que cubre el servicio social son: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos.

3 (OHCHR-ONU 2013 y 2014)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa<sup>4</sup> enfatiza la necesidad de ampliar el cubrimiento de la seguridad social a todas las personas, es decir, su universalización. Esto incluye la adopción de medidas para garantizar un ingreso básico y la revisión de su alcance y cobertura para que sea capaz de responder a desafíos constantes, y también a los nuevos, como los cambios tecnológicos, demográficos y de morbilidad, etc.<sup>5</sup> En el mismo sentido, la experta independiente de la ONU encargada de los derechos humanos y de la extrema pobreza ha señalado la importancia fundamental de las instituciones y programas cuyo objeto es que las personas puedan enfrentar circunstancias adversas y gestionar los siniestros que minan las condiciones de vida aceptables.<sup>6</sup>

Como ya lo señalé, los efectos de ciertos eventos graves en la vida de la gente son desiguales según su situación socioeconómica. Precisamente porque esos riesgos,<sup>7</sup> y su actualización, impactan más a las personas que están en situaciones precarias, los instrumentos internacionales y el Comité PIDESC han enfatizado que, aunque el derecho humano a la seguridad social es universal, los Estados parte deben dar prioridad a las personas que enfrentan barreras históricas y actuales en el disfrute de esos beneficios.<sup>8</sup> En este grupo suelen estar las mujeres, las personas desempleadas, quienes están cubiertas de manera insuficiente por la seguridad social, quienes trabajan en la economía informal o no estructurada, las personas con discapacidad, los niños, etcétera.

Una de las obligaciones inmediatas de los Estados es garantizar el disfrute de niveles adecuados de este derecho en condiciones de igualdad y no discriminación, en especial, a estas personas en situación de vulnerabilidad. Ahora bien, esa garantía de no discriminación tiene implicaciones financieras y supone cambios institucionales estructurales debido, entre otras cosas, al carácter universal del de-

---

4 OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio de 2008. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS\\_099768/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm)

5 CEPAL, “Seminario: el seguro de desempleo en México ¿Un comienzo tardío o un buen principio?”, CEPAL, 3 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.cepal.org/fr/eventos/seminario-el-seguro-de-desempleo-en-mexico-un-comienzo-tardio-o-un-buen-principio>

6 Melik, Özden, *El derecho a la seguridad social...*, *op. cit.*

7 La vida de las personas no se afecta sólo cuando ocurre la situación socialmente gravosa. Vivir con el temor de esa actualización y, sobre todo, de no tener una red de apoyo para enfrentar esas situaciones deteriora por sí mismo a los sujetos y a las comunidades. Al respecto se puede revisar este texto de Pizarro, Roberto, *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, CEPAL, 2001.

8 Cfr. Sepúlveda Carmona, M., “The Rights-Based Approach to Social...”, *op. cit.*

recho a la seguridad social. Por eso la cuestión de la disposición presupuestal que se necesita para garantizar esa obligación de efecto inmediato no es postergable.

Una de las consecuencias centrales de la garantía del derecho a la seguridad social sería, entonces, que la gente pueda hacer frente a situaciones potencialmente devastadoras de su bienestar y del de su familia. Debido a que los costos de estas contingencias —lo que implica en términos porcentuales en relación con el ingreso global— son mayores para las personas que tienen menos recursos para enfrentarlas, estas prestaciones son condiciones necesarias, aunque no suficientes, para frenar la precarización de las víctimas de esos riesgos actualizados que, además, parten de una situación de fragilidad. Entre las finalidades de esa cobertura social está, pues, la de romper el ciclo que va de la desigualdad a la actualización del riesgo y termina en la profundización de la pobreza. Busca que los afectados por esas situaciones no terminen por empeñar los recursos que debieran destinar a cuestiones como cuidado y educación a la superación de situaciones urgentes y potencialmente catastróficas.<sup>9</sup>

En el debate sobre la importancia del aseguramiento social hay un tema que, aunque parece obvio, no lo es: su estatus de derecho. Tal vez el predominio de modelos laboristas de aseguramiento hace que se soslaye que la cobertura de esos riesgos es un derecho de todas las personas y no un favor de quien cubre el riesgo —que generalmente es el Estado— a la población no contributiva. Quiero decir, sin importar qué modelo específico de aseguramiento o de protección social se instrumente, todas las personas son titulares de una pretensión legítima de cubrimiento adecuado, suficiente y adaptable de aquellos beneficios. La respuesta de las autoridades, públicas o privadas, que administran las instituciones de seguridad social también es una obligación constitucional derivada de ese derecho y no una concesión graciosa y generosa del gobierno de turno. Por eso, los mecanismos administrativos y judiciales para reclamar la violación del derecho fundamental a la seguridad social son parte esencial de la garantía de esa prestación básica.

Una propuesta para modificar esa asociación nociva entre prestaciones de seguridad social no contributivas y generosidades de la autoridad política y administrativa de turno plantea, precisamente, una aproximación basada en derechos a esta previsión social.<sup>10</sup> Un primer paso en el quiebre de ese vínculo sería la integración del marco normativo que permita sostener su carácter de derecho humano universal. En resumen, además de la fuente normativa del derecho humano a la seguridad social y su carácter universal, es indispensable contar con un marco

---

9 Ver Cecchini, Simone y Martínez, Rodrigo, *Inclusive Social Protection in Latin America: A Comprehensive Rights-Based Approach*, CEPAL, Santiago de Chile, 2011.

10 Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “The Rights-Based Approach to Social...”, *op. cit.*



institucional y legal adecuado y con las herramientas para detectar en dónde y de qué manera lo vulnera el diseño y funcionamiento de las instituciones de aseguramiento. La falta de esos instrumentos, o su mal diseño, dificulta o impide que los titulares del derecho reclamen ante las autoridades competentes, o que deberían serlo, el desconocimiento de estos.

Una de las facetas de la brecha entre la noción de derecho humano universal y constitucional del derecho a la seguridad social y el diseño y funcionamiento institucionales es la división entre modelos contributivos y no contributivos de aseguramiento. No sólo se trata de un problema de segmentación entre tipos de aseguramiento según el estatus laboral, sino que impacta de manera directa el derecho humano a la seguridad social, entre otros, en términos de género y condición socioeconómica.

El derecho a la seguridad social es un derecho humano universal, pero el modelo mexicano de aseguramiento distingue entre sistemas contributivos y no contributivos de beneficios sociales. La manera estándar de acceder a la titularidad del derecho a la seguridad social es el empleo formal.<sup>11</sup> Entre los supuestos que históricamente justificaron esta prevalencia estaban la meta del empleo pleno estable y ciertas predicciones demográficas, tasas de nacimiento, expectativa de vida y composición familiar. El aseguramiento social universal estaría garantizado, entonces, en una sociedad en la que todos tuvieran un empleo formal en el mercado laboral, una relación familiar calificada con el trabajador-proveedor<sup>12</sup> y un perfil de morbilidad y mortalidad constantes. A esa cuenta de la universalidad, y a quienes cubre, le quedaron faltando muchos grupos y otros se le fueron quedando en el camino. Desde el inicio, quedaron por fuera campesinos, personas dedicadas a los trabajos de cuidado, los que no tenían un vínculo cualificado con un derechohabiente, los que no tenían un trabajo formal y los desempleados.<sup>13</sup> A este rezago de cubrimiento se han ido sumando la cantidad cada vez mayor de trabajadores informales, las categorías de empleo no contempladas en el diseño del sistema y los empleados formales que, por cuenta de la inestabilidad de las trayectorias la-

---

11 Sánchez-Belmont Montiel Mariela, Ramírez Villela, Miguel Ángel y Romero Suárez, Frida, *Propuesta conceptual para el análisis de la seguridad social desde la CISS*, CISS, 2019.

12 Sunkel, Guillermo, *El papel de la familia en la protección Social en América Latina*. Serie Políticas Sociales 120, 2006, pp. 1-66.

13 Ham Chande, Roberto, "Sistemas de pensiones y perspectivas de la seguridad social", *Estudios demográficos y urbanos*, vol. 15, núm. 3, 2000; Martínez Soria, Jesuswaldo y Cabestany Ruiz, Gabriela, "La reforma de la seguridad social en México frente a los desequilibrios del mercado de trabajo", *Economía Informa*, núm. 397, 2017, pp. 90-103; Brachet-Marquez, Viviane, "Seguridad social y desigualdad 1910-2010", en F. Cortés, y d. O. Orlandina, *Los grandes problemas de México*. V. Desigualdad, Ciudad de México, Colmex, 2010, p. 453.

borales o del cambio de modelo de seguridad social, no van a alcanzar cobertura cuando salgan, por edad, del mercado laboral.

La OIT sostuvo durante mucho tiempo esta tesis laboralista respecto de la seguridad social.<sup>14</sup> La proyección de empleo universal, digno y estable respaldó las recomendaciones que hacían de esa relación el paso necesario y suficiente a la seguridad social laboral. En esas recomendaciones<sup>15</sup> también se supuso una estructura familiar monogámica, heterosexual y con división sexo-genérica del trabajo, de tal manera que la seguridad de las personas sin empleo formal dependiera de su vínculo cualificado con el hombre-proveedor empleado.

Tal vez una de las consecuencias de esos supuestos y proyecciones, no probados y equivocados aún para el momento en que se aplicaron, es que los estándares internacionales sobre seguridad social y los imperativos de superación de la pobreza fueran tratados como problemas paralelos. Quiero decir, si el pleno empleo, digno y estable estaba garantizado, los problemas de pobreza no se derivaban de la falta del derecho a la seguridad social de los pobres y su exclusión injustificada del conjunto de titulares, sino de la insatisfacción de necesidades básicas de esa población no incorporada, pero incorporable, al mercado de trabajo. Es decir, el nexo establecido entre trabajo formal y seguridad social pudo tener algún impacto en que la discusión de derechos humanos no se diera en términos de desigualdad, sino de combate a la pobreza extrema a través de apoyos sociales, pero no de derechos.

Tenemos, entonces, un desafío doble a la universalidad del derecho a la seguridad social: por un lado, el estatus laboral y familiar requeridos por muchos modelos de aseguramiento social para ser titular. Por el otro, que, aun respecto de esos trabajadores, la universalidad es cada vez más frágil debido a las intermitencias de la vida laboral y a las legislaciones progresivamente restrictivas del derecho para la población cubierta. Parece, entonces, que insistir en el vínculo formal de trabajo como condición necesaria para acceder al derecho humano a la seguridad social no es sostenible en términos del tipo de empleo predominante en los niveles global, regional y nacional, ni lo es tampoco respecto de los empleados que sí tienen ese vínculo, pero cada vez menos estable y cuya seguridad social es, con cada reforma, más incierta.

---

14 El Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social, o norma mínima, contempla estas prestaciones: asistencia médica, monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, familiares, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes.

15 *Cfr.* Belmont Montiel, M., Ramírez Villela, M. Á., y Romero Suárez, F., *Propuesta conceptual para el análisis de la seguridad social desde la conferencia interamericana sobre seguridad social*, Ciudad de México, CISS, 2019.

A la cuestión de las prestaciones diferentes entre planes contributivos y no contributivos, y aun entre planes contributivos entre sí, se le conoce como el problema de la fragmentación. La fragmentación consiste en la coexistencia de instituciones y planes de aseguramiento que cubren a cierto tipo de población y que establecen prestaciones diferentes para sus beneficiarios sin que haya una justificación suficiente para este trato. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay un instituto asegurador para ciertos trabajadores públicos, otro para algunos privados, otros más para empleados de empresas estatales específicas como las petroleras, servicios públicos domiciliarios y muchos programas destinados a la población no contribuyente. También cuando las prestaciones son diferenciadas entre los afiliados a los institutos públicos sin que se sepa cuál es la razón para esto. Éste es un problema importante porque, además de que parece no haber una buena razón para el trato diferente y, en ciertos casos, discriminatorio, se destinan recursos importantes a gastos administrativos y de vigilancia que podrían ser usados en otros rubros.

El diseño laboralista de la seguridad social parte, entonces, de la diferencia fundamental entre los planes contributivos y los no contributivos. Los primeros, integrados por las instituciones encargadas de garantizar y administrar los aportes de los trabajadores, los empleadores y el Estado, son entendidos como los auténticos derechos de aseguramiento social. En otra categoría estaría toda la población no contribuyente al sistema que no sería titular de ese derecho humano, sino receptora de la asistencia social. En consecuencia, la condición de no contribuyentes laborales al sistema de seguridad social haría a esos sujetos no-titulares del derecho.<sup>16</sup>

Si buena parte de la población no contributiva está integrada por personas desempleadas; que tienen trabajos informales y precarios; que realizan labores no remuneradas de cuidado; que, por el momento del ciclo vital en el que están y por su falta de vínculo familiar cualificado, no son beneficiarios resulta que quienes están más expuestos a las consecuencias potencialmente catastróficas de esos riesgos sociales no son titulares del derecho a estar asegurados contra esas contingencias. Se trata en estos casos no sólo de la consecuencia no buscada de cierto mercado laboral que se autorregula, sino la consecuencia de cierta forma discriminadora y desigual de diseño institucional del mercado laboral y del derecho a la seguridad social. Esto es, es cuestión de a quién le distribuye el diseño institucional los costos de la actualización de riesgos sociales contingentes o estructurales.

Los esquemas no contributivos de aseguramiento suelen implementar programas de transferencias condicionadas (ptc) para la asignación de beneficios. Esto es, para recibir las prestaciones, ya sea en dinero o en especie, los sujetos tienen que realizar actividades adicionales o acreditar ciertas características como con-

---

16 Melik, Ö., *El derecho a la seguridad social*, op. cit.

dición de la transferencia directa o indirecta. Esas asignaciones suelen entregarse a las madres-mujeres y son éstas quienes tienen que cumplir con las actividades condicionantes de la entrega del beneficio.

Precisamente ésta es una de las objeciones centrales a los ptc: que exigen la realización de actividades y la comprobación de mérito para recibir las, mismas que no son requeridas a quienes son definidos por el sistema como titulares de derechos. Quienes hacen parte de la población cubierta por los programas no contributivos de transferencias condicionadas tienen que hacer cosas que los beneficiarios de los esquemas contributivos no. Pero no es simplemente que tengan que hacerlas, sino que parece que tienen que cumplir con esas actividades precisamente porque no son sujeto del derecho humano a la seguridad social, sino objeto de la beneficencia pública.<sup>17</sup> Otra de las críticas a las ptc es que destinan muchos recursos a tener la capacidad instalada para recibir, tramitar, investigar, sancionar, etc. a los sujetos que solicitan o son beneficiarios de la prestación. Todo ese esfuerzo administrativo, financiero y humano podría destinarse a otros rubros que faciliten el ejercicio del derecho humano a la seguridad social.<sup>18</sup>

Como ya lo señalé, entre las respuestas al desconocimiento de ese derecho fundamental y a los problemas derivados de la brecha entre modelos contributivos y no contributivos está la deslaboralización del derecho humano a la seguridad social.<sup>19</sup> Por un lado, están los planteamientos tipo OIT<sup>20</sup> de avanzar hacia la unificación de derechos y garantías sociales de los planes y, de esa manera, acercarse a la universalización. Una pregunta que podría hacerse a esta propuesta es si, al centrarse sólo en las prestaciones de los dos modelos, termina por desconocer que el esquema contributivo es cada vez más estrecho en términos de beneficios. Así, se mantiene de manera implícita la narrativa de asistencia social respecto de los planes no contributivos al no referirse a sus beneficiarios como titulares de derecho. La OIT y otras organizaciones internacionales y académicas defienden la importancia de transitar

---

17 Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “The Rights-Based Approach...”, *op. cit.*

18 Sepúlveda Carmona, M., “Ensuring inclusion and combatting...”, *op. cit.*; Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “The Rights-Based Approach to Social...”, *op. cit.*

19 Melik, Ö., *El derecho a la seguridad social*, *op. cit.*; OHCHR-ONU, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-ONU, 2013. Disponible en: [www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82_en.pdf); Belmont Montiel, M., Ramírez Villela, M. Á., y Romero Suárez, F., *Propuesta conceptual para el análisis...*, *op. cit.*

20 OIT, “Los Sindicatos tratan de organizar a los millones de trabajadores marginados en empleos del cada vez más amplio ‘sector no estructurado’”, 18 de octubre de 1999. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_008543/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008543/lang--es/index.htm); OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio de 2008; OIT, “Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe. (Panorama Laboral Temático, 4)”, 25 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS\\_633654/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_633654/lang--es/index.htm).

hacia esquemas no contributivos más generosos, pero no hacia la eliminación del carácter laboralista del derecho humano a la seguridad social.

Otras iniciativas proponen transitar hacia modelos universales de aseguramiento social. De esta manera se evitarían el problema del vínculo laboral como condición necesaria para ser titular del derecho prestacional y la exclusión discriminadora de la población no contribuyente. Modelos de este tipo tendrían, entre otros, dos efectos deseables: el primero, que se disminuiría el costo de la actualización de los riesgos para las personas no aseguradas, o el temor permanente de que se actualicen.<sup>21</sup> No habría distinciones por estatus laboral en términos de titularidad del derecho. En segundo lugar, que uno de los efectos centrales en términos de igualdad de estatus es que, dado que toda la población está cubierta por el mismo régimen, es posible que más gente se preocupe por la calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad de las prestaciones de seguridad social.<sup>22</sup>

En suma, en la doctrina sobre el derecho a la seguridad social hay un consenso claro sobre su universalidad. La cuestión es si los diseños laboralistas y familistas, predominantes en ciertas regiones, ciertamente en México, responden adecuadamente al desafío que supone la actualización de esos riesgos sociales en términos de derechos humanos. Una pregunta derivada de la anterior es si la división entre modelos, y sus efectos sobre la titularidad del derecho, contributivo y no contributivo de aseguramiento es admisible y sostenible.

## II. MARCO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En este apartado quisiera exponer las fuentes normativas del derecho humano a la seguridad social. En primer lugar, voy a presentar las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Luego de eso, me voy a referir a la legislación primaria en materia de los modelos contributivo y no contributivo de aseguramiento.

### *1. Integración del bloque de constitucionalidad respecto del derecho humano a la seguridad social*

El derecho a la seguridad social está consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y, por supuesto, en la Constitución mexicana. El artículo 123 establece que la ley del seguro social comprenderá los seguros de

---

21 Ver Cecchini, Simone y Martínez, Rodrigo, *Inclusive Social Protection...*, *op. cit.*

22 Ver OHCHR-ONU, Observación general 19; Melik, Ö., *El derecho a la seguridad social*, *op. cit.*

invalidez, vida, vejez, cesación involuntaria del trabajo, enfermedades y accidentes, el servicio de guardería y cualquier otro que permita garantizar el bienestar de los trabajadores, los no asalariados, los campesinos y otros sectores sociales y sus familias. No hay que hacer un gran esfuerzo hermenéutico para concluir que, desde el texto constitucional, la titularidad del derecho a la seguridad no se restringe a quienes tienen trabajo formal y sus beneficiarios.

El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a la garantía de sus derechos sociales, libertad y dignidad mediante la cooperación nacional e internacional y los recursos de cada Estado. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra en el artículo 9 el derecho de todas las personas a la seguridad social, lo que incluye el seguro social.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estipula, en el artículo 28.2, el derecho al nivel de vida adecuado y a la protección social<sup>23</sup> de las personas con discapacidad. En especial, en lo que se refiere a mujeres, niñas y personas mayores precisa la obligación de los Estados de crear programas de protección social y reducción de la pobreza. Esos programas deben procurar la integración y la reducción de la pobreza en las personas con discapacidad y sus familias. Por último, este artículo se refiere explícitamente al deber del Estado de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

El artículo 11.1e de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer consagra el derecho de las mujeres a la seguridad social que cubra, entre otros, los riesgos de vejez u otra incapacidad para trabajar, desempleo, enfermedad, jubilación, invalidez y vacaciones pagadas. La Convención sobre los Derechos del Niño afirma que todos los niños tienen derecho a la seguridad social, lo que incluye un seguro social. Precisa que los beneficios deberán otorgarse de acuerdo con la situación del menor y las personas que lo tienen a su cargo.

---

23 Hay una discusión importante sobre el alcance de los términos protección social y seguridad social. El único instrumento internacional de derechos humanos que usa la noción de protección, no la de seguridad social, es esta Convención. Algunas académicas consideran que “protección” alude más a sistemas familiares y privados de apoyo social, frente al de “seguro” que apela directamente a las responsabilidades estatales respecto de este derecho humano. Ese debate se da en los textos de Pautassi, Laura, “Legislación provisional y equidad de género en América Latina”, En F. Marco, Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género, Santiago de Chile: CEPAL, 2004, p. 261. y Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “Ensuring inclusion and combatting...”, *op cit.*

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece como una de las obligaciones del Estado al momento de combatir la desigualdad y la discriminación racial la garantía del derecho a la seguridad social, a la asistencia médica y a los servicios sociales (artículo 5, iv). La Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, en el artículo 27, señala que estos empleados tendrán los mismos derechos en seguridad social que los trabajadores nacionales en la medida en que cumplan los requisitos legales.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en el artículo 24b, ordena a los Estados darles a los refugiados legales en su territorio el mismo trato que da a los nacionales en materia de riesgos cubiertos por los seguros sociales como accidentes de trabajo, maternidad, invalidez, vejez, fallecimiento, desempleo y responsabilidades familiares. Ordena a los Estados que el reconocimiento del derecho esté sometido a cláusulas de conservación de derechos adquiridos y en vía de adquisición y a disposiciones especiales sobre beneficios provenientes de fondos públicos o subsidios para quienes no alcancen a reunir los requisitos para adquirir un derecho pensional.

Por su parte, el artículo 15 de la Convención Americana de los Deberes y Derechos del Hombre estipula que todas las personas tienen derecho a la seguridad social que las proteja contra la actualización no voluntaria de ciertos riesgos como la enfermedad, el desempleo, la vejez y la incapacidad, que las incapaciten física o mentalmente para adquirir por cuenta propia los medios de subsistencia necesarios. Los párrafos 2 y 3 de ese mismo artículo se refieren al derecho de todos los individuos a tener un nivel de vida adecuado que les asegure, así como a su familia, diversos derechos sociales. El párrafo 2 se refiere, explícitamente, al derecho a tener seguros sociales que protejan a los sujetos contra el desempleo, invalidez, vejez, enfermedad, viudez y otras pérdidas no voluntarias de ingresos para subsistir. El párrafo 3 consagra los derechos de la maternidad y la infancia a cuidados especiales.

El Protocolo de San Salvador, en el artículo 9, reitera la universalidad del derecho a la seguridad social y los riesgos que debe cubrir. La última parte de esta norma señala que, a la muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social les corresponden a sus dependientes.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que no ha sido ratificada por México,<sup>24</sup> establece en el

---

24 En esta página de la Organización de Estados Americanos (OEA) se pueden consultar las ratificaciones, «[https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores\\_firmas.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp)».

artículo 17 que todas las personas mayores tienen derecho a la seguridad social que las proteja y les permita llevar una vida digna. Esto incluye el deber de los Estados de garantizar a estas personas un ingreso digno derivado de la seguridad social o de otros sistemas de protección social flexibles. Requiere a los Estados reglamentar la situación de los aportes de las personas mayores migrantes y su derecho a la pensión.

La OG19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), aprobada en 2007, desarrolla el artículo 9 del PIDESC sobre el derecho a la seguridad social. Precisa algunos de los riesgos sociales básicos que deben estar cubiertos a través del aseguramiento social, entre estos, maternidad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, discapacidad, y pensiones de sobrevivientes y huérfanos. Establece que el derecho a la seguridad social incluye el derecho a acceder y conservar prestaciones sociales, en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular, contra los riesgos mencionados. La OG 19 reconoce el carácter redistributivo del derecho a la seguridad social y su efecto directo sobre la disminución de la pobreza y la exclusión sociales y la promoción de la inclusión.

El artículo 2f reitera la importancia de las prestaciones de seguridad social para la realización del derecho a la protección de los niños y de los adultos a cargo. Señala que los beneficios sociales pueden entregarse en efectivo o en especie y que no deben usarse como criterio de elección de las familias ningún requisito que esté prohibido o que sea discriminatorio. En relación con la maternidad (2g), la Observación precisa que la licencia de maternidad tiene que reconocerse durante un periodo adecuado a todas las mujeres, también a las que hacen trabajos atípicos. Las prestaciones deben incluir el cuidado durante el embarazo, el nacimiento y la etapa que sigue al nacimiento, tanto para la madre como para el hijo. Sobre las pensiones por causa de muerte, de sobrevivientes y orfandad (2i), ordena a los Estados contemplarlas cuando muere el proveedor de la familia con derecho a la seguridad social. A los sobrevivientes no se les debe negar este derecho con base en razones discriminatorias y prohibidas.

Respecto de la igualdad de género, el párrafo 32 de la OG 19 dice que el Comité “toma nota” de que la interpretación sistemática de la normatividad pertinente<sup>25</sup> exige que la edad de jubilación para hombres y para mujeres se iguale.

---

25 La OG 19 refiere en este punto a la Observación General 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Especialmente, al párrafo 26, “El artículo 9 del Pacto obliga a los Estados Parte a reconocer el derecho de toda persona a la protección social y, en particular, a la seguridad social y a la igualdad de acceso a los servicios sociales. El artículo 3, leído en relación con el artículo 9, obliga a igualar la edad obligatoria de jubilación para hombres y mujeres, a velar por que las mujeres perciban la mis-



También que hombres y mujeres reciban las mismas prestaciones en planes públicos y privados. Subraya la necesidad de que se reconozca el derecho a licencia de maternidad, licencia y paternidad y licencias compartidas.

En relación con los Estados que operan el seguro a través de la modalidad de planes contributivos, estos tienen la obligación de implementar medidas que supriman las barreras estructurales que impiden u obstaculizan la cotización de las mujeres, como la intermitencia en el mercado laboral debido a responsabilidades de cuidado, menores salarios, etc. Los Estados también deben propender porque esos factores, como el tiempo dedicado al cuidado de hijos o adultos mayores, se tomen en cuenta cuando se elaboran los planes de beneficios. Igualmente, debe procurarse que la mayor expectativa de vida de las mujeres no juegue en su contra, en particular, en la elaboración de tablas actuariales para el pago de mesadas pensionales. Finalmente, el párrafo 32 enfatiza, respecto de los planes no contributivos, que las personas sujetas a este modelo de aseguramiento social suelen estar en condiciones de pobreza y que la mayoría de esas personas son mujeres responsables únicas del cuidado de niños.

El Convenio 102 de la OIT, o norma mínima, desarrolla específicamente los supuestos fundamentales del derecho a la seguridad social. Precisa que este derecho implica la obtención y conservación de prestaciones en efectivo o en especie que protejan a las personas contra los efectos de la falta de ingreso laboral debido a la enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad, apoyo familiar insuficiente, entre otros. El Convenio es enfático en afirmar que, debido a los efectos redistributivos de este derecho, es una herramienta eficaz y necesaria en la lucha contra la pobreza y la exclusión social.

Esta norma mínima de seguridad social pone de presente los principios de igualdad y no discriminación en el diseño y puesta en marcha de las diversas modalidades, incluido el seguro social, para el cumplimiento del derecho. Los Estados pueden optar por esquemas contributivos con aportación tripartita de los empleadores, los trabajadores y el Estado. También pueden poner en marcha planes no contributivos o de asistencia social destinados a ciertas poblaciones con carencias específicas. En todo caso, continúa el convenio, lo más probable es que los Estados tengan que implementar esquemas de protección no contributivos porque, en las condiciones laborales y familiares actuales, muchas personas no califican como sujetos de aseguramiento.

El apartado VII, prestaciones familiares, y el VIII, sobre licencias de maternidad, precisan que todos los asegurados tendrán derecho a prestaciones de este

---

ma prestación de los sistemas públicos y privados de pensiones y a garantizar individualmente el derecho a la licencia de paternidad o maternidad y la licencia compartida por ambos”.

tipo, sometidas a la condición de que tengan hijos a su cargo. En relación con la maternidad establece que la protección de las personas durante el embarazo,<sup>26</sup> el parto y el posparto deberá comprender los periodos de descanso y el cubrimiento de los salarios dejados de percibir. La protección comprende también a las cónyuges de trabajadores.

La Recomendación 202 de 2012, sobre los pisos de protección social<sup>27</sup> enfatiza la importancia del derecho humano universal a la seguridad social como punto de partida y mínimo necesario para construir sociedades más democráticas, dignas e igualitarias. En el artículo 5 reitera que los pisos mínimos de protección social deben comprender seguridad en el ingreso para niños y las personas en edad laboral que no puedan obtener ingresos propios debido, entre otros, a la invalidez, enfermedad, maternidad, desempleo y los adultos mayores.

En conclusión, la normatividad internacional que integra el bloque de constitucionalidad es enfática en relación con la titularidad de todas las personas del derecho a la seguridad social, pero reconoce un margen amplio de los Estados para proteger este derecho mediante esquemas de seguros —contributivos y no contributivos— o con otro tipo de modelos no necesariamente ligados al estatus laboral. Los instrumentos que provienen de instituciones como la OIT suelen conservar un supuesto laboralista y familista de ese derecho. A continuación, presentaré, en términos generales, cuál es el marco jurídico del esquema de seguro social por el que optó México.

## *2. Normatividad nacional. Esquema contributivo de aseguramiento*

El modelo contributivo de aseguramiento está integrado por diversas instituciones, leyes, reglamentos y prestaciones. Para los trabajadores formales y jubilados del sector privado, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que, por volumen de afiliados, de trabajadores y de infraestructura institucional, es el más grande e importante. Para los trabajadores y jubilados del sector público se crearon el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) y los

---

26 La sistematización de las decisiones de la SCJN sobre este tema puede consultarse en el cuaderno de jurisprudencia núm. 8. Estabilidad laboral en el embarazo.

27 Otras recomendaciones relevantes sobre seguridad social son la Recomendación 67 sobre la seguridad de los medios de vida y la Recomendación 69 sobre la asistencia médica, ambas de 1944. La Recomendación 67 parte también de la idea de que la base de la seguridad social es la familia integrada por un trabajador asegurado, esposa sin remuneración e hijos. Cuando se refiere a las prestaciones familiares laborales o por causa de muerte usa el término “jefe de familia” para señalar al titular primario del aseguramiento.

institutos de seguridad social de los estados.<sup>28</sup> Las leyes que regulan estos institutos están tan fragmentadas y son tan heterogéneas como las instituciones mismas: la Ley del Seguro Social<sup>29</sup> para el IMSS (LSS), la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado para el ISSSTE<sup>30</sup> (LISSTE) y la Ley del Instituto de Seguro Social para Trabajadores de las Fuerzas Armadas<sup>31</sup> (LISSFAM), entre otras.

En los modelos contributivos las prestaciones cubiertas por el derecho a la seguridad social son similares, aunque no uniformes. Estos incluyen seguros por riesgo de trabajo, por accidentes de trabajo, enfermedades y maternidad, atención médica, invalidez y vida. Estas últimas comprenden pensiones temporales y definitivas para el beneficiario primario y de viudez, orfandad, ascendientes, beneficios médicos y asistenciales.

En los esquemas no contributivos de aseguramiento no hay prestaciones como las pensiones de retiro, por enfermedad profesional o de sobrevivientes, sino una multiplicidad de programas que dan ese servicio a la población no asegurada. Entre los programas vigentes hasta hace algunos años estaban progres-a-oportunidades, procampo y 70 y más. En la actualidad, esos programas están englobados en las becas Benito Juárez. Estos esquemas incluyen transferencias condicionadas, transferencias no condicionadas, recursos focalizados y beneficios universales. Los apoyos no suelen entenderse en términos de derechos, sino que se atribuyen al ímpetu del gobierno de turno.<sup>32</sup> Esta asistencia social se entiende como la política pública orientada a ayudar a las familias pobres a cubrir las necesidades básicas que ellas mismas no pueden suplir con ingresos propios.<sup>33</sup>

Los esquemas no contributivos suelen implementar programas de transferencias condicionadas (ptc) para la asignación de beneficios. Esto es, para recibir las prestaciones, ya sea en dinero o en especie, los sujetos tienen que realizar activida-

---

28 También hay institutos de aseguramiento social para otros segmentos específicos de trabajadores como los de Luz y Fuerza del Centro (LFC), Petróleos Mexicanos (Pemex) y la Comisión Federal de Electricidad. Al respecto se puede revisar el documento Seguridad Social de la Cámara de Diputados (2006).

29 En este vínculo se puede consultar la LSS, «[www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf)».

30 En este vínculo se puede consultar la LISSSTE, «[https://www.senado.gob.mx/comisiones/seguridad\\_social/docs/LEY\\_ISSSTE.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/seguridad_social/docs/LEY_ISSSTE.pdf)».

31 En este vínculo se puede revisar la LISSFAM, «[https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/84\\_070519.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/84_070519.pdf)».

32 Morales Ramírez, M. A. y Sánchez Castañeda, A. *El derecho de la seguridad social y de la protección social*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.

33 En esta página se puede consultar la lista de programas sociales implementados en México durante los últimos 20 años: «<https://ciep.mx/politica-social-en-mexico-evolucion-en-los-ultimos-20-anos/>» (2022).

des adicionales o acreditar ciertas características como condición de la transferencia directa o indirecta. Esos recursos, por lo general, se entregan a las madres-mujeres, quienes tienen que cumplir con las actividades condicionantes. Por ejemplo, en México el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades ofrecía apoyos en rubros como salud, educación y alimentación. La entrega de los apoyos estaba supeditada a la comprobación de estatus socioeconómico y a la participación en ciertas actividades comunitarias. La incorporación a estos programas estaba sometida a tablas de ingreso clasificatorias que no tomaban en cuenta la situación específica de la persona que pedía el “apoyo”.

En México se estableció una política pública universal a nivel federal dirigida a las personas mayores de 65 años. Se trata de una pensión de vejez, en la modalidad de transferencia no condicionada a prueba de carencia o necesidad económica. Todas las personas que cumplan con el requisito de edad pueden reclamarla.<sup>34</sup>

Una de las prestaciones que funcionaba de manera similar en las modalidades contributiva y no contributiva de aseguramiento social era la de guarderías. El programa de estancias infantiles del gobierno federal estaba dirigido a la población no derechohabiente con niños entre 1 y 4 años que está bajo la línea de bienestar. La Secretaría de Desarrollo Social —Sedesol— y el Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia —DIF— absorbían los gastos de esta prestación a través de instituciones propias o subrogadas, es decir, se trataba de un modelo de transferencias indirectas a las instituciones que daban esos servicios. El cuidado de niños recién nacidos y hasta el año de edad no estaba contemplado en este programa, con lo cual el cuidado de infantes de esas edades era, por completo, responsabilidad de padres o tutores.<sup>35</sup>

El objetivo de este esquema de estancias infantiles (PEI) era promover la participación de las mujeres en el mercado laboral a través de la provisión del servicio de cuidado infantil. México está rezagado en dos dimensiones fundamentales en este punto: la tasa de participación de mujeres en el mercado de trabajo y la disponibilidad de programas de desarrollo y cuidado infantil fuera del hogar. La Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil de 2011 buscó contrarrestar ese rezago a través de la creación de una coordinación central, la generación de información pertinente para generar servicios adecuados.<sup>36</sup> El PEI operaba a través de transferencias directas a las guarderías para el cubrimiento de servicios y de todo lo necesario para operar.

---

34 Para 2022, esa “Pensión para el Bienestar de Adultos Mayores” es de \$ 2550 mxp mensuales.

35 Briceño Ruiz, 2017.

36 Mateo Díaz, M., Rodríguez Chamussy, L. y Grafe, F., *Banco Interamericano de Desarrollo*, BID, 2014.

Para superar los problemas de este programa, entre los que estaban la corrupción, la falta de coordinación de la diversas instancias, la insuficiencia de cupos, entre otros, en 2019 se puso en marcha uno nuevo llamado Apoyo para el Bienestar de Niños, Niñas e Hijos de Madres Trabajadoras (PAB), que utiliza la modalidad de entrega de apoyos directos a las madres para que contraten cuidado infantil privado —bien sea con un familiar o en guarderías particulares—.<sup>37</sup> También hubo una reducción del 50% del presupuesto destinado a la financiación de estancias y se redujo el monto de los apoyos mensuales.

### III. JURISPRUDENCIA Y RECOMENDACIONES DE LA COIDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La jurisprudencia de la CoIDH sobre el derecho a la seguridad se ha modificado de manera importante desde el primer fallo en el que se refirió a éste, hace casi 20 años. En un principio, la Corte afirmaba su incompetencia en relación con la adjudicación de este derecho porque la CADH no era explícita en relación con su facultad de pronunciarse, en general, sobre derechos sociales. En los casos en los que el objeto de litigio era una cuestión del derecho humano a la seguridad social, el Tribunal interamericano reconducía el problema jurídico a la violación del derecho a la propiedad privada y, por esa vía, otorgaba la tutela.

Posteriormente, esa doctrina de la incompetencia fue modificada. Empezó, entonces, a referirse a la fundamentalidad de estos beneficios sociales cuando su garantía está en relación de conexidad directa con un derecho humano respecto del cual sí tiene competencia. En los fallos más recientes, la CoIDH ha adoptado una doctrina de tutela directa del derecho humano a la seguridad social. Esto lo ha hecho a partir de una reinterpretación de las normas que establecen sobre qué materias se puede pronunciar válidamente y sobre el carácter mismo de derecho humano de la seguridad social. Este cambio de tesis ha encontrado algunas resistencias dentro de la misma Corte. En varios votos parcialmente disidentes a estos últimos fallos, algunos jueces interamericanos han persistido en la incompetencia normativa del tribunal para conocer de las presuntas violaciones de ese derecho humano y, de nuevo, de los derechos sociales en general. Veamos.

En el primer caso en el que la CoIDH se pronunció sobre el derecho a la seguridad social, *Cinco pensionistas vs. Perú*, de 2003, el problema de base fue el incumplimiento sistemático por parte del gobierno de sentencias judiciales que

---

37 López Estda, 2020.

ordenaban el pago completo de las pensiones a cinco jubilados de una empresa estatal posteriormente privatizada. La sentencia de la Corte resolvió que el Estado violó el derecho a la propiedad privada de los demandantes sobre los montos cotizados a la seguridad social para su jubilación. Respecto del derecho a la seguridad social estimó que, como derecho social, su cumplimiento es cuestión de progresividad para cuyo estudio no es competente.

El caso *Acevedo Buendía vs. Perú* de 2009 es un caso bastante similar al de 5 pensionistas, se trata del incumplimiento por parte del gobierno de sentencias judiciales que le imponen el pago de prestaciones de seguridad social. Esta vez, la Corte admite que tiene competencia para estudiar el respeto del principio de progresividad por parte de los estados, pero resuelve que el Estado violó el derecho a la propiedad privada de los recursos de seguridad social de los que eran titulares los asegurados y cuyo pago había sido ordenado de manera constante por los jueces nacionales.

El caso *Duque vs. Colombia*, de 2016, le sirvió a la CoiDH para pronunciarse sobre el principio de igualdad y no discriminación en materia de seguridad social contra personas con virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y contra personas homosexuales.<sup>38</sup> La Corte decidió que el que la legislación nacional excluyera a las parejas homosexuales del derecho a la sustitución pensional y demás beneficios de seguridad social era discriminatorio e inconveniente. Esto porque, además de usar un criterio ilegítimo de exclusión de la titularidad del derecho, las decisiones administrativas y judiciales nacionales dejaron a una persona con VIH sin seguridad social y, en consecuencia, sin derecho a la salud.

En el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), la CoiDH estudió la violación de los derechos laborales de sindicalización y de seguridad social derivados del vínculo laboral, debido al despido injustificado de un dirigente sindical. La Corte encontró que en este caso se configuró la vulneración de la Convención de manera directa, es decir, reconoció explícitamente el derecho a la seguridad social como derecho humano cuya violación puede ser estudiada por los jueces interamericanos sin necesidad de acudir al argumento de protección por conexidad.<sup>39</sup>

---

38 CIDH Caso Duque Vs. Colombia. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016”, Serie C No. 310. Obtenido de «[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_310\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf)»

39 Varios jueces interamericanos se apartaron de esta decisión mediante votos parcialmente disidentes. Valdría la pena detenerse en las razones del disenso expuestas por el Juez Humberto Sierra Porto entre las que están, en un primer plano, la falta de competencia de la Corte para conocer de la violación de esos derechos. De manera implícita y mediante una argumentación bastante sutil y apegada a asuntos de competencia, lo que parece que el juez sostiene, sin decir-

En *Muelle vs. Perú*, de 2019, la CoIDH estudió el caso del jubilado de una empresa pública al que, inicialmente, le reconocieron ciertos beneficios pensionales por haber sido trabajador público. Posteriormente, la empresa suspendió esos beneficios porque consideraba que su privatización implicaba que el asegurado dejaba de calificar a los beneficios de los empleados públicos. La Corte resolvió la inconventionalidad del incumplimiento del Estado de varias sentencias nacionales que ordenaban el pago completo del beneficio y, de la misma manera, del derecho humano a la seguridad social.

En *Ancejub-Sunat vs. Perú*, de 2019, la CoIDH estudió si la falta de pago completo de las pensiones de empleados públicos, ordenado por la Suprema Corte del país, viola el derecho a la protección judicial y, en consecuencia, otros derechos reconocidos por la Convención. Con base en argumentos muy similares al caso Muelle declara violada la convención y protege, entre otros, los derechos a la tutela judicial y a la seguridad social.

En *Buzos Miskitos vs. Honduras*, de 2021, la Corte estudió el caso de accidentes laborales en los que ni la empresa empleadora, ni el Estado respondieron por la actualización de los riesgos del trabajo, incluyendo la muerte de varios empleados. Las víctimas no estaban protegidas por un seguro social que garantizara la atención adecuada y oportuna en salud. Aunque este fallo se centra en el estudio de la violación del derecho a la salud por parte del Estado, se refiere brevemente al derecho a la seguridad social como la puerta de entrada de los trabajadores a esa prestación.

En la sentencia más reciente sobre, entre otros, el derecho al aseguramiento social, *Vera Rojas vs. Chile* de 2021, la Corte se pronunció sobre el caso de una menor con discapacidad neurodegenerativa a la que la empresa privada de salud a la que estaba afiliada le suspendió los beneficios de tratamiento domiciliario. Para recibir esa prestación, los padres de la niña habían pagado una prima adicional. La Corte encontró que el Estado violó la convención al no ejercer de manera adecuada su deber de vigilancia y control de las empresas privadas que administran la prestación del derecho humano a la salud a través del esquema de aseguramiento social, que debe también proteger y promover el derecho humano a la seguridad social.

La Corte también ha emitido dos opiniones consultivas que se refieren al derecho humano a la seguridad social. La OC18/2003, sobre derechos de los trabajadores migratorios, establece que el origen nacional como criterio para reconocer el derecho a la seguridad social debe ser considerado como una categoría sospe-

---

lo explícitamente, es que los derechos sociales, entre ellos al trabajo y a la seguridad, social no califican como derechos humanos.

chosa. En la OC 24/2017, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, sostuvo que la identidad de género es un elemento constitutivo de la personalidad y que su reconocimiento por parte del Estado es vital para el ejercicio de otros derechos humanos, como el de seguridad social. Recordó que el numeral 13 de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género establece el derecho de todas las personas a la seguridad social y a la protección social. Esto incluye beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud, también para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.

En suma, la CoIDH ha pasado de la negación tajante de su competencia convencional para conocer de violaciones interamericanas del derecho a la seguridad social, y del escepticismo velado en relación con su carácter de derecho humano, a sostener su tutela mediante el argumento de conexidad con un derecho respecto del cual tiene competencia para resolver. Más recientemente, ha sostenido que la Corte tiene competencia convencional para estudiar de manera directa la posible violación del derecho humano a la seguridad social por parte de los Estados sometidos a su jurisdicción interamericana.

#### IV. LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SOBRE EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La normatividad de seguridad social regula quiénes son los sujetos de aseguramiento primario y también, de manera autónoma, algunas instituciones de familia con lo cual establece qué vínculos filiales<sup>40</sup> permiten a alguien recibir los beneficios de seguridad social como beneficiario secundario. Ahora bien, tan importante como la decisión de qué sujetos y familias merecen protección vía aseguramiento social es la determinación de qué vínculos laborales y filiales descalifican a las personas que pretenden acceder a esas prestaciones.

En lo que sigue quisiera presentar algunos de los precedentes de la SCJN sobre diversas prestaciones de seguridad social, específicamente, sobre pensiones por

---

40 La sistematización de la jurisprudencia de la SCJN sobre filiación puede consultarse en el cuaderno de jurisprudencia num. 11. Filiación.



causa de muerte —de viudez en el matrimonio y en el concubinato, de orfandad y ascendencia— y servicios de guarderías.

La inmensa mayoría de sentencias de la SCJN sobre seguridad social se origina en litigios dentro del modelo contributivo de aseguramiento social. Las pocas que hay sobre “programas sociales”, o modelo de seguridad social no contributivo, no le dicen, por razones que habrá que explorar con más detenimiento, “derecho a la seguridad social” al derecho a la seguridad social. Un porcentaje importante de asuntos se desechan por cuestiones de procedimiento<sup>41</sup> y otro tanto niegan la protección constitucional porque sostienen que las instituciones de seguridad social, cuando actúan en su calidad de aseguradoras, no son autoridades en términos del juicio de amparo, sino que están en igualdad de condiciones con el solicitante. Esa doctrina recientemente se ha modificado.

Los fallos de la SCJN suelen ser deferentes con el legislador y con los reglamentos administrativos en relación con la manera de cualificar los vínculos laborales y filiales para acceder al derecho a la seguridad social. Es decir, en muchos casos acepta la normatividad paralela de la seguridad social para el reconocimiento de la familia y del asegurado. Pero Ésta no es toda la historia sobre este tema. Es claro el efecto que tuvo la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en materia de aseguramiento social contributivo y que dio paso a la tutela de este derecho fundamental para muchas personas que no calificaban como sujetos de protección antes de interpretación de estos beneficios con base en ese principio constitucional.

En seguridad social es claro el rasgo de género de ciertos litigios. Quiero decir, quienes demandan pensiones de viudez —como concubinas o como esposas— son mayoritariamente mujeres. Quienes litigan el derecho a la pensión de orfandad en representación de los menores son mayoritariamente mujeres —madres y abuelas— y son las madres de asegurados fallecidos las que solicitan en un gran porcentaje pensiones de ascendencia. En el caso de guarderías pasa algo similar, son las mujeres quienes demandan cuando el objeto del litigio constitucional es esta prestación. Al igual que la normatividad —nacional e internacional—, los fallos de la SCJN en esta materia no cuestionan demasiado el modelo de familia monógamo que está a la base del modelo contributivo de seguridad social: padre trabajador, asegurado o proveedor, madre-cónyuge —que hace trabajo de cuidado en el hogar no remunerado e hijos—. Tampoco se ocupan de las posibles inequidades y discriminaciones entre beneficiarios de los modelos contributivos, los de los no contributivos y los excluidos de ambos.

---

41 Por ejemplo, las resoluciones ADR 5909/2014, ADR 3533/2015, ADR 5034/2017, AR 193/2018, AR 219/2008 y AR 130/2014.

Ahora bien, cuando se trata de pensiones para asegurados directos, ese perfil de género se modifica, los actores en estos asuntos son mayoritariamente hombres. Además, el volumen de decisiones de la SCJN sobre pensiones rebasa con mucho los fallos sobre beneficios por causa de muerte y sobre guarderías. Seguramente esto está relacionado, pero habría que indagar más sobre el punto tomando en cuenta la distribución por género de trabajo formal en el mercado laboral y la titularidad de pensiones como asegurado primario.<sup>42</sup>

En relación con la pensión de viudez en el concubinato<sup>43</sup> la jurisprudencia de la Corte ha sido bastante consistente:<sup>44</sup> es constitucional la decisión legislativa respecto de qué uniones de hecho califican como sujetos de la seguridad social contributiva. El número de resoluciones es mucho menor<sup>45</sup> que las que se ocupan de pensión de asuntos sobre pensión de viudez en el matrimonio y el perfil de género es el más marcado comparado con los otros litigios de familia y seguridad social en la SCJN.

Es posible identificar cuatro grandes patrones fácticos —o escenarios constitucionales de litigio— que son: (i) prueba del concubinato ante las instituciones de seguridad social. Valor probatorio de las sentencias de jurisdicción voluntaria y efectos de la inscripción de concubina en censos y pliegos testamentarios; (ii) concurrencia de pensión de viudez y salario; (iii) procedencia de la pensión de viudez entre concubinos; y (iv) discriminación por género y por orientación sexual. Me voy a referir a algunos de estos.

---

42 Un diagnóstico sobre las desigualdades de género para acceder a la seguridad social realizado por la Cámara de Diputados en 2008 encontró brechas de desigualdad importantes (2007). Además de señalar un hecho que no ha variado mucho en estos 14 años, que más de la mitad de los mexicanos no tienen acceso a la seguridad social como derecho, esto es 30 millones de hombres y 28.4 millones de mujeres. La participación de las mujeres en el mercado de trabajo, que es del 47.3% es una de las más bajas en Latinoamérica (Mateo Díaz, M., Rodríguez Chamussy, L. y Grafe, F., *op. cit.*). También encontró que la mayoría de las mujeres acceden como beneficiarias derivadas —175 derivadas por cada 100 beneficiarios derivados—. Sólo el 11% de las mujeres no pensionadas tiene acceso a la seguridad social contributiva y el 19% de los hombres son titulares de ese derecho derivado de su trayectoria laboral. Según la ENES de 2007, una de las fuentes del informe, entre las mujeres mayores de 65 años el 38.4% accede al derecho de manera derivada y sólo 10.8% recibe una pensión, laboral o no laboral. El 79.6% de los hombres ocupados que tienen seguridad social es titular. Esta cifra se reduce al 69% cuando son mujeres y, conforme aumenta la edad, la brecha también se profundiza.

43 La sistematización de los fallos de la SCJN sobre concubinato y uniones de hecho se puede consultar en el cuaderno de jurisprudencia núm. 4. Concubinato y uniones familiares.

44 La sistematización de los fallos de la SCJN sobre este tema se puede consultar en el cuaderno de jurisprudencia 5. Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el concubinato.

45 Son alrededor de 25 resoluciones, incluyendo desechamientos, entre novena y décima época. Sobre el punto se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia num. 5. Derecho a la Seguridad Social. Pensión de Viudez en el Concubinato.

Como señalé arriba, hay ciertos escenarios constitucionales en los que el impacto del principio de igualdad y no discriminación es evidente.<sup>46</sup> En el caso de parejas del mismo sexo, la Corte resolvió que las normas de seguridad social que excluyen a las familias integradas por parejas del mismo sexo del beneficio pensional por causa de muerte<sup>47</sup> son discriminadoras y, por tanto, inconstitucionales. También en cuanto a los requisitos para que los concubinos hombres pudieran acceder a la pensión de viudez —dependencia económica o discapacidad—,<sup>48</sup> en comparación con lo que se pedía a las concubinas, la Corte resolvió que estos violan el mandato de no discriminación en materia de seguridad social.<sup>49</sup> Los asuntos que se ubican en este patrón de litigio son también de los pocos en los que los actores son hombres.

En otro subconjunto de asuntos, la SCJN declara la inconstitucionalidad de las normas —casi todos reglamentos— que sólo admiten como prueba del concubinato la inscripción del asegurado en censos médicos, pliegos testamentarios o documentos de beneficiarios económico.<sup>50</sup> En estos casos, ambos de concubinas de militares, la Corte resolvió que las demandantes pueden probar su vínculo con el militar fallecido a través de cualquiera de los medios establecidos para esos efectos en los códigos de procedimientos civiles. También decidió que, dado que el derecho a la seguridad social es fundamental, su configuración no depende de la voluntad de un sujeto privado, sino que es de orden público.

Ahora, cuando los litigios atacan las normas que definen quiénes son concubinas en materia de seguridad social, la Corte niega consistentemente los amparos. En varios casos las demandantes atacan las condiciones diferenciadas para las concubinas con y sin hijos como condición de acceso a la pensión de viudez. Esto es, que a las compañeras que además de cumplir con los requisitos de ley tengan al menos un hijo con el asegurado fallecido no se les exija lapso de convivencia —cinco años— que es mandatorio para las concubinas sin hijos en común.<sup>51</sup> El argumento principal de la SCJN se reitera en todos los fallos: el tipo de familia cambia cuando se tienen hijos y por eso es constitucionalmente adecuado asignarle consecuencias jurídicas diferenciadas a unas y a otras. Tener hijos en común, según el fallo, permite presumir convivencia y vocación de futuro de la pareja y es incomparable con la situación de quienes no procrean.

---

46 Al respecto se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia num. 7. Igualdad y no discriminación de género, en especial, el numeral 1.2.

47 Sentencia AR 750/2018 que, además, es la única sobre este tema en específico.

48 La sistematización de los fallos de la SCJN sobre este tema se puede consultar en el cuaderno de jurisprudencia núm. 5 Derechos de las personas con discapacidad.

49 Sentencias ADR 881/2007 y AI 04/2016.

50 Sentencias AR 377/2013 y AR 34/2019.

51 Sentencias AR 793/2014, AR 193/2018 y AR 343/2019.

En el único asunto que hay sobre concurrencia de concubinas,<sup>52</sup> la Corte reitera que no es discriminatorio negar el derecho a la pensión de viudez cuando el asegurado tuvo más de una concubina porque la familia protegida por la Constitución es la monogámica y bajo ese esquema operan los sistemas de aseguramiento. En relación con los concubinos con hijos en común, que tuvieron matrimonio vigente concurrente con otra persona y que posteriormente se divorciaron,<sup>53</sup> la Corte precisó en este caso que las concubinas tienen derecho a la pensión de viudez. Es decir, la exigencia es que tengan hijos en común con el asegurado y que se cumplan los requisitos de soltería, no que hayan estado solteros durante todo el tiempo del concubinato. Que haya habido al menos un hijo en común hace que el término de convivencia en soltería no importe, siempre que, al morir el asegurado, ambos hubieran estado solteros.

En un fallo reciente, la SCJN estudió el caso de una concubina que reclamaba los derechos laborales de su compañero fallecido, específicamente el beneficio de seguridad social de indemnización por causa de muerte.<sup>54</sup> El concubinato duró 26 años, tuvieron tres hijos, uno de ellos menor de edad. Durante el término de la convivencia, el concubino tuvo matrimonio vigente, pero estuvo separado de su esposa por más de 25 años y hasta la muerte de éste. La Corte, por primera vez en lo que a temas de pensión de viudez se refiere, usa la perspectiva de género para tomar la decisión. Con base en estadísticas de ocupación y empleo, desigualdad de género y cobertura en seguridad social, llega a la conclusión de que la pérdida de quien aporta el ingreso principal al hogar es a las mujeres. La SCJN resuelve declarar la inconstitucionalidad de la norma de la Ley Federal del Trabajo (LFT) que impide el acceso de las concubinas a la indemnización por causa de muerte en tanto discrimina de manera indirecta a las mujeres y de manera directa a las concubinas por razón de estado civil y, en consecuencia, ampara a la demandante.

Por último, cuando las demandantes atacan las legislaciones, civil y de seguridad social, paralelas respecto del término de convivencia exigido para que haya concubinato, la Corte desecha los asuntos bien porque se trata de problemas de mera legalidad y no de constitucionalidad, o bien porque la demandante no presentó cargo de constitucionalidad con la técnica adecuada.

---

52 Sentencia AR 404/2018.

53 Sentencia AR 404/2018.

54 Sentencia AD 18/2021. Las prestaciones de pensión de viudez y la indemnización por causa de muerte son jurídicamente diferentes. Me refiero a este caso porque los argumentos para negar los derechos a la seguridad social de la concubina cuando el asegurado tiene matrimonio vigente han sido análogos tanto en el orden administrativo, como en el judicial.

Los fallos sobre pensión de viudez en el matrimonio<sup>55</sup> son, aproximadamente, 70.<sup>56</sup> Es posible identificar siete grandes escenarios constitucionales de litigio: (i) base pensional para el cálculo de los montos mensuales para la pensión de viudez; (ii) concurrencia de la pensión de viudez con otros beneficios; (iii) contratos colectivos de trabajo y constitucionalidad de las cláusulas sobre pensión de viudez; (iv) criterios diferenciados por género para acceder a la pensión de viudez; (v) término mínimo de duración del matrimonio; (vi) litigios sobre la titularidad de la pensión; y (vii) periodo de conservación de derechos.

En las decisiones sobre este derecho, la SCJN ampara de manera más frecuente los derechos de cónyuges hombres y mujeres. En los casos del escenario constitucional del litigio (v), término mínimo de duración del matrimonio, la Corte ha declarado de manera consistente la inconstitucionalidad de las normas legales o de las cláusulas de los contratos colectivos que fijan estas condiciones para acceder al derecho a la pensión de viudez en el matrimonio.<sup>57</sup> La razón principal para tutelar a las cónyuges en estos casos es que el derecho a la pensión de viudez se actualiza con la muerte del asegurado primario, por eso, viola los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de la cónyuge someter ese reconocimiento a una condición cuyo cumplimiento no está en poder de los beneficiarios. En algunos de estos casos los esposos vivieron como concubinos por más de 5 años, pero estuvieron casados por un término menor al que exige la ley. La Corte concede el amparo por la inconstitucionalidad del término de duración del matrimonio, pero no dice nada en relación con el concubinato que lo precedió.<sup>58</sup>

---

55 La sistematización de los fallos de la SCJN sobre este tema se puede consultar en el cuaderno de jurisprudencia 6. Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio.

56 Los asuntos que, sobre este tema, la Corte desecha por cuestiones de procedibilidad o niega el amparo porque se trata de asuntos de mera legalidad y no de constitucionalidad son: AR 480/2014, AR 129/2014, AR 1144/2016, AR 934/2017, ADR 3980/2018.

57 Entre los asuntos fallados por la SCJN sobre el punto están AR 1401/2015, AR 123/2017 (La demanda ordinaria inicial la presentan la viuda y la hija de la viuda, que no es hija en común con el asegurado fallecido. La hija no fue parte en el juicio de amparo). En las sentencias AR 1144/2016 y ADR 3980/2018, la Corte desecha el recurso de revisión presentado por el IMSS contra la sentencia que amparó al cónyuge, en consecuencia, deja en firme el reconocimiento judicial del derecho a la pensión por viudez.

58 Sentencias AR 772/2015, AR 5497/2015, AR 1237/2017 y AR 985/2018. En el fallo AR 934/2017, la Corte desecha el recurso de revisión presentado por el IMSS contra la sentencia que amparó al cónyuge, en consecuencia, deja en firme el reconocimiento judicial del derecho a la pensión por viudez.

Sobre los criterios diferenciados debido al género para acceder a la pensión,<sup>59</sup> al igual que en los casos de concubinato, la SCJN suele conceder los amparos.<sup>60</sup> La Corte argumenta que no sólo se trata de un trato discriminatorio e injustificado entre viudas y viudos que a estos últimos se les exija condiciones adicionales y mucho más gravosas para acceder a la pensión de viudez, sino que discrimina también a las aseguradas. Esto por cuanto la ley les da un trato diferente a sus aportes a la seguridad social y a la potencialidad de estos de generar derechos pensionales para los cónyuges de las beneficiarias primarias.

El último escenario constitucional de litigio al que quisiera referirme reúne (vi) los litigios donde está en controversia quién es la titular de una pensión.<sup>61</sup> En este supuesto está el caso de dos mujeres que se acreditan como cónyuges ante la institución de aseguramiento social para pedir la pensión por viudez. La Corte resolvió que las Juntas de Conciliación y Arbitraje (análogas a los jueces laborales, pero que no pertenecen a la rama judicial) no tienen la potestad de decidir sobre la validez de las actas de matrimonio porque eso le corresponde a la justicia civil. En casos así se debe tomar como válida la primer acta hasta que haya algún pronunciamiento de los jueces civiles sobre el asunto. Como es evidente, esta misma deferencia no se tiene en casos de concubinato en los que la legislación de seguridad social tiene la última palabra.

En este supuesto también están los casos en los que el viudo o la viuda vuelven a casarse y la institución de aseguramiento social o bien les niega la pensión de viudez o las suspende. En estos casos,<sup>62</sup> la SCJN determinó que las normas que ordenan la negación o suspensión de la prestación por causa de muerte son inconstitucionales porque soslayan que la condición de titularidad del derecho es la muerte del cónyuge y que volver a formar una familia es un hecho no relacionado con la titularidad de esa prestación.

Por último, en este escenario está el caso de una divorciada que pide que se le reconozca la pensión de viudez derivada de la muerte de su exesposo.<sup>63</sup> La Corte

---

59 Sentencias AR 824/2011, AR 14/2012, ADR 6043/2016, AR 371/2016, AR 107/2017, AR 310/2017, AR 676/2017, AR 859/2018, AR 364/2018 y AR 447/2018.

60 Los asuntos que desecha por cuestiones de procedibilidad o en los que niega el amparo por tratarse de problemas de mera legalidad son: ADR 6336/2015 y AR 88/2015.

61 Sentencia CT 37/2015.

62 Sentencias AR 1018/2015 y AR 5081/2017.

63 Sentencias AR 943/2018 y ADR 1167/2018. El tema del eventual derecho de la exesposa a pedir una pensión por viudez es importante, pero ha sido poco explorado. Una de las cuestiones centrales en estos casos es de qué manera el trabajo remunerado y el no remunerado de cuidado en una pareja supone el esfuerzo de ambos para hacer los aportes a la seguridad social y garantizar sus prestaciones. Una de las preguntas pendientes sería si esos aportes deberían ser parte de lo que se distribuye cuando se disuelve la sociedad conyugal —aunque una pregunta

resuelve que el que las normas atacadas no incluyan a la exesposa como beneficiaria residual de esa prestación no viola los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad porque no se encuentra en el mismo supuesto de la esposa o de la concubina.

Las pensiones por ascendencia y orfandad<sup>64</sup> suelen litigarse en asuntos en los que están en juego otras prestaciones, por lo general, pensiones de viudez. En muchos de los asuntos se trata de viudas que piden pensión para sí mismas y en representación de sus hijos pensiones de orfandad. Las sentencias que se ocupan del derecho a pensiones de ascendencia son muchas menos, tal vez por el carácter residual de esas prestaciones. Hay, al menos dos temas, que de manera sorprendente no aparecen en los litigios sobre estas prestaciones: la constitucionalidad del carácter residual de estos beneficios y de la prueba de dependencia económica para acceder a la prestación.

Los escenarios constitucionales de litigio en los que pueden clasificarse estos fallos son: (i) orden de prelación de beneficiarios; (ii) disminución del monto de la pensión por orfandad; (iii) condiciones diferenciadas entre regímenes de seguridad social; (iv) requisitos para acceder, conservar o reclamar el pago retroactivo de pensiones por ascendencia u orfandad; (v) pensión por orfandad para personas mayores de edad con discapacidad; (vi) diferencia entre los montos pensionales de viudez y por orfandad; y (vii) prescripción de un año de la acción de cobro de las mensualidades.

En relación con el primer escenario (i), la Corte estudió un caso en el que la demandante reclamaba pensión por ascendencia, pero la hija de su hija —su nieta— ya había sido reconocida como titular de una pensión por orfandad.<sup>65</sup> La SCJN resolvió que las normas de prelación de las pensiones por causa de muerte no son inconstitucionales porque sólo reconocen las circunstancias de hecho de los posibles beneficiarios y les asigna consecuencias jurídicas. Esto es, parte del hecho común de que quienes dependen de los asegurados primarios son los hijos y no los padres.

Los casos del escenario (iv) pueden subdividirse en varios patrones de litigio. Me voy a referir al que está más directamente conectado con el tema bajo estudio, los litigios sobre el límite de edad para recibir el beneficio de orfandad. En estos

---

análoga podría hacerse respecto de los concubinatos—. Para un análisis de este asunto desde la perspectiva del derecho de familia como una rama del derecho de la seguridad social puede revisarse el texto de Ann Alstott, “Private Tragedies? Family Law and Social Insurance”, *Harvard Law and Policy*, vol. 3, 2009, pp. 3-30.

64 Para revisar la jurisprudencia de la SCJN sobre este tema se puede consultar el cuaderno de jurisprudencia núm. 9. Derecho a la seguridad social, pensión por ascendencia y de orfandad.

65 Sentencia AR 1292/2017.

casos la Corte resolvió que, sin importar las circunstancias particulares de los hijos —salvo discapacidad calificada— las pensiones de orfandad no se pagarán más allá de los 25 años porque hasta esa edad se presume dependencia económica respecto de los ascendientes.<sup>66</sup>

Un escenario particularmente interesante y prolijo es el de los fallos del escenario (v). En estos asuntos la SCJN, de manera unánime, reconoce el derecho de los hijos mayores de edad con discapacidades calificadas a conservar de manera íntegra la pensión de orfandad. Concede, entonces, los amparos cuando el titular de la pensión por orfandad accede a una pensión por jubilación<sup>67</sup> en los que el actor reclama el pago íntegro de pensiones por orfandad derivadas de la muerte de ambos padres;<sup>68</sup> de hijos cuya discapacidad se deriva de enfermedades congénitas, que se manifiestan antes de los 25 años;<sup>69</sup> en los que se condiciona la pensión de orfandad a que el titular no tenga un trabajo remunerado;<sup>70</sup> y de los titulares de pensiones de orfandad que tienen hijos.<sup>71</sup>

Cuando el objeto del litigio es la prestación de guarderías,<sup>72</sup> las decisiones de la SCJN se pueden clasificar en ocho escenarios constitucionales, (i) derecho a la prestación del servicio de guarderías. Discriminación por género; (ii) límite máximo de edad para recibir el servicio; (iii) medidas estatales necesarias para la prestación del servicio; (iv) seguro de guarderías y prestaciones sociales. Régimen de financiamiento compartido; (v) interés superior de la niñez y suplencia de la queja; (vi) apoyos a personas beneficiarias del servicio de guarderías; (vii) reparación del daño por hechos ocurridos en guarderías; (viii) servicios de guarderías como prestación de previsión social.

Me voy a referir sólo a algunos de estos escenarios. El primero de ellos (i) está integrado por los fallos de la SCJN sobre requisitos diferenciados por razón de género para acceder a la prestación de guarderías, tal y como está contemplado en las diferentes legislaciones de seguridad social. Como vimos en el apartado de normatividad, para que los asegurados tuvieran el servicio de guarderías debían, entre otras cosas, estar divorciados, ser viudos, no estar en una relación de concubinato o volverse a casar, mientras que las aseguradas sólo tenían que probar que

---

66 Sentencias AR 54/2011, AR 173/2018. En la sentencia AR 1002/2018 la actora es una persona de la tercera edad que reclama una pensión por orfandad.

67 Sentencia AR 588/2013.

68 Sentencia AR 899/2016.

69 Sentencia ADR 2204/2018.

70 Sentencia AI 40/2018.

71 Sentencia ADR 319/2019.

72 La sistematización de decisiones de la Corte sobre este tema puede consultarse en el cuaderno de jurisprudencia núm. 10. Derecho a la seguridad social. Guarderías.



son madres. La SCJN resolvió que esa diferenciación es discriminatoria y viola los derechos a la igualdad, a la seguridad social y el interés superior del menor.<sup>73</sup>

Otros fallos se ocuparon del límite máximo de edad de los niños para recibir el servicio. En estas sentencias, la Corte decidió que no es discriminatorio, ni atenta contra el interés superior ni el derecho a la seguridad social de los niños y sus padres fijar en cuatro años la edad máxima para recibir ese servicio. Lo que procede en esos casos es que los niños pasen a la educación básica preescolar.<sup>74</sup> Ahora bien, en el supuesto de que la edad biológica y la de desarrollo psicomotor del niño no concuerden, las guarderías están obligadas a hacer los ajustes razonables para que el beneficiario con discapacidad pueda recibir el servicio, aun después de haber cumplido los cuatro años. En estos casos debe primar el modelo social de discapacidad y no sólo el criterio médico.<sup>75</sup>

Un tema que está en el corazón del debate sobre la prestación de guarderías, pero cuyos fallos son menos conocidos, es el de la financiación en sus diversas modalidades. Los escenarios constitucionales de litigio (iv) y (viii) se ocupan de asuntos relacionados con ese tema y son especialmente importantes porque la de guarderías es una de las prestaciones más deficitarias y, también, de las más importantes cuando se piensa en la distribución genérica de cuidados, mercados laborales y acceso a la seguridad social contributiva.<sup>76</sup>

En el patrón de litigio (iv), seguro de guarderías y de prestaciones sociales, régimen de financiamiento compartido, la SCJN sostuvo que no procede el amparo cuando los demandantes no demuestran que una norma fue aplicada en su perjuicio. Los actores alegaban que el esquema de financiamiento compartido dejaba al servicio de guarderías sin recursos fundamentales.<sup>77</sup> Como estos no mostraron que la ley que crea ese fondo para guarderías y demás prestaciones sociales los perjudica, no procede hacer el estudio de constitucionalidad. En otro caso en el que los demandantes alegaron lo mismo y, además, probaron el acto de aplicación de la ley en su perjuicio, la Corte resolvió que la norma es constitucional porque

---

73 Sentencias AR 59/2016, AR 700/2017, AR 1369/2017, AR 239/2018, AR 568/2018 y AR 5313/2018.

74 Sentencia AR 1226/2008.

75 Sentencia AR 166/2019. Este fallo y otros análogos sobre derechos de los niños con discapacidad a la educación se pueden consultar en el cuaderno de jurisprudencia núm. 6. Derecho a la educación.

76 El escenario constitucional de litigio (vi) apoyos a las personas beneficiarias de guarderías también se trata de un problema explícitamente presupuestal. La cuestión es que las dos decisiones que integran este patrón son fallos en los que la Corte resuelve que no hay contradicción de tesis. Sentencias CT 148/2019 y CT 208/2019.

77 Sentencia AR 3233/1998.

no es un obstáculo para el cumplimiento de los diversos servicios de seguridad social, entre estas prestaciones y guarderías.<sup>78</sup>

Los fallos sobre el servicio de guarderías como prestación de previsión social integran el patrón de litigio (viii). En uno de ellos, sobre deducción de las prestaciones de previsión social, la Corte estableció que no es inconstitucional la norma que no considera a los aportes patronales a guarderías y previsión social como gastos deducibles de sus ingresos acumulables al momento de calcular el impuesto sobre la renta. Esto por cuanto el artículo atacado respeta los principios de equidad y proporcionalidad tributaria.<sup>79</sup> En otra decisión sobre el alcance del término “previsión social”, la Corte precisó que establecer en la ley prestaciones de previsión social sin enumerar taxativamente los gastos que deben considerarse como tales para efectos de deducción de impuestos no vulnera los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y legalidad tributaria. Concluyó que no se puede exigir al legislador que defina cada una de las palabras que emplea cuando las que eligió son lo suficientemente claras.

## V. TEMAS DE REFLEXIÓN

Para finalizar, quisiera referirme a tres temas que considero centrales en la discusión sobre el derecho humano a la seguridad social y la manera en la cual es protegido y promovido, o no, por las instituciones de aseguramiento social mexicanas.

*a. Distribución de riesgos y asignación de costos de la actualización de contingencias en seguridad social.* Hay una distancia importante entre la retórica de los derechos humanos, especialmente de la seguridad social, y el modelo de aseguramiento instaurado por los países. Esto es, las decisiones legislativas, las políticas públicas y el diseño institucional mediante los cuales se distribuyen los costos de la materialización de riesgos sociales, contingentes o estructurales. El derecho a la seguridad social también se trata de quién tiene que asumir —o termina por asumir— la actualización de un riesgo social potencialmente catastrófico. La evidencia muestra que, cuando una de estas situaciones ocurre —la enfermedad de un familiar que necesita cuidado, la salida del mercado laboral de algún integrante de la familia por vejez o accidente, el cuidado de niños en edad no escolar, el embarazo y cuidado de recién nacidos— quienes dejan el mercado de trabajo son las mujeres. En suma, ante la falta de una traducción adecuada del derecho humano

---

78 Sentencia AR 1152/1999.

79 Sentencia AR 153/2005.

a la seguridad social en instituciones que activen el cubrimiento del evento cuando se configuran ciertos riesgos sociales quienes terminan asumiendo los costos con recursos propios son, posiblemente, las personas en situación social más precaria.

*b. Universalidad del derecho a la seguridad social y modelo de familia y de empleo.* El problema de la falta de universalidad y de perspectiva de género de buena parte de la doctrina, legislación y adjudicación en seguridad social no sólo se trata de la distribución inequitativa de las responsabilidades de cuidado en el hogar sino de, como lo dije en el numeral anterior, la distribución inequitativa de los riesgos sociales, y quién asume sus consecuencias.

La mayoría de los pobres del mundo son mujeres.<sup>80</sup> Estas mujeres enfrentan barreras estructurales para acceder al derecho humano a la seguridad social, entre otras razones, debido a su condición de madres o cuidadoras primarias. También son la mayoría de los trabajadores informales o a tiempo parcial. Por eso, la cuestión de género pendiente en el diseño de la política pública en seguridad social no es sólo respecto de las mujeres beneficiarias de los modelos no contributivos de aseguramiento, sino las que están cubiertas por los beneficios contributivos.

Para las mujeres que están en el mercado laboral, la brecha de género es un obstáculo para acceder a ciertos beneficios de seguridad social. Además de que muchas de las inequidades de los mercados de trabajo se trasladan a los sistemas de aseguramiento social, el esquema de beneficios sociales las profundiza. En primer lugar, la mujer tiene menor participación en el mercado laboral, lo que limita su titularidad del derecho a la seguridad social en un modelo, como el mexicano, laboralista. En segundo lugar, recibe menor remuneración por su participación y tiene carreras laborales más intermitentes debido a la inestabilidad propia de los mercados de trabajo y a que suele salir de estos para dedicarse a trabajos de cuidado en el hogar.

El trabajo de cuidado que hacen las mujeres, de manera exclusiva o a tiempo parcial, no está contemplado en términos legislativos de seguridad social, ni ha sido reconocido por las instancias judiciales. En los esquemas contributivos, muchas mujeres que acceden al aseguramiento social lo hacen como esposas o concubinas de cierto tipo, hijas o madres que cumplen con determinados requisitos. En suma, el acceso de muchas mujeres a la seguridad social no es sólo laboralista, sino familista. Esto significa que, dado el nivel de desempleo y empleo precario femenino, lo que les queda a muchas mujeres es acceder por la vía familiar del

---

80 OHCHR-ONU, *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-ONU*, 2013. Obtenido de «[www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82_en.pdf)»

proveedor, pero no de manera autónoma u optar por una pensión universal, cuyo monto es muy bajo.

*c. El derecho a la seguridad social de las personas no afiliadas al esquema contributivo.* El modelo de aseguramiento social en México parece estar en contravía con el carácter universal del derecho humano a la seguridad social. Hay una división normativa, de adjudicación y narrativa entre los beneficiarios de los modelos contributivos —entendidos con titulares del derecho— y los beneficiarios de programas sociales —entendidos como receptores de apoyos sociales que no constituyen derechos subjetivos—. Los problemas de género en los mercados de trabajo se reflejan en el aseguramiento social y el esquema mismo de beneficios genera sus propios desafíos.

La tutela efectiva del derecho a la seguridad social permite a la gente hacer frente a situaciones con potencial devastador. Debido a que los costos de estas contingencias son mayores para las personas que tienen menos recursos para enfrentarlas, por lo que implica en términos porcentuales en relación con el ingreso global, estas prestaciones son condiciones necesarias, aunque no suficientes, para frenar la precarización de los sujetos de esos riesgos actualizados que, además, parten de una situación precaria. Entre las finalidades de esa cobertura social está, pues, la de romper el ciclo que va de la desigualdad a la actualización del riesgo y termina en la profundización de la pobreza en tanto busca que los afectados no terminen por empeñar los recursos para la superación de situaciones urgentes y ruinosas.

### PREGUNTAS DE DISCUSIÓN

El derecho humano a la seguridad social es muy importante, pero las instituciones mexicanas suelen titubear en el reconocimiento de ese estatus. Algunas preguntas que vale la pena hacerse y cuyas respuestas están por construirse son: en términos normativos, ¿qué quiere decir que el derecho a la seguridad social es universal? Derivado de esto, ¿cómo se integran los vínculos de correlatividad de posiciones normativas y los sujetos obligados? ¿de qué forma se estructuran las instituciones encargadas de garantizar el respeto de ese derecho? ¿hay algún vínculo entre el derecho a la seguridad social y la igualdad sustantiva? Si lo hay, ¿cuál es? Si no lo hay, ¿cuál es el valor que lo fundamenta? ¿de qué forma se estructuran las instituciones encargadas de garantizar el respeto de ese derecho? ¿cómo está integrada la familia como objeto de tutela de la seguridad social y quiénes son titulares de ese derecho? ¿Cuál es la relación en México entre trabajo formal y derecho a la seguridad social? ¿Tienen derecho a la seguridad social las personas que no están afiliadas y que contribuyen al sistema? ¿Cuál es la relación, si la hay, entre género y derecho humano a la seguridad social?

## Fuentes

- Alstott, Ann, “Private Tragedies? Family Law and Social Insurance”, *Harvard Law and Policy*, vol. 3, 2009, pp. 3-30.
- Belmont Montiel, M., Ramírez Villela, M. Á., y Romero Suárez, F., *Propuesta conceptual para el análisis de la seguridad social desde la conferencia interamericana sobre seguridad social*. Ciudad de México, CISS, 2019.
- Brachet-Marquez, Viviane, “Seguridad social y desigualdad 1910-2010”, en F. Cortés, y d. O. Orlandina, *Los grandes problemas de México*. V. Desigualdad, p. 453, Ciudad de México, Colmex, 2010.
- Cecchini, Simone y Martínez, Rodrigo, *Inclusive Social Protection in Latin America: A Comprehensive Rights-Based Approach*, CEPAL, Santiago de Chile, 2011.
- CEPAL, *Seminario: el seguro de desempleo en México ¿Un comienzo tardío o un buen principio?*, CEPAL, 3 de abril de 2014. Disponible en: <https://www.cepal.org/fr/eventos/seminario-el-seguro-de-desempleo-en-mexico-un-comienzo-tardio-o-un-buen-principio>
- Ham Chande, Roberto, “Sistemas de pensiones y perspectivas de la seguridad social”, *Estudios demográficos y urbanos*, vol. 15, núm. 3, 2000.
- Martínez Soria, Jesuswaldo y Cabestany Ruiz, Gabriela, “La reforma de la seguridad social en México frente a los desequilibrios del mercado de trabajo”, *Economía Informa*, núm. 397, pp. 90-103.
- Mateo Díaz, M., Rodríguez Chamussy, L. y Grafe, F., *Banco Interamericano de Desarrollo*, BID, 2014.
- Melik, Özden, *El derecho a la seguridad social*, s.l., CETIM, 2008.
- Morales Ramírez, M. A. y Sánchez Castañeda, A., *El derecho de la seguridad social y de la protección social*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.
- OHCHR-ONU, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-ONU, 2013. Obtenido de «[www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82_en.pdf)»
- OHCHR-ONU, Observación general 19, El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.
- OHCHR-ONU, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-ONU, 2013. Disponible en: [www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/documents/issues/development/rightscrisis/e-2013-82_en.pdf)
- OHCHR-ONU, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights,
- OIT, “Los Sindicatos tratan de organizar a los millones de trabajadores marginados en empleos del cada vez más amplio ‘sector no estructurado’”, 18 de octubre de 1999. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_008543/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_008543/lang-es/index.htm)
- OIT, “Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe. (Panorama Laboral Temático, 4)”, 25 de julio de 2018. Disponible en: [https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS\\_633654/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_633654/lang-es/index.htm)
- OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio de 2008. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS\\_099768/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm)
- Pautassi, Laura, “Legislación provisional y equidad de género en América Latina”, En F. Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina, un análisis de género*, Santiago de Chile: CEPAL, 2004, p. 261.

- Pizarro, Roberto, *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*, CEPAL, 2001.
- Sánchez-Belmont Montiel Mariela, Ramírez Villela, Miguel Ángel y Romero Suárez, Frida, *Propuesta conceptual para el análisis de la seguridad social desde la CISS*, CISS, 2019.
- “Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “Ensuring inclusion and combatting discrimination in social protection programmes, the role of human rights standards”, *International Social Security Review*, vol. 70, núm. 4, octubre 2017.”
- Sepúlveda Carmona, Ma. Magdalena, “The Rights-Based Approach to Social Protection in Latin America: From Rethoric to Practice”, *SSRN*, 2015.
- Sunkel, Guillermo, *El papel de la familia en la protección Social en América Latina*. Serie Políticas Sociales 120, 2006, pp. 1-66.

# Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



## [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Tirant Derechos Humanos
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Novedades
- \* Tirant Online España
- \* Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)

