

# JUS

REVISTA JURÍDICA  
CUERPO ACADÉMICO DERECHO CONSTITUCIONAL  
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN

Núm. 11. Vol. 3, Septiembre - Diciembre 2023



U N I V E R S I D A D A U T Ó N O M A D E S I N A L O A



ISSN 2448- 7392 e-ISSN (en trámite)

# JUS

# REVISTA JURÍDICA

CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN-UAS

Vol. 3, Núm. 11, septiembre-diciembre 2023.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA

## DIRECTORIO

DR. ROBESPIERRE LIZÁRRAGA OTERO  
Encargado de Despacho de la UAS

DR. GERARDO ALAPIZCO CASTRO  
Secretario General

DR. JORGE MILÁN CARRILLO  
Secretario Académico Universitario

DR. MARIO NIEVES SOTO  
Director General de Investigación y Posgrado

DR. ANDRÉS AVELINO SARABIA RÍOS  
Director de la Facultad de Derecho Culiacán

## COMITÉ EDITORIAL

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ  
Director General

DRA. SONIA ELIZABETH RAMOS-MEDINA  
Editora

DR. MANUEL ANTONIO DURÁN-LUZURIAGA  
Editor Asociado

DRA. GABRIELA GUADALUPE VALLES SANTILLÁN  
Editora Invitada

DR. CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ  
Gestor Editorial

MC. JOSÉ VLADIMIR PAREDES CUEVAS  
Corrector de Estilo

LIC. HÉCTOR CARLOS LEAL LÓPEZ  
Soporte Técnico





## CONSEJO ARBITRAL

### Consejo Arbitral Internacional

Dr. Miguel Ángel Andrés Llamas –  
*Universidad de Salamanca, España*  
Dr. Juan Manuel Bautista Jiménez –  
*Universidad de Salamanca, España.*  
Dra. Eleonora Mesquita Ceia –  
*Universidad Federal do Rio de Janeiro,  
Brasil.*  
Dr. Manuel Alcántara Sáez –  
*Universidad de Salamanca, España.*  
Dr. Walter Reifarth Muñoz –  
*Max Planck Institute Luxembourg / USAL.*  
Dra. Ana Teresa Intriago Ceballos –  
*Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*  
Dra. María Mercedes Iglesias Baréz –  
*Universidad de Salamanca, España.*  
Dra. Mayda Goite Pierre –  
*Universidad de la Habana, Cuba.*  
Dr. Iván Llamazares Valduvico –  
*Universidad de Salamanca, España.*  
Dr. Carlos Eduardo Saraza Gómez –  
*Fundación Universitaria del Área Andina,  
Colombia.*  
Dr. Arnel Medina Cuenca –  
*Universidad de la Habana, Cuba.*  
Dr. José Luis Domínguez Álvarez –  
*Universidad de Salamanca, España.*  
Dra. Celín Pérez Nájera –  
*Universidad de Ciego Ávila Máximo Gómez  
Báez, Cuba.*  
Dr. Francisco Sánchez López –  
*Universidad de Salamanca, España.*

### Consejo Arbitral Nacional

Dr. Miguel Paradela López –  
*Tecnológico de Monterrey Campus  
Querétaro.*  
Dra. Aurea Esther Grijalva Eternod –  
*Universidad de Guadalajara.*  
Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta –  
*Universidad Autónoma de Querétaro.*  
Dra. Sonia Escalante López -  
*Universidad de la Policía del Estado de  
Sinaloa.*  
Dr. Dasaev Sosa Arellano –  
*Universidad Autónoma de Baja California.*  
Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano –  
*Universidad Autónoma de Nuevo León.*  
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez –  
*Universidad Juárez del Estado de Durango.*

### Consejo Arbitral Local - UAS

Dr. Gonzalo Armienta Hernández  
Dr. Francisco Álvarez Valdez  
Dr. José Rodolfo Lizárraga Russell  
Dr. Jesús Manuel Niebla Zatarain  
Dr. Andrés Avelino Sarabia Ríos  
Dr. Orlando Gutiérrez López  
Dr. Pablo Alfonso Aguilar Calderón  
Dra. María Delgadina Valenzuela Reyes  
Dra. Denise Díaz Quiñonez

El Consejo Editorial de JUS Revista Jurídica agradece las generosas colaboraciones realizadas por investigadores nacionales e internacionales pertenecientes a reconocidas universidades y centros de investigación que participaron como pares evaluadores. En honor a sus contribuciones, se divulgan sus nombres, lo que permite a una publicación de acceso abierto mantener la integridad de su procedimiento de evaluación y asegurar estándares de calidad.



## CONSEJO ARBITRAL

*Dossier: "La justicia constitucional en México y la protección de mecanismos de democracia sustancial"*

Dra. Gabriela Guadalupe Valles Santillán  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

Dr. Raúl Montoya Zamora  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

Dra. Ma. Magdalena Alanís Herrera  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

Dr. Ramón Gil Carreón Gallegos  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

Dr. Martín Gallardo García  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

M.D. Luis Fernando Contreras Cortés  
*Universidad Juárez del Estado de Durango*

El Consejo Editorial de JUS Revista Jurídica desea expresar su sincero agradecimiento al distinguido Cuerpo Académico UJED-CA-46 "Aspectos constitucionales en la reforma del Estado mexicano" por su invaluable contribución en la revisión del dossier temático en el marco del fructífero convenio de colaboración entre nuestros respectivos cuerpos académicos (UAS-CA-187 y UJED-CA-46). La calidad y profundidad de las evaluaciones proporcionadas han enriquecido significativamente el contenido de nuestra revista, fortaleciendo así el compromiso conjunto con la excelencia académica. Agradecemos sinceramente el esfuerzo y la dedicación de cada miembro del cuerpo académico participante, cuyo compromiso ha sido fundamental para el éxito de este proyecto. Esperamos con entusiasmo futuras oportunidades de colaboración que sigan beneficiando a ambas instituciones y contribuyendo al avance del conocimiento en nuestras áreas de interés compartido.

REVISTA JUS DEL CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, vol. 3, núm. 11, septiembre-diciembre 2023, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma de Sinaloa, a través de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán. Av. Las Américas, s/n, Col. Ciudad Universitaria, Culiacán Rosales, Sinaloa. Tel. 667 712 8805. Editor responsable: Sonia Elizabeth Ramos-Medina. Correo electrónico: [revistajus@uas.edu.mx](mailto:revistajus@uas.edu.mx) Reservas de Derechos al Uso Exclusivo Núm. 04-2016-052414163800-102, ISSN: 2448-7392, Licitud del título Núm. 16780, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. JUS Revista Jurídica permite el acceso sin restricciones a todo su contenido desde el momento de su publicación (Open Access), cuyos contenidos se difunden con una licencia Creative Commons Reconocimiento- No Comercial – Compartir igual 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0). Dado que cada artículo es obra original del autor, esta revista rechaza cualquier reclamación legal derivada del plagio o de la reproducción total o parcial de trabajos publicados con anterioridad. En su lugar, el autor de cada artículo será considerado legalmente responsable.

JUS Revista Jurídica se encuentra registrada en los siguientes índices y directorios nacionales e internacionales:





## CONTENIDO

**Principios rectores para la función de la Jurisdicción Constitucional: un bosquejo conceptual ..... 9**

*Principles for the role of Constitutional Jurisdiction: a conceptual outline*

Oscar Guillermo **Barreto Nova**

**Repensando el control difuso de convencionalidad en el contexto del Derecho Administrativo Sancionador ..... 35**

*Rethinking the Diffuse Control of Conventionality in the Framework of Administrative Sanctioning Law*

Alejandro **Vilchis Robles**

**El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares desde la perspectiva de la justicia constitucional local: el caso de Guanajuato, México ..... 59**

*The right to be searched for and its guarantee against disappearances committed by private individuals from the perspective of local constitutional justice: the case of Guanajuato, Mexico*

Christian Joel **Rodríguez Zamora**

Juan Francisco **Escamilla De Luna**

**La Corte Penal Internacional: adversario o generador del desorden mundial ..... 87**

*The International Criminal Court: adversary or generator of world disorder*

Orlando del Rosario **Gutiérrez López**

Flor Margarita **Fong Villegas**

Pedro Luis **Martín Loera**

**Construcción de Ciudadanía y exclusión política en Comunidades Indígenas de México ..... 113**

*Citizenship Construction and Political Exclusion in Indigenous Communities of Mexico*

Julio Gerardo **Quiroz Gómez**

**El derecho al asilo como aspiración en la era de la constitucionalización democrática en los Estados mexicano y español ..... 136**

*The right to asylum as an aspiration in the era of democratic constitutionalization in the Mexican and Spanish States*

José Luis **Leal Espinoza**



## EDITORIAL

Los Cuerpos Académicos “de Derecho Constitucional 187” de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa y “Aspectos constitucionales en la Reforma del Estado Mexicano (UJED-CA-46)” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, han trabajado en colaboración y se complacen en presentar este número especial bajo el formato de dossier denominado "La justicia constitucional en México y la protección de mecanismos de democracia sustancial", en aras de cultivar una línea de generación y aplicación del conocimiento muy importante: la justicia constitucional y los derechos humanos.

El dossier se integra por seis interesantes artículos científicos. Así pues, el autor Oscar Guillermo Barreto Nova pone sobre la mesa un análisis a la labor de juezas y jueces constitucionales en la protección de los derechos de las personas y cómo esa actividad se apoya en diversos principios que les permiten emitir una decisión. Luego, Alejandro Vilchis Robles explora la forma en que el control de convencionalidad debe permear en el ámbito del derecho administrativo sancionador, con la finalidad de adecuar las leyes y los procedimientos administrativos a los estándares interamericanos de derechos humanos, con especial énfasis en las garantías judiciales y el debido proceso legal.

Enseguida, los autores Christian Joel Rodríguez Zamora y Juan Francisco Escamilla De Luna exponen resultados que revelan que la justicia constitucional local se encuentra significativamente limitada en controversias que tienen que ver con personas desaparecidas y, en ese orden, plantean establecer un mecanismo de control constitucional a nivel local como alternativa para abordar el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas, circunscribiendo el estudio al caso concreto que se ha suscitado en la entidad federativa de Guanajuato, México. Posteriormente, Orlando del Rosario Gutiérrez López, Flor Margarita Fong Villegas y Pedro Luis Martín Loera argumentan los desafíos de la comunidad internacional, particularmente la Corte Penal Internacional ante la oportunidad que tiene de desempeñar un papel decisivo como generadora de estabilidad



mundial o, por el contrario, ser vista como un agente de caos internacional en lo concerniente a la procuración e impartición de justicia penal a nivel global.

En cuanto a tópicos inherentes a la democracia sustancial, este número recopila los siguientes dos trabajos: el artículo de la autoría de Julio Gerardo Quiroz Gómez, en el que se abordan diversas problemáticas relativas a la construcción de la ciudadanía indígena en México; así como el diverso artículo de la autoría de José Luis Leal Espinoza, el cual trata el derecho al asilo como aspiración en la era de la constitucionalización democrática en el Estado Mexicano y en el Estado Español.

Con lo anterior, es menester recalcar que el objetivo de ambos cuerpos académicos, al coeditar y publicar este dossier, es difundir producción jurídico-científica de calidad, en tanto que cumple con altos estándares de revisión doble ciego por pares académicos que cultivan la línea de generación y aplicación del conocimiento inicialmente mencionada. En ese tenor, esperamos que las y los lectores del presente número especial queden satisfechas y satisfechos del contenido que hemos puesto para su análisis.

**Dra. Gabriela Guadalupe Valles Santillán**

Editora Invitada



ARTÍCULO

OPEN ACCESS

# Principios Rectores para la Función de la Jurisdicción Constitucional: Un Bosquejo Conceptual

## *Principles for the Role of Constitutional Jurisdiction: A Conceptual Outline*

Oscar Guillermo Barreto Nova

0009-0000-9682-5039

Recibido: 04 de noviembre 2023.

Aceptado: 05 de diciembre 2023.

**Sumario.** I. Introducción. II. Justificación. III. Un acercamiento al concepto: Constitución. IV. La Constitución como norma jurídica. V. ¿Qué se espera de la jurisdicción constitucional? VI. (En clave de derechos humanos) No siempre las cortes constitucionales tienen la razón. VII. Principios que legitiman la actividad de la judicatura constitucional. VIII. Discrecionalidad judicial. IX. Independencia judicial. X. Imparcialidad judicial. XI. El reconocimiento de la dignidad de las personas. XII. Conclusiones. XIII. Fuentes consultadas.



# Principios rectores para la función de la Jurisdicción Constitucional: un bosquejo conceptual

*Guiding principles for the role of Constitutional Jurisdiction: a conceptual outline*

Oscar Guillermo Barreto Nova\*

**Resumen.** El objetivo general de este trabajo es identificar los principios fundamentales que sustentan la labor de la jurisdicción constitucional en la protección de los derechos fundamentales de todas las personas dentro de un Estado, asegurando la supremacía constitucional. Para lograr esto, se empleará un enfoque exploratorio-deductivo. En primera instancia, se destaca la importancia de la Constitución como la norma suprema de un Estado. Posteriormente, se enfoca el análisis en la labor del juez constitucional al proteger los derechos de las personas, explorando cómo su actividad se fundamenta en diversos principios que guían sus decisiones. Finalmente, se presentan las conclusiones correspondientes.

**Palabras Clave:** Jurisdicción Constitucional, Jueces, Constitución, independencia judicial, Derechos fundamentales.

**Abstract.** The overall objective of this work is to identify the fundamental principles that underlie the work of constitutional jurisdiction in safeguarding the fundamental rights of all individuals within a State, ensuring constitutional supremacy. To achieve this, an exploratory-deductive approach will be employed. Initially, the importance of the Constitution as the supreme norm of a State is emphasized. Subsequently, the analysis focuses on the role of the constitutional judge in protecting the rights of individuals, exploring how their activity is grounded in various principles that guide their decisions. Finally, the corresponding conclusions are presented.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction, Judges, Constitution, Judicial Independence, Fundamental Rights.

---

\* Licenciado en Derecho con estudios de Especialidad en Derechos Humanos y Maestro en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM. Especialidad en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Actualmente trabaja en la Escuela Federal de Formación Judicial. Lo expresado en este trabajo es a título personal no representa el punto de vista de ninguna institución. Email: [ogbarreton@cjf.gob.mx](mailto:ogbarreton@cjf.gob.mx)

## I. INTRODUCCIÓN

---

El tema del juez constitucional ha sido objeto de múltiples publicaciones. Lo anterior, puede llevar a motivar la siguiente pregunta: ¿Por qué realizar otra publicación acerca de la judicatura constitucional? La respuesta a la pregunta anterior no es fácil, por que como se ha dicho, ya existe una gran cantidad de textos en diferentes latitudes que abordan el análisis; definición; explicación y desarrollo sobre el tema.

En este orden de ideas, queda un margen estrecho en donde una nueva publicación respecto al tema pudiera llamar la atención y aportar algo novedoso a los jueces, académicos, postulantes y al lector interesado, por lo que este trabajo, no se aboca al estudio de una posición teórica ni doctrinal sobre la labor de la judicatura constitucional. Sino que se trata de una aportación de tipo exploratoria en donde los tres conceptos transversales a este trabajo son: la Constitución, la jurisdicción constitucional y los principios que rigen el actuar de la jurisdicción constitucional. El lector encontrará en las páginas subsecuentes un esbozo de los conceptos anteriores, con los cuales pueda contar con los elementos mínimos para conocer y entender el debate entorno a la actividad del Poder Judicial respecto a las y los jueces constitucionales.

## II. JUSTIFICACIÓN

---

El objetivo general del presente trabajo es mostrar un esbozo sobre los principios que rigen la actuación de la jurisdicción constitucional, ya que esta es la encargada de proteger los derechos de las personas y mantener la supremacía constitucional; de ahí la importancia de contar con al menos unas ideas básicas sobre los principios de la actuación de la jurisdicción constitucional, lo anterior, permitirá tener un panorama sobre la importancia de su actuación dentro de un Estado constitucional de derecho.

Con el propósito de usar un lenguaje neutro, a lo largo del texto se usará el término: “jurisdicción constitucional”, cuyo propósito es identificar la labor de jueces y

juezas constitucionales, esto en el sentido que señala el ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil Luis Roberto Barroso<sup>1</sup> en las siguientes líneas:

La jurisdicción constitucional comprende el poder ejercido por jueces y tribunales en la aplicación directa de la Constitución, en el desempeño del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder público en general en la interpretación del ordenamiento infra constitucional conforme a la Constitución.<sup>2</sup>

En el Estado mexicano la instancia que defiende en última instancia la supremacía constitucional es la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Con la reforma de 1994 al Poder Judicial, se dieron los pasos finales para dar a la Corte el carácter pleno de Tribunal Constitucional.<sup>3</sup> Las reformas de 1994 a la Suprema Corte de Justicia mexicana la han erigido en el gran guardián encargado de velar por la constitucionalidad de todos los órganos del poder público.<sup>4</sup>

Lo anterior, se materializó en gran medida gracias a la reforma del artículo 105 de la Constitución, lo que le otorgó competencia exclusiva al alto tribunal para conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad<sup>5</sup> que se erigen como procesos constitucionales -además del amparo en sus dos vertientes-, para mantener la vigencia y supremacía constitucional.

La supremacía de la constitución también se da en la medida en quien hace la interpretación final de esta, en virtud de que las decisiones de la SCJN no admiten recurso alguno en contra de sus fallos definitivos.

### III. UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO: CONSTITUCIÓN

---

Si el cambio en la ciencia jurídica es posible, no sólo se debe a los grandes teóricos, que por supuesto con sus aportes dan luz a los problemas emergentes de la sociedad

---

<sup>1</sup> Barroso, Luis Roberto, *La razón sin voto. La función representativa y mayoritaria de las Cortes Constitucionales*, en: *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coords. Roberto Gargarella y Roberto Niembro Ortega, México 2016, IJUNAM-Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, p. 142.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>3</sup> Rodríguez Lozano, Amador, *Las controversias constitucionales y la construcción del nuevo federalismo*, en *La actualidad de la defensa de la Constitución, Memoria del Coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*. SCJN.UNAM 1997, p.255.

<sup>4</sup> *Ídem*.

<sup>5</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *La justicia federal al final del milenio*, Colección “Reforma Judicial”, núm. 2, México Suprema Corte de justicia de la Nación, 2001, pp. 9-10.

contemporánea a través del estudio y análisis del fenómeno jurídico; también hay que ocuparse de la labor de la jurisdicción constitucional, pues en gran medida es la que cierra el sistema -jurídicamente hablando-, pues como ya se hizo mención sus sentencias son inatacables tanto en sede nacional como en instancias internacionales.

La misión de la jurisdicción constitucional es la de mantener la vigencia de la Constitución como norma suprema de un Estado. Lo anterior, genera un binomio indisoluble: no puede haber justicia constitucional sin Constitución, ni viceversa. En este sentido, se analizarán de una manera muy concisa estos dos elementos para resaltar la importancia de la jurisdicción constitucional en la actualidad.

Por principio, hay que resaltar el hecho de que la jurisdicción constitucional, en muchas ocasiones retoma la labor científica de la teoría del derecho y del trabajo doctrinario para respaldar sus decisiones.<sup>6</sup> Por lo que existe un dialogo entre la jurisdicción constitucional y la academia. En este sentido, la Constitución es un objeto de estudio transdisciplinario como se verá adelante.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

---

La noción más básica del concepto de Constitución es la que nos dice que se trata de un documento jurídico dividido en dos partes: en una de ellas se encuentran los derechos de las personas y en la otra la forma de organización del Estado. Lo anterior no es erróneo, sin embargo, un análisis de esta dicotomía constitucional nos llevaría a estudiar a la Constitución desde diferentes ángulos, por ejemplo: política constitucional (Benjamín Constant); filosofía constitucional (Wilfrid Waluchow); sociología constitucional (Niklas Luhmann); historia constitucional (Maurizio Fioravanti) –por mencionar solamente algunos ejemplos-, a parte de los diferentes métodos de estudio empleados por las distintas disciplinas.

Si nos delimitamos a un estudio meramente jurídico de la Constitución el panorama tampoco luce fácil si se busca identificar la función de esta norma dentro de un sistema jurídico. Es común decir que la Constitución es la norma de normas a partir del

---

<sup>6</sup> Ver Lucio Pegoraro y Figueroa Mejía, Giovanni A. *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, México, SCJN, 2016. Para ver el caso específico en México, ver Figueroa Mejía, Giovanni, *Influencia de la doctrina, los diccionarios y las enciclopedias en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana (2001-2012)* disponible en la obra citada.

cual se desarrolla el orden jurídico de un Estado. No obstante, el debate ha estado abierto y las voces sobre la función de la constitución se han hecho notar, por ejemplo: “La Constitución como paradigma” de Manuel Aragón;<sup>7</sup> “La Constitución como fuente de derecho” de Llorente<sup>8</sup> y “La Constitución como límite a la legislación” de Guastini.<sup>9</sup>

Como se podrá advertir acerca de la Constitución se pueden llenar hojas al por mayor; lo anterior dependerá desde qué ángulo se analice: como norma jurídica, como control del poder, como parámetro de regularidad, son algunas de las variables para su estudio.

Si nos apartamos de las ideas clásicas de la norma fundamental y la regla de reconocimiento, -Kelsen-Hart respectivamente-<sup>10</sup> y nos acercamos a concepciones más contemporáneas de la Constitución, como por ejemplo, la de Yaniv Roznai quien dice que la Constitución como norma jurídica es un conjunto de principios y reglas que típicamente se incorporan en un documento jurídico escrito, o a una serie de documentos que establecen y regulan los diseños institucionales básicos de una nación, así como donde se expresan sus valores más duraderos.<sup>11</sup> Tenemos que la idea anterior, no se aparta mucho de una visión jurídica, sin embargo, existen otras definiciones más transdisciplinarias. Otro ejemplo es Barak, que conceptualiza el contenido de una Constitución de manera holística, al respecto señala lo siguiente:<sup>12</sup>

La Constitución es un texto legal que fundamenta una norma jurídica. En cuanto tal, de ser interpretado como cualquier otro texto legal. Sin embargo, la constitución se encuentra en la parte superior de la pirámide normativa. Ella moldea el carácter de la sociedad y sus aspiraciones a lo largo de la historia. Ella establece los puntos de vista políticos básicos de una nación. Ella establece las bases de los valores sociales, objetivos, obligaciones y tendencias. Está diseñada

---

<sup>7</sup> Ver Aragón, Manuel, *La constitución como paradigma* en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000, pp. 109-122.

<sup>8</sup> Ver Rubio Llorente, Francisco, *La Constitución como fuente de derecho*, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000, pp. 155-177.

<sup>9</sup> Ver Guastini Riccardo, *La constitución como limite a la legislación*, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000, pp. 235-246.

<sup>10</sup> Ver Gil Carreón Gallegos, Ramón y Montoya Zamora, Raúl, *El tránsito conceptual del derecho y los derechos humanos en México, reflexiones sobre la norma fundamental de Kelsen, la regla de reconocimiento de Hart y la validez en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli*, en Derechos Humanos y democracia en el siglo XXI. Problemas y propuestas Gabriela Guadalupe Valles Santillán et al, coords. México, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 31-55.

<sup>11</sup> Roznai, Yaniv, *Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de la reforma*. trad. Vicente F. Benítez, et al, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2020.p. 61

<sup>12</sup> Barak, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional*, eds. Amaya Álvarez Marín y Joel I. Colón, Bogotá Universidad del Externado de Colombia, 2020.

para guiar el comportamiento humano durante un período prolongado, estableciendo el marco para promulgar legislación y dirigir el gobierno nacional. Ella refleja los acontecimientos del pasado, establece una base para el presente y moldea el futuro. Es al mismo tiempo, filosofía política, sociedad y derecho.<sup>13</sup>

Ambos autores coinciden en entender a la Constitución como un texto o conjunto de textos que contienen valores, principios y reglas que determinan conductas,<sup>14</sup> sin embargo, Barak concibe a la Constitución como una amalgama de materias, fines y conceptos que convergen en un texto superior a todas las demás leyes en un Estado. Si se analizan los procesos históricos constitucionales a lo largo del mundo podremos advertir que para la promulgación de una Constitución existieron procesos: políticos, sociales, históricos, jurídicos, filosóficos que abonaron al contenido de la Constitución, en este sentido se puede coincidir con la concepción de Barak respecto de aquella, pues a partir de esta se desprenden leyes que rigen el actuar de la conducta de los miembros de una sociedad, no obstante, dichas conductas pudieran ir en contra de los valores más básicos dentro de una sociedad; como la dignidad, la libertad y la igualdad, es por ello que resulta por demás necesario entender la labor de la jurisdicción constitucional.

## V. ¿QUÉ SE ESPERA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL?

---

La jurisdicción constitucional a lo largo del mundo vela porque ningún acto de los otros poderes sea contrario a la Constitución, anulando, expulsando o desaplicando los preceptos legales o bien en algunas ocasiones la ley que vaya en contra del contenido de aquella. Salvo contadas excepciones.<sup>15</sup> Lo anterior, es básicamente el trabajo de la jurisdicción constitucional: Proteger la supremacía de la Constitución. Por regla general los derechos fundamentales de las personas se encuentran en las Constitución<sup>16</sup> de ahí que

---

<sup>13</sup> Barak, Aharon, La singularidad de una constitución y como esto afecta a la interpretación. En: *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional*, eds. Amaya Álvarez Marín y Joel I. Colón, Bogotá Universidad del Externado de Colombia, 2020, p121.

<sup>14</sup> Ver tesis: Tesis: (X Región) 1o.1 CS (10a.)

<sup>15</sup> El artículo 120 de la Constitución de los Países Bajos señala lo siguiente:  
El juez no juzgará la constitucionalidad de leyes y tratados.

<sup>16</sup> Un caso de excepción es la Constitución de Australia que no cuenta con un apartado de derechos humanos propiamente.



la jurisdicción constitucional les de contenido y fije sus alcances, así como sus límites, (Supuesto de hecho) sin embargo, recientemente la jurisdicción constitucional se ha ampliado a defender la eficacia de los derechos fundamentales incluso contra actos de particulares, a partir de la doctrina alemana de la *Drittwirkung*, la cual señala lo siguiente:

La expresión alemana *Drittwirkung* (“efecto frente a terceros” en su traducción literal) refiere a los efectos de los derechos fundamentales de un sujeto particular frente a otro particular. Es decir, si un sujeto particular (sea individuo, corporación privada u otro actor no estatal) es el titular de cierto derecho fundamental contra el Estado, este derecho tiene “efectos contra terceros” si y siempre que surta sus efectos jurídicos para otros sujetos privados. Puesto que el fenómeno refiere a los efectos jurídicos entre partes privadas en un plano horizontal (en contraposición al plano vertical entre el Estado y un sujeto privado), el mismo puede llamarse también “efecto horizontal” o “aplicación horizontal”.<sup>17</sup>

La doctrina anterior, ya ha sido incorporada jurisdiccionalmente por los tribunales federales. Al resolver el Amparo directo 48/2009 el tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito señaló lo siguiente:

La teoría alemana de la *Drittwirkung*, también llamada *Horizontalwirkung*, de los derechos fundamentales. Esta denominación se traduce como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tomando en consideración que el problema se plantea en cuanto a la eficacia de éstos en las relaciones horizontales, así llamadas a las relaciones en que no hay relación de poder, y entre las que estarían, en principio, las relaciones establecidas entre particulares, supuestamente iguales. La *Drittwirkung* se aborda desde la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya vigencia se proyectaba en las relaciones jurídicas dadas entre el individuo y el Estado. Los demás individuos, los llamados terceros, quedarían, en principio, al margen de esa relación jurídica específica. Sin embargo, las teorías contractualistas explican el origen de los derechos humanos en sentido opuesto, es decir, los derechos del hombre surgen como derecho en las relaciones entre privados, preexisten por tanto al Estado, el que nace para salvaguardar y garantizar estos derechos. Así, los derechos fundamentales se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y

---

<sup>17</sup> Borowski, Martin, *La Drittwirkung de los derechos fundamentales*, trad. Francisco M. Mora Sifuentes en *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Estudio introductorio y traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 347.

sólo derivativamente frente al Estado, por lo que los derechos naturales a la libertad, la seguridad, la propiedad, etc., son, en primer lugar, derechos frente a los presuntos "terceros", los particulares.<sup>18</sup>

Por lo que ahora la jurisdicción constitucional tiene una competencia bifuncional al proteger los derechos de las personas ante las autoridades estatales, pero ahora también frente a los propios particulares.

Regresando a la noción más básica acerca de una Constitución, la dimensión de la supremacía constitucional puede entenderse a partir ciertas clasificaciones con base en sus dos grandes apartados: las libertades reconocidas y la manera en que ordena la estructura del Estado. Al respecto, Vargas Lima señala que hay dos tipos de supremacía constitucional: la material y la formal. Por lo que hace a la primera, resulta del hecho de que ella organiza las competencias de los órganos del poder público, por lo cual, es superior a los individuos que están investidos de esas competencias, es decir, los gobernantes que actúan como titulares de los poderes constituidos.<sup>19</sup>

Por lo que hace a la supremacía constitucional en su sentido formal el autor citado señala lo siguiente:

Se deriva su carácter de rigidez, es decir, del hecho de ser fruto de una voluntad suprema, extraordinaria y directa como es el Poder Constituyente, quien expresa esa voluntad mediante procedimientos especiales de reforma, diferentes a los previstos para la ley ordinaria; por lo que, para modificar esas normas, se requiere igualmente de procedimientos especiales.<sup>20</sup>

Aharon Barak, resalta la importancia de la supremacía formal en los siguientes términos: "Sin una constitución formal, no existe un límite jurídico para la supremacía legislativa, y la supremacía de los derechos humanos puede existir solo por la gracia de los límites que la misma mayoría se impone".<sup>21</sup> De ahí que se pueda afirmar que, sobre los hombros de la jurisdicción constitucional, se encuentra la responsabilidad de mantener un orden jurídico<sup>22</sup> que no sea contrario a los derechos humanos reconocidos en la Constitución;

---

<sup>18</sup> Registro digital: 166676 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Novena Época Materia(s): Civil, común Tesis: I.3o.C.739 C Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, agosto de 2009, página 1597 Tipo: Aislada.

<sup>19</sup> Vargas Lima, Alan E. *La justicia constitucional en el Estado plurinacional. Bases del modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*. México, Porrúa, 2017, p.50

<sup>20</sup> Ibidem, p. 51

<sup>21</sup> Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. Estefanía Vela Barba, México, SCJN, 2008, p. 18

<sup>22</sup> Carla Huerta señala que el orden jurídico se refiere al conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado, por lo que el orden jurídico se refiere a las normas vigentes en ese

así como la salvaguarda de las competencias constitucionales para emitir actos de los demás poderes. En síntesis: hacer efectiva la democracia dentro un Estado.<sup>23</sup> Por lo anterior, el poder judicial no debe depositarse en una sola persona, ni compartir competencias con otros poderes,<sup>24</sup> pues sus decisiones serían cuestionadas por obvias razones; tal vez la idea de un juez *omniconsciente* y sabedor de las respuestas correctas a la luz de las teorías contemporáneas no es materialmente posible.

La importancia de las cortes constitucionales es tan grande, que son órganos colegiados conformados por un determinado número de personas, de probada experiencia y sobrado conocimiento de la ciencia jurídica cuya labor formal al interior de sus tribunales es debatir los proyectos de sentencia de sus pares; votar sobre un determinado sentido; emitir votos defendiendo sus posturas. Por lo anterior, bien pudiera aplicarse la frase de Dworkin respecto al desacuerdo sobre el derecho, en el que señala lo siguiente:

Es importante los distintos modos en que los jueces deciden sus casos, así como también lo que creen que es el derecho, y cuando no están de acuerdo con el mismo, es importante saber qué tipo de desacuerdo tienen. ¿Existe algún misterio sobre ello?<sup>25</sup>

Así, dentro de una Corte constitucional es necesaria la pluralidad de ideas, conceptos, posturas, doctrinas y teorías que enriquezcan el debate. Por lo que no sólo se trata de aplicar la ley -en el caso de la jurisdicción constitucional defender la Constitución-, puesto que esta se configura como el parámetro para el ejercicio deliberativo y, por ende, entre más discutido sea el problema, mayor luz dará la solución para la sociedad y para las autoridades.

La imagen del juez actual dista mucho de lo que fueron sus predecesores cuando aquellos únicamente fungían como “*La boca de la ley*” - célebre frase de Charles de Secondat “Barón de Montesquieu”- quien al referirse al Poder Judicial le asignó un rol secundario,

---

específico momento. Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones Relevantes*, México IJUNAM, 2013, p. 34.

<sup>23</sup> “Sobre todo, la democracia no puede existir sin la protección de los derechos humanos – derechos tan esenciales que deben ser protegidos del poder de la mayoría” Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. Estefanía Vela Barba, México, SCJN, 2008, p. 17.

<sup>24</sup> Siguiendo la interpretación del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: “Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.”

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2018, p. 16.

de simple aplicador de la ley,<sup>26</sup> es decir, al momento de resolver un caso concreto sólo debía realizar el silogismo de la subsunción. En otras palabras, ante un supuesto de hecho en un caso concreto, el juez se limita a aplicar la norma jurídica que reconoce el derecho para determinar las consecuencias contempladas en la misma ley.<sup>27</sup>

Al respecto Barak, señala que el enfoque de Montesquieu, según el cual el juez es simplemente la boca que repite las palabras de la ley, ya no se acepta, y los días del enfoque “mecánico” sobre el acto de juzgar se han ido.<sup>28</sup> De lo anterior, se puede decir que la judicatura constitucional lleva a cabo procesos cada vez más complejos para la resolución de problemas, por ejemplo: el balance, la ponderación y la proporcionalidad.

La historia de la humanidad nos ha dado la pauta para presenciar la evolución en la forma de actuar del poder judicial. La judicatura ha sido una constante en la protección de los derechos de las personas. Sin embargo, el evento que quizá haya influido más es el catastrófico episodio de la Segunda Guerra Mundial. A partir de ese evento, se reconfiguraron los Estados constitucionales<sup>29</sup> a partir de constituciones cuyo propósito es proteger la dignidad de las personas.<sup>30</sup> En otras palabras, se constitucionalizó el concepto de la dignidad humana; en consecuencia, se modificó el actuar del juez constitucional por un lado y por otro se acabaron con los regímenes totalitarios a través de la regulación de los poderes estatales. Fioravanti señala que por lo que se refiere a la Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como la italiana – 1948 –, que la Constitución era el símbolo mismo de la nueva sociedad, la vía para seguir para la reconstrucción posterior al Estado totalitario.<sup>31</sup> En donde prevalezcan las libertades y la autonomía de las personas para decidir el rumbo de sus vidas.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> El juez en el estado constitucional. Rev. Bol. Der. [online]. 2012, n.13 [citado 2023-08-24], pp.7-9. Disponible en: <https://shorturl.at/stxQR>.

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> Barak, Aharon, *Discrecionalidad judicial*, Perú, Palestra, 2021, p. 25.

<sup>29</sup> Un sector de la doctrina llama a este fenómeno: “Neoconstitucionalismo”. Algunos autores que asumen esta postura son: Alfonso García Figueroa y Santiago Sastre Ariza. “Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos” Trotta (2009) y “La ciencia del derecho entre positivismo y neoconstitucionalismo.” Tesis Doctoral (1998) Respectivamente. En Latinoamérica un estudioso de este tema es Rodolfo Luis Vigo, basta ver sus trabajos: *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo* editorial Porrúa 2013 y su artículo: *Constitución y Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones en Supremacía Constitucional* coord. Marcos del Rosario Rodríguez, editorial Porrúa, 2009.

<sup>30</sup> Por ejemplo, la ley de Bonn promulgada el 8 de mayo de 1949, establece en el artículo 1 que: “1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.”

<sup>31</sup> Fioravanti, Mauricio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela mora Castañeda y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014, p. 99.

<sup>32</sup> *Cfr. Barreto Nova, Oscar Guillermo, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, análisis y propuesta de concepto”, en Jurídica Ibero, Número 9 (julio-diciembre), 2020.*

Respecto de aquel pasaje, Barak apunta con razón; que una lección de la Segunda Guerra Mundial fue la necesidad de promulgar constituciones democráticas y garantizar su aplicación por jueces cuya principal tarea es proteger la democracia.<sup>33</sup> Por su parte, Gorki González señala que la génesis y el desarrollo del Estado moderno evocan la presencia del juez como uno de sus factores más determinantes<sup>34</sup> y en efecto, no se podría entender un Estado en donde las personas puedan ejercer sus libertades y ante la afectación o menoscabo de estas, la intervención del poder judicial.

Si se mira en perspectiva histórica y bajo ciertos contextos la judicatura se ha alzado en rebeldía contra regímenes autoritarios. Recordemos el caso en el que el juez Edward Coke se reveló ante el derecho divino y estableció a decir de algunos autores el primer antecedente del constitucionalismo moderno por intentar sujetar los actos del parlamento a principios rectores del *common law*.<sup>35</sup>

Como es sabido, el caso bandera respecto de la supremacía de la Constitución frente a leyes contrarias a aquella es la decisión del juez Marshall en *Marbury vs Madison*. Considerada una de las maniobras de jiu jitsu más famosas de la historia jurídica<sup>36</sup>. Sobre aquella decisión, se han escrito una gran cantidad de textos en diversos sentidos, señalando los pros y los contras de ese fallo.<sup>37</sup> Sin embargo, la idea que vale la pena resaltar es la acción del juez Marshall de inaplicar una ley que a su juicio era contraria a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Parafraseando a Randy E. Barnett y Blackman Josh,<sup>38</sup> Marshall le dio fuerza al tribunal constitucional para invalidar una ley.<sup>39</sup> En otras palabras, instauró la competencia de la Corte para dejar sin efectos aquellas leyes que entrasen en conflicto con la

---

<sup>33</sup> Barak, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional*, eds. Amaya Álvarez Marín y Joel I. Colón, Bogotá Universidad del Externado de Colombia, 2020, p.264.

<sup>34</sup> González Mancilla, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra, Lima, 2009, p. 33.

<sup>35</sup> Véase Velázquez Riso Ana María, *El caso Bonham. Supremacía constitucional*. En Revista de Derecho, Universidad del Norte, 11:137-140, 1999.

<sup>36</sup> Randy E. Barnett y Blackman Josh, *An introduction to constitutional law. 100 Supreme Court Cases Everyone Should Know, United States of America*, Wolters Kluwer, 2020, p. 10.

<sup>37</sup> Un análisis del caso *Marbury v. Madison* desde un punto de vista crítico e histórico puede verse en M. Bickel Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, trad. Mario A. Zamudio Vega, México, Fondo de Cultura Económica, 2020, pp. 17-44.

<sup>38</sup> Para ver un análisis de este caso desde la perspectiva de un juez del supremo de los Estados Unidos véase: Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 51-63.

<sup>39</sup> Randy E. Barnett y Blackman Josh, *An introduction to constitutional law*, op cit., p. 11 “Marshall asserted the power of the court to declare legislation unconstitutional. At the same time, he avoided the possibility that President Jefferson would ignore an adverse ruling by the Court: In the end, *Marbury’s* suit was dismissed for lack of jurisdiction.”

Constitución,<sup>40</sup> en un tiempo en donde hoy una de las Cortes Constitucionales más importantes del mundo era una institución débil, compuesta por un número muy pequeño de jueces.<sup>41</sup>

En el caso mexicano han existido casos emblemáticos. La primera sentencia de amparo pronunciada en 1847 por un juzgado de Distrito en San Luis Potosí, en contra de una orden de aprensión, cuyo promovente fue el periodista y editor de “El Monitor Republicano” Vicente García Torres en contra del general en jefe del ejército de Oriente, Antonio López de Santa Anna (1794-1876), quien había vulnerado así la libertad de imprenta en una etapa muy convulsionada debido a la invasión de Estados Unidos.<sup>42</sup>

Otro caso bandera es el del juez Vega<sup>43</sup> considerado el *Marbury vs Madison* mexicano, en el que en esencia se determinó que el amparo procedía en contra de determinaciones judiciales y no sólo administrativas; lo cual sentó las bases para el amparo tal como se concibe en nuestros tiempos.

De esta manera, se pudieran seguir enlistando casos de jueces disruptivos del sistema que sentaron las bases para la protección de los derechos humanos desde la jurisdicción constitucional.

## VI. (EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS) NO SIEMPRE LAS CORTES CONSTITUCIONALES TIENEN LA RAZÓN

---

La historia es rica en eventos. Podemos aprender de ella, en materia de derechos humanos nos ha dejado casos “vergonzosos” a la luz de nuestra época. Si ponemos la lupa, no todo ha sido miel sobre hojuelas en cuanto a la protección de los derechos humanos. Desde una perspectiva histórica, la actuación de la judicatura constitucional ha tenido pasajes oscuros, a continuación, un ejemplo en los Estados Unidos y uno más en el Estado mexicano.

En 1857 la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió el llamado caso *Dred Scott*. En este asunto la Corte Estadounidense sentenció que una persona que había sido esclava

---

<sup>40</sup> Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia*, op cit., p. 51.

<sup>41</sup> *Ídem*, p. 51.

<sup>42</sup> Palomino Manchego, José F. *La primera sentencia de amparo en México (Un antecedente de historia constitucional)* en Derecho procesal constitucional en perspectiva historia. A 200 años del Tribunal e Ario Rosales Tomo II Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al, México, UNAM.IIJUNAM- Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, pp. 105-106.

<sup>43</sup> Para ver una historia completa del caso véase *El caso del Juez Vega en Poderes en conflicto*, SCJN, México, 2001, pp. 58-71.

no era un ciudadano con derecho a ser escuchado en un tribunal federal.<sup>44</sup> Lo anterior tiene impacto directo en el valor de la igualdad y en el derecho a la no discriminación. Miguel Carbonell califica a este caso como el más infame en la historia constitucional de los Estados Unidos,<sup>45</sup> ya que apunta a que el caso mirado desde el siglo XXI, consiste en recordarnos que ese velo de normalidad que pretendemos tirar sobre las discriminaciones que siguen existiendo no se podrá sostener por siempre.<sup>46</sup>

En México, un episodio gris para la protección de los derechos humanos fue la sentencia del denominado “Poeta maldito” en el que la Corte acoto la libertad de expresión. Dicho asunto tiene su raíz en la acusación de un poeta por el delito de “ultrajes a la bandera”, seguidos todos los tramites procesales, el asunto llegó hasta la SCJN la cual determino si el artículo 191 del Código Penal Federal era inconstitucional a partir del derecho a la libertad de expresión. La conclusión a la que llegó el tribunal constitucional fue que no era inconstitucional y el poeta termino pagando una multa de 50 pesos y recibió una amonestación pública. Aquí vale la pena rescatar las consideraciones del voto de minoría escrito por los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza respecto al caso del “poeta maldito”:

Nuestra misión era garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y emitir una resolución que hiciera posible lo que nuestra Constitución establece: otorgar plena vigencia a los derechos civiles de los ciudadanos, elemento sobre el cual se apoya la construcción de la democracia. Ello nos obliga a otorgar la protección de la justicia federal, como medida imprescindible para salvaguardar el núcleo de su derecho a expresarse libremente en nuestro país y a difundir las propias ideas mediante la publicación de escritos.<sup>47</sup>

Los casos anteriores, sirven para ilustrar que la jurisdicción constitucional, también suele equivocarse cuando de derechos humanos se trata. No obstante, afortunadamente han sido más los casos en donde se protegen los derechos fundamentales. Sea cual sea la decisión, la jurisdicción constitucional debe de actuar a partir de ciertos principios que le permitan resolver con plenitud. En los apartados siguientes se esbozarán algunas ideas acerca de estos principios.

---

<sup>44</sup> Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. op cit., p. 77.*

<sup>45</sup> Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2015, p. 231.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>47</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019, p. 108.

## VII. PRINCIPIOS QUE LEGITIMAN LA ACTIVIDAD DE LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL

---

Las sentencias de las cortes constitucionales no deben de ser aclamadas socialmente. Lo anterior, implicaría que se emiten para complacer mayorías, ni para perjudicar minorías. Los diversos grupos al interior de la sociedad no son porras o “hinchadas” de la judicatura constitucional para animarla a decidir en tal o cual sentido. La validez de las sentencias es estar apegadas a la Constitución en consecuencia deben de ser obedecidas.

La obediencia a las sentencias constitucionales debe de acatarse desde luego por las autoridades estatales. Esto incluye al Poder Legislativo. Por ejemplo, en las declaraciones generales de inconstitucionalidad. El Poder Ejecutivo, de igual forma, debe de acatar las sentencias que le condenen a realizar o abstenerse de realizar una acción. Por último, el Poder Judicial no escapa de las sentencias constitucionales cuando se modifican sus fallos por una autoridad judicial superior.

En la medida en que la ciudadanía asuma el cumplimiento de las sentencias emitidas por una corte constitucional o suprema, dará muestra de una cultura constitucional. La idea anterior, es concordante con lo que señala Francesco Viola, cuando señala que el derecho es una actividad que guía la conducta humana.<sup>48</sup>

El derecho no está orientado a ordenar la sociedad en cualquier modo, sino busca hacerlo de un modo específico, mediante la coordinación de las acciones de los agentes racionales, que en cuanto tales tienen necesidad de razones racionales, que en cuanto tales tienen necesidad de razones para actuar en la vida social. “Guiar una acción” se refiere no solo al modo en el cual la autoridad dirige las acciones de aquellos que están sometidos a esta, sino también al modo en el cual estos se gobiernan así mismos.<sup>49</sup>

Una sociedad que aspire a hacer valer el Estado constitucional debe de llegar al nivel de respetar las decisiones de la corte constitucional, en el sentido que este sea. El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos (SCOTUS) Stephen Breyer, da muestra de la idea anterior.

Finalmente, los funcionarios y el pueblo estadounidense han terminado por considerar como legítimas, no solo las decisiones de la Corte, sino sus

---

<sup>48</sup> Viola Francesco, *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Perú, Palestra, 2017, p. 102.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 104.



interpretaciones de la Constitución. Es decir, el pueblo estadounidense ha adquirido la costumbre de acatar las interpretaciones constitucionales de la Corte, incluso aquellas con las que disiente. Hoy en día esa actitud de reverencia hacia las resoluciones de la Corte es tan normal como respirar.<sup>50</sup>

En otras palabras, las sentencias deben de ser respetadas por la sociedad, lo anterior no implica que no sean: analizadas, estudiadas, debatidas, criticadas, divulgadas; pues como señala Paul W. Khan, las sentencias ocupan un lugar especial. Solo aquí el derecho conecta las órdenes y las explicaciones.<sup>51</sup> Para que las actuaciones de los jueces, -se hace en énfasis en la categoría de jueces constitucionales- estén revestidas de legitimidad constitucional deben de estar protegidas de algunos elementos o también llamados principios, a los que me referiré a continuación.

## VIII. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

---

Sobre este concepto, Barak ha desarrollado un cumulo de ideas. La discrecionalidad judicial es el poder otorgado a una persona con autoridad para elegir entre dos o más alternativas, cuando una de ellas es lícita.<sup>52</sup> Lo cual significa, el poder que el Derecho le da a los jueces para elegir entre varias alternativas, cada una de las cuales es lícita.<sup>53</sup> Se estima que este principio tiene relación especial con la actividad de la interpretación que hacen la jurisdicción constitucional, esto se da de la siguiente forma. Piénsese en el artículo 1º de la Constitución mexicana, entre todo el universo que contiene en materia de protección de los derechos de las personas el segundo párrafo señala:

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.<sup>54</sup>

Si la jurisdicción constitucional debe de interpretar el contenido de un derecho constitucional a partir de los diversos métodos que la ciencia jurídica contempla, se encuentra ante un escenario en donde todas las alternativas son válidas. Por ende, la

---

<sup>50</sup> Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia*, op cit. p. 129.

<sup>51</sup> W. Khan, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Trad. Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes-Universidad de Palermo-IIJUNAM, 2019, p. 57.

<sup>52</sup> Barak, Aharon, *Discrecionalidad judicial* cit... p. 28.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>54</sup> Artículo primero, segundo párrafo Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

jurisdicción constitucional hace uso de su discrecionalidad judicial para interpretar conforme a la Constitución.

Lo anterior es conforme a la definición proporcionada por Barak puesto que la Constitución faculta a todas las autoridades, -incluida por supuesto la jurisdicción constitucional- a interpretar conforme ella usando los diversos métodos puestos a su disposición para resolver el caso.

La discrecionalidad judicial se erige como un principio indispensable para la actividad de la jurisdicción constitucional, pues le permite un abanico de posibilidades para su actividad lo que permite abonar a su independencia pues de nada sirve a la protección de los derechos humanos maniatar a la jurisdicción constitucional a resolver sobre una única forma o método.

## IX. INDEPENDENCIA JUDICIAL

---

En otro trabajo me he referido a la independencia judicial como una “meta garantía de los derechos fundamentales”.<sup>55</sup> Lo anterior debido a que los jueces al emitir sus sentencias y votos en un marco de libertad sin favoritismos hacia otro poder, respetando y protegiendo en todo momento a la Constitución, lo que estaría garantizando un piso mínimo de tutela a los derechos humanos de las personas -lo cual podría maximizarse a partir de los principios de interpretación conforme, pro persona y con el control de convencionalidad-. Esto se puede entender como una independencia externa, pues el juzgador está siendo frente a los otros poderes, haciendo las veces de contrapeso, con esto no se quiere decir que en todas las ocasiones en que tenga que decidir acerca del actuar de una autoridad estatal tenga que resolver en contra de ella, es evidente que dependerá de los hechos del caso.

Por independencia interna, se puede entender aquella convicción personal, que tiene cada persona juzgadora al definir su postura en cada caso que se somete a la jurisdicción constitucional, esto incluye sus argumentos y la interpretación que realice de la Constitución. Ejemplo de este tipo de independencia es el razonamiento del ministro

---

<sup>55</sup> Véase: Barreto Nova, Oscar Guillermo, *La independencia judicial, como meta garantía de los derechos fundamentales*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 47, México, 2019.

en retiro Cossío Díaz en su voto particular al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011,<sup>56</sup> del cual vale la pena resaltar las siguientes ideas.

[...] a mi juicio hay decisiones, en este caso constitucionales, que no pueden tener al consenso como única razón de ser. En una diversidad de temas es plausible tratar de construir consensos en la Suprema Corte, pero considero que hay decisiones en las que la convicción sobre la interpretación que debe darse a la Constitución no puede ceder [...]<sup>57</sup>

[...] al asumir el cargo de ministro de la Suprema Corte protesté guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen [...]<sup>58</sup>

Lo anterior, se dio en el contexto del debate previo a la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, en donde el Pleno de la SCJN llegó a un consenso para resolver ese asunto. El ministro Cossío fue el único que voto en contra del proyecto. La segunda idea, respecto al juramento a la Constitución, también fue expresada por el juez Marshall.

Con todo, Marshall continuaba diciendo que, conforme al artículo VI de la Constitución, los jueces están “obligados, por juramento, a respetar y hacer respetar esta Constitución”. ¿No será inmoral imponerles ese juramento, mientras que, al mismo tiempo, se espera de ellos que, al confirmar leyes que consideran contrarias a la Constitución, violen lo que juraron respetar y hacer respetar?<sup>59</sup>

Se puede cerrar este apartado, diciendo que el juez al momento de emitir su sentencia debe de hacer “oídos sordos” a cuestiones mediáticas que puedan afectar su razonamiento. Pues previamente, tuvo la oportunidad de escuchar a las partes, es decir: ya se ha llevado a cabo la garantía de audiencia, esto al menos en la independencia judicial externa.

Por lo que hace a la independencia judicial interna, el juez escucha a sus pares bajo los intensos debates que se puedan dar. No obstante, nada le obliga a ceder en sus convicciones, porque a lo único a lo que se debe es a su compromiso con la Constitución partir de su filosofía judicial, tal como lo señaló el ministro Cossío Díaz.<sup>60</sup>

Respecto de la filosofía judicial, Barak señala que esta, es empleada cuando un juez tiene que resolver casos difíciles:

---

<sup>56</sup> El voto en su integridad se puede consultar en el siguiente enlace: [https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2011/4/2\\_129659\\_1501.doc](https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2011/4/2_129659_1501.doc)

<sup>57</sup> Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Contradicción de Tesis 293/2011, p. 2.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p 4.

<sup>59</sup> M. Bickel Alexander, *La rama menos peligrosa, op cit.*, p. 23

<sup>60</sup> Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019, p. 41.

El juez debe de actuar con objetividad, pero no tiene más remedio que decidir sobre la base de su experiencia personal y su cosmovisión como juez (...) en los casos difíciles es la filosofía judicial del juez, producto de su experiencia y de su cosmovisión la que determina su elección (...) A veces no tiene que recurrir a ella, ya que los estándares objetivos conducen a la solución del problema al que se enfrenta. Sin embargo, otras veces, en los casos difíciles, el juez -solo consigo mismo y su cosmovisión- tomará una posición y decidirá el caso de acuerdo con ella.<sup>61</sup>

La filosofía judicial no se desarrolla sola, pues como señala Barak, es producto de la experiencia que las y los jueces han obtenido al recorrer el camino que los ha colocado en el sillón de jurisdicción constitucional.

## X. IMPARCIALIDAD JUDICIAL

---

El juez debe tratar a las partes por igual, brindándoles igualdad de oportunidades durante el juicio. No debe de tener ningún interés personal, por remoto que sea en el resultado del caso.<sup>62</sup> La imparcialidad significa que el juez trata a las partes de forma igualitaria, dándoles la misma oportunidad para plantear sus casos y se ve que lo que hace de esta forma.<sup>63</sup>

Sobre este principio en el caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela*<sup>64</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló sobre el derecho que tienen las personas para ser juzgadas por un tribunal imparcial.

La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Barak, Aharon, *Discrecionalidad judicial*, Perú, Palestra, 2021, p. 15.

<sup>62</sup> Barak, Aharon, *Discrecionalidad judicial*, *cit.*... pp. 48-49.

<sup>63</sup> Barak Aharon, *Un juez reflexiona*, *cit.*... p. 41.

<sup>64</sup> Sentencia De 17 de noviembre De 2009 (Fondo, Reparaciones Y Costas)

<sup>65</sup> *Ídem*, párrafo 98.

La Corte Interamericana nos habla de que la jurisdicción constitucional debe de carecer de subjetividad al resolver los asuntos que se le planteen, en consecuencia, debe de actuar objetivamente; lo anterior, significa que la objetividad conlleva grandes exigencias, requiriendo del Juez que se abstenga moralmente. El juez de estar consciente que tienen valores que carecen de aceptación general.<sup>66</sup> Barak recapitula lo que implica la objetividad en las siguientes líneas.

El requerimiento de la objetividad impone una gran carga sobre el juez. Debe ser capaz de distinguir entre sus deseos personales y lo que es aceptado generalmente en la sociedad. Debe erigir una participación clara entre sus creencias como un individuo y sus visiones como Juez. Debe ser capaz de reconocer que sus visiones personales pueden no ser generalmente aceptadas por el público. Debe distinguir cuidadosamente su propio credo del de la nación. Debe de ser crítico consigo mismo y restringirse respecto de sus creencias. Debe respetar las cadenas que lo limitan como juez.<sup>67</sup>

Recogiendo las ideas anteriores, la jurisdicción constitucional, no debe de permitir que sus intereses, creencias, ideales le nublen la visión a la hora de juzgar, pues su actuar se debe únicamente a lo establecido por la Constitución. Debe de actuar objetivamente, guardando el debido proceso para todas las partes que intervienen en el proceso, sin predisponer sentimientos ni ideologías (políticas y religiosas), pues la vida, el patrimonio y la libertad de las personas se encuentran en la manera que va a resolver. Los jueces son guiados por una estrella polar: los valores fundamentales y los principios de la democracia.<sup>68</sup>

## **XI. EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS<sup>69</sup>**

---

La dignidad es un concepto ambivalente. Se puede entender desde la axiología jurídica (como valor) o bien desde la teoría de los derechos humanos (como un derecho). Su interpretación ha sido abordada desde muchos campos, sea desde la teología, la filosofía moral y por supuesto el derecho, en concreto, desde el campo de los Derechos Humanos.

---

<sup>66</sup> Barak Aharon, *Un juez reflexiona*, cit... p. 43.

<sup>67</sup> *Ídem*.

<sup>68</sup> Barak, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales...* cit p. 259.

<sup>69</sup> Este apartado recoge en su mayoría el texto de mi autoría publicado en el blog de la revista Derecho del Estado, disponible en: Oscar Guillermo Barreto Nova, "Human dignity: What is its role into the Mexican legal system?" in Blog Revista Derecho del Estado, July 14, 2023. Disponible en: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2023/07/14/human-dignity-what-is-its-role-into-the-mexican-legal-system/>

A pesar de lo anterior, un común denominador cuando se aborda el concepto de la dignidad es que esta es inherente a todas las personas- quizá aprovechando la idea Kantiana del imperativo categórico, que considera a las personas siempre como fines y no como medios-.<sup>70</sup> Aunque esto pudiera ser una cuestión inobjetable, Barak ha apuntado a la subjetividad del concepto en virtud de elementos sociales, culturales, políticos entre otros.

Aunado a lo anterior, la dignidad humana es un concepto que se ha interpretado de diferentes maneras a lo largo de los años. Desde Giovanni Pico della Mirandola y su Oratio de hominis dignitate (Discurso sobre la dignidad del hombre), pasando por Emmanuelle Kant y su imperativo categórico, hasta -en tiempos recientes- el libro “Sobre la dignidad humana”, de Manuel Atienza. Pero la obra más completa para el análisis de nuestro tema podría ser: la dignidad humana de Aharon Barak. Por supuesto, esto no quiere decir que estos sean los únicos autores, pero sí que se encuentran entre los más representativos, y muestran cómo la dignidad humana -o dignidad-, puede ser estudiada desde la perspectiva de diferentes campos: la filosofía, la religión, y -en este caso- el derecho. A efectos del estudio de la Constitución, la perspectiva jurídica será la más relevante.

Ahora bien, cuando Aharon Barak dice que la dignidad humana es una característica central de las constituciones modernas y los documentos internacionales en materia de derechos humanos, tiene razón. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la dignidad humana no es un concepto explícito en la Constitución? ¿Debemos entender que está presente si los derechos humanos están incluidos en el texto constitucional? En este sentido, si aceptamos que la dignidad humana es el núcleo de los derechos humanos - como la libertad y la igualdad-, debemos aceptar que la dignidad humana está implícita, siempre que el texto constitucional incluya una carta de derechos humanos, por supuesto.

Por otra parte, en algunos textos constitucionales de todo el mundo se invoca explícitamente la dignidad humana, como en el artículo 1 de la Constitución de Alemania, el artículo 9.3 de la Constitución de Bután, el artículo 1 de la Constitución de Brasil y los artículos 21.2, 22 y 73.1 de la Constitución de Bolivia.

En el caso mexicano, la dignidad humana se menciona el artículo 1, párrafo 5 -donde se relaciona con el derecho a no ser discriminado-; en el artículo 2o. A. II -sobre el derecho

---

<sup>70</sup> Para una explicación sencilla sobre la dignidad desde la filosofía moral, ver: Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, De Bolsillo, 2017, pp. 137-143 y Rachels, James, Introducción a la filosofía moral, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 209-224.

indígena al autogobierno-; y en el artículo 3. II. C -en relación con el derecho a la educación-. El texto constitucional también incluye la palabra dignidad en el artículo 25 -sobre desarrollo nacional y libre mercado-.

Con base en las ideas anteriores, los jueces deben de tomar como un principio también al momento de emitir sus decisiones el reconocimiento de la dignidad humana a todas las personas, lo cual significa darle una humanización al derecho vigente, pues el derecho no solo se trata de palabras sin que implica también proyectos de vida de las personas.

## XII. CONCLUSIONES

---

La amenaza a los derechos fundamentales ha sido un hecho que ha sido una constante en la historia. Para contrarrestar esta amenaza es necesario, en primer lugar, un equilibrio entre los poderes del Estado y además que el Poder Judicial sirva como contrapeso para sujetar los actos de autoridad a la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad para asegurar que no exista un orden jurídico contrario a los derechos humanos.

Para lograr lo anterior, se necesita una jurisdicción constitucional fuerte, independiente e imparcial que tenga únicamente como guía para su actuar la Constitución. El presente trabajo se configuró como una breve introducción a los principios con los que la jurisdicción constitucional debe de operar; si es que aspiramos a mantener un Estado de Derecho en donde todas y todos disfrutemos de nuestros derechos respetando los demás.

Como se pudo ver, existe una interrelación de principios para la actuación de la jurisdicción constitucional. No puede existir independencia sin imparcialidad y esta, a su vez, sin discrecionalidad.

La arista en donde se tocan los principios de la actuación de la jurisdicción constitucional es el reconocimiento de la dignidad humana por parte de esta, pues como se sabe, esta actúa como cierre del sistema. De ahí la importancia que sus acciones sean sujetas a estos principios, porque de ella -la jurisdicción constitucional-, dependen los derechos de las personas.

### XIII. FUENTES CONSULTADAS

---

#### *Bibliografía*

- ARAGÓN, Manuel, *La constitución como paradigma* en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000.
- BARAK, Aharon, La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional, eds. Amaya Álvarez Marín y Joel I. Colón, Bogotá Universidad del Externado de Colombia, 2020.
- \_\_\_\_\_, Aharon, Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia, trad. Estefanía Vela Barba, México, SCJN, 2008.
- \_\_\_\_\_, Aharon, Discrecionalidad judicial, Perú, Palestra, 2021.
- BARRETO NOVA, Oscar Guillermo, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, análisis y propuesta de concepto”, en *Jurídica Ibero*, Número 9 (julio-diciembre), 2020.
- \_\_\_\_\_, Oscar Guillermo, *La independencia judicial, como meta garantía de los derechos fundamentales*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 47, México.
- BARROSO, Luis Roberto, *La razón sin voto. La función representativa y mayoritaria de las Cortes Constitucionales*, en: *Constitucionalismo progresista: Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, coords. Roberto Gargarella y Roberto Niembro Ortega, México 2016.
- BOROWSKI Martin, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Estudio introductorio y traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, México, Tirant lo Blanch, 2022.
- BREYER, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2018.
- FIORAVANTI, Mauricio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela mora Castañeda y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.



- GIL CARREÓN GALLEGOS, Ramón y MONTOYA ZAMORA, Raúl, El tránsito conceptual del derecho y los derechos humanos en México, reflexiones sobre la norma fundamental de Kelsen, la regla de reconocimiento de Hart y la validez en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli, en *Derechos Humanos y democracia en el siglo XXI. Problemas y propuestas* Gabriela Guadalupe Valles Santillán et al, coords. México, Tirant Lo Blanch, 2022.
- GONZALEZ MANCILLA, Gorki, *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra, Lima, 2009.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *La justicia federal al final del milenio*, Colección “Reforma Judicial”, núm. 2, México Suprema Corte de justicia de la Nación, 2001.
- GUASTINI Riccardo, *La constitución como limite a la legislación*, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones Relevantes*, México IJJUNAM, 2013.
- LUCIO PEGORARO y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. Profesores y jueces. Influidos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica, México, SCJN, 2016.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. *La primera sentencia de amparo en México (Un antecedente de historia constitucional)* en Derecho procesal constitucional en perspectiva historia. A 200 años del Tribunal e Ario Rosales Tomo II Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al*, México, UNAM.IIJUNAM- Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018.
- RANDY E. Barnet y BLACKMAN Josh, *An introduction to constitutional law. 100 Supreme Court Cases Everyone Should Know*, United States of America, Wolters Kluwer, 2020.
- RODRIGUEZ LOZANO, Amador, *Las controversias constitucionales y la construcción del nuevo federalismo*, en La actualidad de la defensa de la Constitución, Memoria del Coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano. SCJN.UNAM 1997.

- ROZNAI, Yaniv, Reformas constitucionales inconstitucionales: Los límites al poder de la reforma, trad. Vicente F. Nenitez, et al, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2020.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La Constitución como fuente de derecho*, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, compilador Miguel Carbonell, México Porrúa, 2000.
- VARGAS LIMA, Alan E. *La justicia constitucional en el Estado plurinacional. Bases del modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*. México, Porrúa, 2017.
- VELÁZQUEZ RISO, Ana María, *El caso Bonham. Supremacía constitucional*. En Revista de Derecho, Universidad del Norte, 11:137-140, 1999.
- VIOLA Francesco, *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Perú, Palestra 2017.
- W. KHAN, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Trad. Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes-Universidad de Palermo-IIJUNAM, 2019.

*Sitios de internet*

- El juez en el estado constitucional. Rev. Bol. Der. [online]. 2012, n.13 [citado 2023-08-24], pp.7-9. Disponible en:  
[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572012000100001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000100001&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 2070-8157.
- Oscar Guillermo Barreto Nova, “Human dignity: What is it’s role into the Mexican legal system?” in Blog Revista Derecho del Estado, July 14, 2023. Available in:  
<https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2023/07/14/human-dignity-what-is-its-role-into-the-mexican-legal-system/>

*Normatividad*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Tesis**

Tesis: (X Región) 1o.1 CS (10a.)

Tesis: I.3o.C.739 C

**Votos**

Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Contradicción de Tesis 293/2011.

**Sentencias internacionales**

BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)



ARTÍCULO

 OPEN ACCESS

# Repensando el Control Difuso de Convencionalidad en el Contexto del Derecho Administrativo Sancionador

*Rethinking the Diffuse Control of Conventionality in the Framework of Administrative Sanctioning Law*

Alejandro Vilchis Robles

 0009-0002-9781-0677

Recibido: 31 de octubre 2023.

Aceptado: 27 de noviembre 2023.

**Sumario.** I. Nota introductoria. II. Control difuso de convencionalidad: contexto y aplicación. III. Derecho administrativo sancionador: notas distintivas. IV. El control de convencionalidad como límite al derecho administrativo sancionador. V. El margen de apreciación nacional: ¿un mecanismo de armonización? VI. Un caso de [in]convencionalidad en materia administrativa sancionadora. VII. Conclusiones. VIII.

Fuentes consultadas



# Repensando el Control Difuso de Convencionalidad en el Contexto del Derecho Administrativo Sancionador

*Rethinking the Diffuse Control of Conventionality in the Framework of Administrative Sanctioning Law*

Alejandro Vilchis Robles\*

**Resumen.** El control de convencionalidad impone a los Estados la obligación de armonizar o compatibilizar su ordenamiento jurídico interno y sus prácticas estatales a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este control puede ser de dos tipos: concentrado y difuso. El primero está a cargo de la citada corte supranacional. El segundo es de aplicación obligatoria para las autoridades del Estado mexicano que ejercen funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional. Por otro lado, el derecho administrativo sancionador se traduce en una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, quien tiene la facultad de imponer sanciones administrativas cuando las y los particulares o entes incurren en una falta administrativa previamente establecida en una ley. En ese contexto, desde un enfoque propositivo, este trabajo tiene el objetivo de analizar la forma en que el control de convencionalidad debe permear en el ámbito del derecho administrativo sancionador, con la finalidad de adecuar las leyes y procedimientos administrativos a los estándares interamericanos de Derechos Humanos, con especial énfasis en las garantías judiciales y el debido proceso legal. Desde esta perspectiva, exploramos la viabilidad de emplear la doctrina del margen de apreciación nacional como un mecanismo para internacionalizar el derecho administrativo sancionador. En este análisis, se cita un caso específico de inconvencionalidad por omisión en un procedimiento sancionador electoral, con el propósito de ilustrar la imperiosa necesidad de reconsiderar el control difuso de convencionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

**Palabras Clave:** Control de convencionalidad, Derecho administrativo sancionador, Margen de apreciación nacional, Derechos Humanos.

---

\* Instituto Nacional de Ciencias Penales - Poder Judicial de la Federación Email: [avr232020@gmail.com](mailto:avr232020@gmail.com).

**Abstract.** Conventionality control imposes on the States the obligation to harmonize or reconcile their domestic legal system and state practices with the provisions of the inter-American *corpus iuris* and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. This control can take two forms: concentrated and diffuse. The former is the responsibility of the supranational court. The latter is mandatory for the authorities of the Mexican state exercising functions of a materially jurisdictional nature. On the other hand, sanctioning administrative law translates into a manifestation of the State's exercise of *ius puniendi*, granting the authority to impose administrative sanctions when individuals or entities commit an administrative offense previously established by law. In this context, from a proactive standpoint, this work aims to analyze how conventionality control should permeate the field of sanctioning administrative law, with the goal of aligning administrative laws and procedures with inter-American standards of Human Rights, with a particular focus on judicial guarantees and due process of law. From this perspective, we explore the feasibility of using the doctrine of the margin of national appreciation as a mechanism to internationalize sanctioning administrative law. In this analysis, a specific case of unconventionality due to omission in an electoral sanctioning procedure is cited, with the purpose of illustrating the compelling need to reconsider diffuse conventionality control in the realm of sanctioning administrative law.

**Keywords:** Conventionality Control, Administrative Sanction Law, Margin of National Appreciation, Human Rights.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

---

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos creado en el seno de la Organización de los Estados Americanos es el mecanismo más influyente en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos en la región. Su actuación se extiende a poco más de 500 millones de personas que habitan el continente americano.<sup>1</sup> Este sistema cuenta con dos órganos de control para la protección de las prerrogativas fundamentales, por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). La finalidad esencial de estos órganos radica en hacer efectivas las disposiciones de la Convención Americana

---

<sup>1</sup> IBÁÑEZ, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 33.

sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José (en adelante CADH) y otros instrumentos interamericanos.<sup>2</sup>

La Corte IDH básicamente ejerce tres funciones: (i) contenciosa, (ii) la facultad de dictar medidas provisionales, y (iii) la consultiva. Su función principal es la primera, porque a través de ella el tribunal interamericano resuelve casos relacionados con la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH y, con ello, determina si los Estados-parte —que hubieren suscrito la CADH y reconocido la jurisdicción de la Corte IDH— han incurrido en responsabilidad internacional por violación a los Derechos Humanos previstos en el «*corpus iuris* interamericano»,<sup>3</sup> al tiempo que dispone las medidas necesarias para reparar la vulneración de estos derechos. Cabe destacar que las consideraciones que conforman las sentencias de la Corte IDH constituyen jurisprudencia interamericana y, por ende, gozan de fuerza vinculante para los Estados-parte.<sup>4</sup>

Con motivo de la jurisprudencia de la Corte IDH surge el denominado «control difuso de convencionalidad», que impone a los Estados —en un sentido amplio— la obligación de armonizar su ordenamiento jurídico interno y sus prácticas estatales a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH. El Estado mexicano adoptó la doctrina del control de convencionalidad con motivo de tres sucesos relevantes: la sentencia del caso Radilla Pacheco vs México; la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en el expediente varios 912/2010; y la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 10 de junio de 2011.

De acuerdo con el modelo difuso de convencionalidad, las autoridades del Estado mexicano —que realizan funciones materialmente jurisdiccionales—, sin importar su

---

<sup>2</sup> Estos instrumentos normativos son: a) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); b) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; c) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; d) Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; e) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); f) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; g) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; h) Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y i) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

<sup>3</sup> Se denomina así a la CADH y los demás tratados interamericanos.

<sup>4</sup> De acuerdo con el profesor Remotti Carbonell “el efecto directo de las sentencias de la Corte puede alcanzar, según sea el caso, a declarar la contravención con las disposiciones de la Convención de determinadas actuaciones o prácticas administrativas, de resoluciones o procedimientos judiciales o jurisdiccionales (tribunales constitucionales), o de normas jurídicas incluyendo legislativas”. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 262.

jerarquía o ámbito competencial, están obligadas a desplegar el control convencional al advertir leyes y prácticas estatales contrarias a los *estándares interamericanos*, con la finalidad de lograr su compatibilidad y, con ello, el respeto a los Derechos Humanos de las personas.

El objetivo central de este texto es analizar, desde un enfoque propositivo, la forma en que el control de convencionalidad debe permear en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Lo que se traduce en una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, quien tiene la facultad de imponer sanciones administrativas cuando las y los particulares o entes incurrir en una falta administrativa previamente establecida en una ley.

Dentro de sus notas esenciales, el derecho administrativo sancionador toma en préstamo algunos principios y figuras del derecho penal, y los incorpora como ejes rectores, siempre que sean compatibles con su naturaleza. En ese contexto, estaremos frente a un procedimiento sancionatorio cuando el Estado refleje su intención de castigar por la comisión de ilícitos administrativos que, en mayor o menor medida, afecten bienes jurídicos que son importantes para que el Estado salvaguarde el orden público y el interés general.

En una primera aproximación podemos establecer que el control difuso de convencionalidad, aplicado al derecho administrativo sancionador, puede operar en términos de límite o de armonización. De una u otra forma, la finalidad última del control de convencionalidad es respetar, garantizar y hacer efectivos los Derechos Humanos contenidos en el *corpus iuris* interamericano, y en el ámbito administrativo sancionatorio, el ejercicio del control puede ser relevante para garantizar que en las leyes y en los procedimientos correspondientes se cumplan las garantías judiciales y el debido proceso legal.

Para abordar este tema emplearemos la siguiente metodología: en primer lugar, analizaremos las notas características del control difuso de convencionalidad y del derecho administrativo sancionador; en segundo lugar, examinaremos cómo el control de convencionalidad puede operar en términos de límite y de armonización en el ámbito de los procedimientos sancionadores, en este punto abordaremos, además, la doctrina del margen de apreciación nacional; por último, expondremos el caso de una ley que presenta vicios de inconventionalidad, con la finalidad de ilustrar por qué es necesario que las leyes y procedimientos sancionatorios se adecuen a las disposiciones de la CADH y a la jurisprudencia interamericana.



## II. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD: CONTEXTO Y APLICACIÓN

---

La doctrina del control de convencionalidad nace a partir de dos precedentes de la Corte IDH. El primero surgió en 2003 y se trata del voto concurrente razonado que el juez Sergio García Ramírez formuló en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, en donde se empleó por primera vez el término «control de convencionalidad». El segundo antecedente y el más importante surge en 2006, se trata del caso *Almonacid Arellano vs Chile*. Es el primer caso contencioso en el que la Corte IDH estableció la obligación de ejercer “un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que [se] aplican en los casos concretos y la CADH”.<sup>5</sup> Es así como la Corte IDH incorpora a su doctrina jurisprudencial el control de convencionalidad.

Este control implica verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH y a los estándares interpretativos forjados por la Corte IDH,<sup>6</sup> o dicho en términos simples: compatibilizar el orden jurídico y demás prácticas nacionales con los estándares interamericanos.

La aplicación del control de convencionalidad materializa el diálogo entre las cortes nacionales —y sus respectivos operadores de justicia—, por un lado, y la Corte IDH, por el otro. Las y los operadores de justicia miran hacia el sistema interamericano con la finalidad de verificar la conformidad de las normas y prácticas internas con la CADH y la interpretación que de la misma realiza la Corte IDH.<sup>7</sup> El control de convencionalidad busca consolidar el *ius constitutionale commune* latinoamericano, al operar como una institución tendente a fortalecer el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados-parte y la Corte IDH.<sup>8</sup>

El control convencional —al igual que el de constitucionalidad— puede ser de dos tipos: «concentrado» y «difuso». Ambos modelos emergen de la doctrina del control

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>6</sup> BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017, p. 311.

<sup>7</sup> IBÁÑEZ, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, op. cit., p. 96.

<sup>8</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la corte interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos*, México, Instituto Max Planck, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019, p. 639.

jurisdiccional de constitucionalidad y se refieren básicamente a la intensidad del control de las leyes en función de los órganos facultados para ello. De forma tal que, en el esquema concentrado de constitucionalidad —también denominado modelo europeo—,<sup>9</sup> se centraliza el control en un único órgano que, por lo general, está fuera del Poder Judicial y que tiene la facultad de expulsar (invalidar) las normas con efectos generales (*erga omnes*).<sup>10</sup> En términos prácticos: un órgano o tribunal especializado está habilitado para juzgar la legitimidad constitucional de normas jurídicas. En cambio, en el control difuso de constitucionalidad, las y los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto (pero con efectos *inter partes*)<sup>11</sup> cuando aprecian que es contraria a la norma suprema, o dicho en otros términos: “el juez está autorizado para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las leyes, con ocasión de cualquier controversia que sea sometida a su consideración”.<sup>12</sup> Esto implica, en sentido figurado, que en este modelo todas las personas juzgadoras nacionales son juezas y jueces constitucionales.<sup>13</sup>

Trasladadas estas consideraciones a la doctrina del control de convencionalidad, tenemos que los modelos concentrado y difuso<sup>14</sup> se diferencian en que el primero está a cargo de la Corte IDH, pues se trata del órgano supranacional especializado en analizar las violaciones a los Derechos Humanos previstos en la CADH y en los diversos tratados

---

<sup>9</sup> De acuerdo con Bernal Pulido “el control constitucional de las leyes ha sido la piedra angular del llamado modelo europeo de jurisdicción constitucional, desde que fue pergeñado por Hans Kelsen, e instaurado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920”. BERNAL PULIDO, Carlos, “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en *Revista derecho del Estado*, número 7, diciembre 1999, p. 1 [en línea], <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/920>>, [consulta: 22 de noviembre, 2023].

<sup>10</sup> NUÑEZ DONALD, Constanza, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Argentina, Ara Editores, Ediciones Olejnik, 2017, pp. 64-65.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>12</sup> GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2a. ed., trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 45.

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión, el profesor Néstor Pedro Sagües considera que “ningún juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista*” de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte que tal tarea es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla...”. SAGÜES, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en *Control de Convencionalidad y decisiones judiciales* (Flores Saldaña, Antonio, coord.), México, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 373.

<sup>14</sup> Al respecto, Sergio García Ramírez identifica el control concentrado de convencionalidad como “propio, original o externo” y refiere que recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales con la finalidad de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas y resolver, en su caso, la contienda. Mientras que el segundo control lo identifica como “interno” y considera que es la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales para verificar la congruencia entre actos internos con las disposiciones del Derecho Internacional. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales* (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo coord.), México, FUNDAp, 2012, p. 213.

interamericanos, por lo que cuenta con facultades para declarar no solo la invalidez de normas generales y prácticas estatales, sino también para ordenar a los Estados que adecuen su sistema jurídico a las directrices interamericanas. El control difuso, por su parte, está a cargo de las autoridades del Estado —que ejercen funciones jurisdiccionales— y mediante su ejercicio pueden —según sea el caso— inaplicar una norma al caso concreto, dejar sin efectos una práctica nacional o adecuar el orden jurídico a los estándares interamericanos mediante la adopción de medidas legislativas o de otro tipo.

Otro punto importante cuando hablamos de convencionalidad consiste en determinar qué autoridades están obligadas a desplegar este control en el ámbito interno. Con el surgimiento de esta doctrina, la Corte IDH fue explícita al establecer que el control de convencionalidad, *ex officio*, debía llevarse a cabo por el Poder Judicial.<sup>15</sup> Sin embargo, con posterioridad, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, el tribunal supranacional fue enfático en señalar que este control era de ejercicio obligatorio no solo para juezas y jueces, sino en general para órganos vinculados a la administración de justicia.<sup>16</sup> Con ello, apreciamos que la intención de la Corte IDH fue extender esta atribución a cualquier órgano que realice funciones materialmente jurisdiccionales, con independencia de su formal pertenencia al Poder Judicial y sin importar su nivel o ámbito competencial, por lo que, incluso, los órganos legislativos o administrativos que habitualmente desempeñen funciones jurisdiccionales están sujetos al ejercicio del control difuso de convencionalidad.<sup>17</sup> De acuerdo con este entendimiento, si las autoridades domésticas omiten ejercer este control, teniendo la obligación de hacerlo, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128 y caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

<sup>16</sup> Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>17</sup> *cf.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo & SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos & Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, pp. 33-34 [en línea], <<https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/4-Control-difuso.pdf>>, [consulta: 22 de noviembre, 2023].

<sup>18</sup> En ese sentido, el magistrado Sánchez Valencia expone con claridad que “parte de las obligaciones internacionales que el Estado adquiere al suscribir los instrumentos internacionales es que tiene el deber de ofrecer seguridad jurídica a sus habitantes, pues el cumplimiento a las obligaciones internacionales encuentran su sustento en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, ya que requiere de la participación de sus operadores jurídicos y, éstos a su vez deben ser exhortados a aplicar las normas internacionales de derechos humanos que requieren de una interpretación guiada por los valores comunes, con la limitante de que no se puede apelar a leyes internas para cumplir con sus obligaciones

Si bien el ejercicio del examen de convencionalidad es visto con mayor frecuencia en leyes y prácticas estatales, también opera cuando el Estado omite dictar las disposiciones normativas para adecuar el derecho interno a los estándares convencionales. Recordemos que los Estados-parte, al suscribir la CADH, se encuentran obligados a adecuar su orden jurídico al *corpus iuris* interamericano, con la finalidad de preservar el *effet utile* de las disposiciones convencionales (derechos y libertades), tal como lo establece el artículo 2 de la CADH. Pero si no lo hacen, estarían configurando una «inconveniencia por omisión».<sup>19</sup>

Hasta este momento hemos destacado algunas notas esenciales del control difuso de convencionalidad, pero ¿cómo deben las autoridades nacionales realizar este control? En principio debe decirse que las bases para emplear el examen de convencionalidad son las pautas hermenéuticas de «interpretación conforme» y «principio *pro persona*». En tal virtud, primero se debe ubicar cuál es la ley, norma o práctica cuya validez se cuestiona y posteriormente identificar cuáles son los Derechos Humanos que se contienen en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, se debe determinar el parámetro convencional conforme al cual se confrontará la ley o el acto. Para realizar el ejercicio de convencionalidad puede adoptarse la metodología sugerida por el Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, esto es:

- a. *Interpretación conforme en sentido amplio*. Esto significa que las autoridades deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos reconocidos en el *corpus iuris* interamericano, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (principio *pro persona*).
- b. *Interpretación conforme en sentido estricto*. Esto implica que cuando existan distintas interpretaciones válidas, las autoridades deben preferir la que resulte acorde a los Derechos Humanos, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

---

internacionales”. SÁNCHEZ VALENCIA, Rubén Arturo, *El debido proceso legal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, México, Porrúa, 2020, pp. 92-93.

<sup>19</sup> Existe inconveniencia por omisión cuando un Estado-parte incumple las obligaciones impuestas en una convención internacional, especialmente en materia de derechos humanos, generándose, en consecuencia, responsabilidad internacional para el Estado. La forma más representativa de este tipo de inconveniencia es cuando el País no expide las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en el tratado internacional. Este supuesto fue contemplado por la Corte IDH en la opinión consultiva 13/93, al disponer que un Estado puede violar un tratado de muchas formas, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado o dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la convención. *cf.* OC-13/93 del 16 de julio de 1993, solicitada por los gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, párr. 26.

c. *Inaplicación*. Solo cuando no sea posible lograr la interpretación conforme en sentido amplio y estricto, se debe inaplicar la norma, ley o acto al caso concreto. Esto significa que la inconventionalidad quedó evidenciada.

Recientemente, la Primera Sala de la SCJN<sup>20</sup> diseñó un modelo para ejercer correctamente del control de convencionalidad —y de constitucionalidad— *ex officio* tratándose de normas generales. La metodología se integra por los siguientes pasos:

a. *Identificación*. Identificar el derecho humano que considere podría verse vulnerado, en atención a las circunstancias fácticas del caso, mismas que se desprenden de la narración del titular del derecho o del caudal probatorio que obre en el expediente.

b. *Fuente del derecho humano*. Determinar la fuente de ese derecho humano, es decir, si éste se encuentra reconocido en sede constitucional y/o convencional y fijar su contenido esencial, es decir, explicar en qué consiste, a la luz tanto de su fuente primigenia como de la jurisprudencia desarrollada por el tribunal encargado de la interpretación final de la fuente.

c. *Estudio de constitucionalidad y convencionalidad*. Análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconventionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano y determinar si éste es contravenido.

d. *Determinación*. Decisión sobre la constitucionalidad y/o convencionalidad de la norma, es decir, determinar si la norma es constitucional o inconstitucional, o bien, convencional o inconventional; la forma en cómo debe interpretarse y, en su caso, si ésta debe inaplicarse para el caso concreto.

### III. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: NOTAS DISTINTIVAS

---

Seguramente cuando hablamos de derecho administrativo sancionador lo asociamos automáticamente con el *ius puniendi* del Estado, esto es, con el poder de castigar. Se trata, pues, de un derecho especial que comporta un equilibrio entre el poder de la administración pública y los derechos/garantías de las y los ciudadanos. Precisamente el

---

<sup>20</sup> Véase jurisprudencia 1a./J. 84/2022 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 14, junio de 2022, t. V, p. 4076.

Estado, en ejercicio de su potestad sancionadora, puede imponer sanciones por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como infracciones administrativas. Esta facultad sancionatoria encuentra asidero en el artículo 21, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Segunda Sala de la SCJN ha determinado, con gran claridad, que para hablar de un procedimiento del derecho administrativo sancionador se deben generar dos condiciones: a) se trate de un procedimiento que pudiera derivar en la imposición de una pena o sanción (elemento formal), y b) el procedimiento se ejerza como una manifestación de la potestad punitiva del Estado (elemento material), de manera que se advierta que su sustanciación sea con la intención manifiesta de determinar si es procedente condenar o sancionar una conducta que se estima reprochable para el Estado por la comisión de un ilícito, en aras de salvaguardar el orden público y el interés general; es decir, ese procedimiento debe tener un fin represivo o retributivo derivado de una conducta que se considere administrativamente ilícita.<sup>21</sup>

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN ha definido que existen, al menos, cinco ramas del derecho administrativo sancionador: a) las sanciones administrativas a los reglamentos de policía; b) las sanciones a que están sujetos los servidores públicos, así como quienes tengan control de recursos públicos; c) las sanciones administrativas en materia electoral; d) las sanciones a que están sujetos los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado, y e) una categoría residual, donde se prevén las sanciones a que están sujetos los particulares con motivo de una actividad de interés público regulado administrativamente (aduanero, inmigración, ambiental, entre otros).<sup>22</sup>

Uno de los aspectos más llamativos del derecho administrativo sancionador es que se vale de diversas instituciones que le proporciona el derecho penal —tanto en el aspecto sustantivo como adjetivo—, siempre que sean compatibles con su naturaleza. En ese contexto, pues, es posible que en los procedimientos administrativos sancionatorios se apliquen principios como tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem* y presunción de inocencia. Precisamente este último es uno de los mandatos más importantes en la materia, pero, según la jurisprudencia de la SCJN, debe aplicarse con «matices o

---

<sup>21</sup> Jurisprudencia: 2a./J. 124/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 60, noviembre de 2018, t. II, p. 897.

<sup>22</sup> Tesis 1a. CCCXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, t. I, p. 572.

modulaciones». <sup>23</sup> Así, las personas o entes que sean sometidos a un procedimiento de esa naturaleza deben ser tratadas como inocentes hasta en tanto no se demuestre lo contrario, siempre sobre la base de que la carga de la prueba corresponde a la autoridad administrativa investigadora o acusadora.

Importa destacar que en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad opera desde una óptica distinta si se compara con el derecho administrativo «clásico». En ese sentido, el principio de legalidad, particularmente en la formulación de «ilícitos administrativos» se integra por cuatro vertientes: a) es imprescindible que exista una ley (principio de reserva de ley); b) la ley sea anterior al hecho sancionado (principio de irretroactividad); c) que la ley describa con claridad la conducta sancionada (principio de taxatividad) y d) la prohibición de analogía.

En relación con la sanción administrativa, la ley debe regular el catálogo de sanciones que deben imponerse como consecuencia de las infracciones administrativas, pero además debe contemplar márgenes de punibilidad, así como los parámetros que deben evaluarse para graduar la sanción. En todo caso, el castigo o reproche deber fijarse en función de la conducta realizada por la persona, la gravedad de la falta y la afectación a los bienes o valores tutelados por la legislación administrativa.

Con todo, tenemos claro que el derecho administrativo sancionador tiene sus propias notas distintivas y si bien no es novedoso, sí está en proceso de consolidación como materia autónoma. En esa medida, para garantizar su eficacia, no basta entender su naturaleza jurídica, sino que es necesario analizar la compatibilidad de sus instituciones de cara a los parámetros convencionales y a los Derechos Humanos.

#### **IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO LÍMITE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

---

Es innegable que el control difuso de convencionalidad aplicado al derecho administrativo sancionador generará notables transformaciones en esta materia, pero también importantes retos. Por ello resulta indispensable explorar las distintas aristas y repercusiones de este contraste.

---

<sup>23</sup> Jurisprudencia: P./J. 43/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 7, junio de 2014, t. I, p. 41.

En una primera aproximación, tal parece que el control de convencionalidad ya superó la barrera del derecho constitucional y en buena medida se está desplazando hacia el derecho administrativo, en donde se ubican las normas de la mayoría de los tratados y convenciones en materia de legalidad.<sup>24</sup> Esto supone no solo la necesidad de someter al tamiz de convencionalidad las instituciones y leyes del derecho administrativo, sino también focalizar el control difuso como principio rector del derecho administrativo.

Si pensáramos el control de convencionalidad en términos de límite o contención al derecho administrativo sancionador, entonces las autoridades domésticas con funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, previamente a la aplicación de las normas y prácticas internas, estarían obligadas a confrontarlas con el *corpus iuris* interamericano para determinar su validez convencional. Desde luego que el ejercicio del control difuso de convencionalidad no tiene como finalidad deslegitimar el poder sancionador del Estado, sino más bien hacerlo compatible con los Derechos Humanos de las personas. Después de todo no debemos olvidar que el límite de la actividad administrativa del Estado se encuentra en el respeto a las prerrogativas fundamentales de las y los gobernados.

Hasta este momento tenemos claro que el control de convencionalidad debe permear en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en este caso como límite al poder del Estado, de manera que las leyes que rigen los procedimientos sancionatorios no deben quedar exentas del control difuso de convencionalidad, particularmente deben adecuarse a las garantías del debido proceso que se contemplan en los artículos 8 y 25 de la CADH, como son: ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial; el plazo razonable; audiencia justa; igualdad de armas; defensa adecuada, y derecho a un recurso efectivo. Si las normas o los procedimientos no se ajustan a los estándares convencionales, entonces debe declararse su invalidez.

Una figura que necesariamente debe ser sometida a control convencional es la «sanción administrativa» y se vislumbran al menos dos razones fundamentales para hacerlo. La primera radica en que este control permitirá reducir el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta las autoridades administrativas o jurisdiccionales al imponer sanciones. La segunda razón radica en la posibilidad de cuestionar la propia validez de las sanciones, pues muchas de ellas pueden afectar valores tan preciados como

---

<sup>24</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, en revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXVII, número 268, mayo-agosto 2017, p. 139 [en línea], <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60983>>, [consulta: 10 de octubre, 2023].



la libertad ambulatoria (en el caso del arresto) o el empleo (cuando se destituye o inhabilita a un servidor público). En estos casos, el «principio de proporcionalidad» desempeñará un papel fundamental para evaluar si las sanciones están en consonancia con la infracción o falta cometida.

Por lo demás, es importante señalar que la Corte IDH ha comenzado a fijar algunos criterios relacionados con el derecho administrativo sancionador y seguramente habrá un avance progresivo en esta materia. El primer caso es el de *Yatama vs Nicaragua*.<sup>25</sup> En este precedente la Corte IDH interpretó los artículos 23 y 24 de la CADH y apuntó, en esencia, que los derechos políticos no son absolutos y admiten limitaciones, pero su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

Otro caso importante es el de *López Mendoza vs Venezuela*.<sup>26</sup> La Corte IDH interpretó el artículo 23 de la CADH y advirtió que el asunto se refería a una restricción impuesta por vía de sanción, la cual debería tratarse de una condena por juez competente, en proceso penal, en el que tendrían que respetarse las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la CADH. Asimismo, la Corte IDH expresó que todos los órganos que ejercen funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto a las garantías del debido proceso. Asimismo, señaló que las decisiones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a estas.

También debe citarse el caso *Tribunal Constitucional Vs Perú*.<sup>27</sup> En esta sentencia la Corte IDH analizó el artículo 8, numerales 1 y 2 de la CADH, y señaló que de conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por ello, la Corte IDH expuso que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la

---

<sup>25</sup> Corte IDH, caso *Yatama vs Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 206.

<sup>26</sup> Corte IDH, caso *López Mendoza vs Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 107 y 111.

<sup>27</sup> Corte IDH, caso del *Tribunal Constitucional vs Perú* Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 71.

obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la CADH.

Como podemos observar, los casos resueltos por la Corte IDH reflejan la obligación y necesidad de ejercer control de convencionalidad en los procedimientos relacionados con el poder de castigar del Estado. En particular, la Corte IDH es enfática en establecer que en todos los procedimientos deben garantizarse las garantías judiciales y el debido proceso legal. De esta manera, el control de convencionalidad comporta un límite al derecho administrativo sancionador, y ese límite es, precisamente, el respeto, garantía y la protección de los Derechos Humanos.

## V. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ¿UN MECANISMO DE ARMONIZACIÓN?

---

Recordemos que en el sistema interamericano opera el principio de «subsidiaridad» conforme al cual existen dos niveles de control de convencionalidad: uno primario y otro secundario. El primario está a cargo del Estado, debido a que en su carácter de garante de los derechos debe ser el primero en reparar, en sede interna, las violaciones a los derechos de las personas, antes de responder ante las instancias internacionales. Si no lo hace, entonces la reparación vendrá dada por la jurisdicción interamericana (Corte IDH), y a esto se le conoce como control secundario.

En ese contexto, pues, de la aplicación del principio de subsidiariedad al control de convencionalidad, se sigue que en su ámbito exista el margen de apreciación nacional. Esta es una doctrina utilizada especialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que se traduce en una suerte de deferencia hacia las [autoridades del Estado], para que sean estas las que decidan sobre una determinada cuestión, ya que son ellas quienes realizan el control primario<sup>28</sup> y, en esa medida, están mejor posicionadas e informadas que el órgano internacional para resolver el litigio. Con gran claridad, el profesor Néstor Sagües destaca la esencia del margen de apreciación nacional:

---

<sup>28</sup> MARRAMA, Silvia, “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”, Argentina, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Institutos, 2016, p. 7 [en línea], <<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11080>> [consulta: 10 de octubre, 2023].

Otra vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del País donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales.<sup>29</sup>

En términos simples: el margen de apreciación implica “admitir que la interpretación realizada por el Estado, en especial por el juez nacional, se encuentra justificada, es la adecuada para la sociedad y, por lo tanto, debe ser respetada por el juez internacional”.<sup>30</sup>

Una nota esencial de esta doctrina es que se emplea especialmente cuando se encuentran involucrados temas sensibles de Derechos Humanos respecto a los cuales no existe consenso interestatal.<sup>31</sup> Precisamente el TEDH ha acudido al margen cuando existe imposibilidad o dificultad para definir o establecer un consenso general en la aplicación de algunos derechos, como es el caso de protección de derechos de minorías étnicas y culturales, matrimonio homosexual, aborto, prostitución, pruebas de ADN en juicios de paternidad y expropiación pública.<sup>32</sup>

El margen de apreciación nacional implica la aplicación de un escrutinio que puede ser estricto o flexible, según la naturaleza del derecho que esté en juego. Será más restringido cuando se trate de derechos civiles o aquellos relacionados con «categorías sospechosas»; el margen será inexistente cuando la controversia verse sobre derechos fundamentales absolutos o inderogables, en tanto no pueden ser restringidos, como la prohibición de la esclavitud y la tortura;<sup>33</sup> en cambio, el margen será más amplio cuando la cuestión litigiosa se relacione con derechos políticos, sociales y culturales, o bien, cuando atienda a valores morales, de seguridad nacional, soberanía estatal, flujos migratorios o del sistema electoral. El «test de proporcionalidad» es la herramienta que

---

<sup>29</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2017, p. 330.

<sup>30</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, p. 645, [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/645>> [consulta: 2 de octubre, 2023].

<sup>31</sup> ALIANAK, Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, en *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Fórum, Brasil, 2015, p. 37 [en línea] <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/62/344>> [consulta: 2 de octubre, 2023].

<sup>32</sup> *cfr.* caso Tremblay c. Francia (11 de septiembre de 2007); caso Ebru y Tayfun Colak c. Turquía (30 de mayo de 2006); caso Back c. Finlandia (del 20 de julio de 2004).

<sup>33</sup> *cfr.* BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017, pp. 51 a 53.

permite evaluar la intensidad (necesidad) del margen de apreciación, es decir, si una medida restrictiva de derechos está justificada o no.

Vale mencionar que en el sistema interamericano el margen de apreciación nacional ha sido moderado. Quizá una de las razones para no acudir a esta doctrina es que los casos que resuelve la Corte IDH versan, en buena medida, sobre derechos inderogables, donde no es admisible el margen. Los pronunciamientos más específicos sobre el margen se encuentran consignados en votos de los jueces interamericanos. El primer ejemplo es el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, en donde el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su voto razonado, señaló que la Corte IDH debe tener en consideración “el ‘margen de apreciación nacional’ que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano”.<sup>34</sup> Otro ejemplo es el voto formulado por el juez Alberto Pérez Pérez, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, en el que precisó que el reconocimiento de los conceptos o modelos de familia “es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un margen de apreciación nacional”.<sup>35</sup>

No obstante, también existen casos en que la Corte IDH ha reconocido, siquiera implícitamente, la doctrina del margen de apreciación. Uno de ellos es la Opinión Consultiva 4/84, solicitada por el Gobierno de Costa Rica,<sup>36</sup> en el que la Corte IDH reconoció un margen de apreciación sobre el régimen para otorgar la nacionalización. Tratándose de casos contenciosos, tenemos el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*,<sup>37</sup> en donde la Corte IDH validó un margen de apreciación para regular el ejercicio de los recursos. De manera abstracta también se reconoce un margen en el caso *Castañeda Gutman vs México*,<sup>38</sup> donde la Corte IDH reservó al Estado la elección del sistema político-electoral.

A partir de estos precedentes podemos afirmar que si bien la Corte IDH no ha adoptado totalmente la doctrina del margen de apreciación, sí ha recurrido a ella. Pero todavía queda una interrogante pendiente: ¿la doctrina del margen de apreciación puede armonizar el control de convencionalidad con el derecho administrativo sancionador? La respuesta parece afirmativa. Si entendemos que el margen de apreciación puede ser ejercido a través del control *primario* de convencionalidad y que se aplica tratándose de

<sup>34</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Voto razonado, párr. 87.

<sup>35</sup> Sentencia de 24 de febrero de 2012. Voto parcialmente disidente, párr. 23.

<sup>36</sup> Corte IDH, OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, párr. 62.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161.

<sup>38</sup> Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 204.

derechos civiles, económicos, sociales y culturales, entonces bien puede emplearse para evaluar las normas y prácticas estatales en materia administrativa sancionadora.

Desde este enfoque sería viable, por tanto, que la Corte IDH reserve al Estado la tarea de «convencionalizar» el derecho administrativo sancionador, teniendo en cuenta, desde luego, que el Estado se encuentra en una mejor posición para analizar sus propias particularidades y problemas. Así, la aplicación del margen de apreciación permitiría que las autoridades nacionales estén en posibilidad de evaluar los procedimientos administrativos, medidas y sanciones en función de los parámetros convencionales, para lograr su compatibilidad, lo que estaría supeditado, en todo caso, a las posibilidades fácticas y normativas del Estado.

No desconocemos que la doctrina del margen de apreciación nacional puede representar un riesgo ante el «poder de maniobra» que se otorga al Estado, más aún cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi*. Pero no debemos pasar por alto que la propia doctrina del margen se sustenta en el respeto irrestricto de los Derechos Humanos. Esto implica que el Estado no puede desconocer los estándares convencionales y, por tanto, debe incorporarlos en todos los actos, políticas públicas, procedimientos y leyes. No obstante, esta obligación de adecuación debe realizarse en función de sus posibilidades fácticas y jurídicas.

## VI. UN CASO DE [IN]CONVENCIONALIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

---

La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (en adelante LGIPE), en su libro octavo, regula un Régimen Sancionador Electoral. En términos de esta ley son objeto de responsabilidad diversos sujetos, entre ellos, partidos políticos, precandidatos, candidatos, ciudadanos y extranjeros. De igual forma, la LGIPE describe las distintas conductas que se consideran infracciones administrativas (relacionadas con actos en materia electoral) y las diversas sanciones que pueden imponerse, que van desde amonestaciones y multas hasta la cancelación del registro de un partido político.<sup>39</sup>

Ahora, en lo que corresponde al procedimiento sancionador ordinario, la LGIPE regula las fases de investigación, tramitación y resolución, que estarán a cargo de las

---

<sup>39</sup> *cfr.* arts. 441 a 456.

autoridades electorales. En términos sencillos, el procedimiento es el siguiente: a) admitida la queja o denuncia correspondiente, la autoridad investigadora emplazará a la parte denunciada, corriéndole traslado con copia de ese escrito y de las pruebas que obren; asimismo, le otorgará un plazo de 5 días para contestar las imputaciones y ofrecer medios de prueba; b) la autoridad investigadora se allegará de los elementos de convicción que estimen pertinentes para integrar el expediente respectivo y dictará las medidas que considere adecuadas; c) concluido el desahogo de pruebas y agotada la investigación, se pondrá el expediente a la vista del quejoso y denunciado para que manifiesten lo que a su derecho convenga; d) finalmente la autoridad resolutora dictará la resolución que corresponda y, en su caso, impondrá las sanciones conducentes.<sup>40</sup>

A simple vista el procedimiento descrito cumple con el debido proceso, en la medida en que se sustenta en una serie de fases y se brinda la oportunidad de que la persona denunciada pueda contestar los hechos imputados, ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación y formular alegatos. La cuestión es, sin embargo, que este procedimiento sancionador ordinario desconoce los estándares convencionales, específicamente el derecho de defensa en su vertiente técnica. Veamos por qué:

En principio debemos tener en cuenta que en los casos *López Mendoza vs Venezuela* y *Tribunal Constitucional vs Perú*, la Corte IDH especificó que en los procedimientos materialmente jurisdiccionales, sean penales o no, las autoridades tienen la obligación de garantizar el debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la CADH.

En ese sentido, debemos recordar que el artículo 8, numeral 2, incisos d) y e), de la CADH, reconoce, dentro de las garantías judiciales, al derecho de defensa y lo focaliza desde dos supuestos: el primero como derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, y el segundo como derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Por su parte, la Corte IDH, al interpretar el contenido de esta prerrogativa, ha dispuesto que el derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del

---

<sup>40</sup> *cfr.* arts. 464 a 469.

proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.<sup>41</sup> Además, que este derecho se proyecta en dos facetas: por un lado, a través de los propios actos del inculcado y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.<sup>42</sup> En el mismo sentido, la Corte IDH ha considerado que desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa.<sup>43</sup>

En torno a la defensa pública, la Corte IDH ha expuesto que es necesario que esta institución, como un medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio.<sup>44</sup> En ese sentido, para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas, entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.<sup>45</sup>

A partir de este entendimiento, si el procedimiento sancionador previsto en la LGIPE no garantiza a la parte denunciada la posibilidad de que sea asistida por una defensa (pública o privada), entonces la ley desconoce el artículo 8, numeral 2, incisos d) y e), de la CADH, así como la jurisprudencia que al respecto ha emitido la Corte IDH. Desde esta perspectiva se actualiza una inconventionalidad por omisión, en virtud de que el Estado mexicano, concretamente el legislador Federal, ha omitido adecuar la LGIPE al *corpus iuris* interamericano, por tanto, la forma en que puede solucionarse este vacío normativo es que el Poder Legislativo incorpore a la LGIPE un apartado en donde reconozca el derecho de defensa, así como la forma y modalidades en que puede materializarse durante el procedimiento.

Esta necesidad de garantizar el derecho de defensa no se trata de una cuestión accesorio o menor, porque en este tipo de procedimientos sancionadores la parte denunciada se enfrenta directamente al poder soberano del Estado, desde la investigación hasta la resolución del asunto, cuyo ente tiene a su disposición todos los mecanismos,

---

<sup>41</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 153.

<sup>42</sup> Corte IDH, caso Valenzuela Ávila vs Guatemala, sentencia de 11 de octubre de 2019, párr. 111.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso Herrera Espinoza y otros Vs Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2016, párrafo 174.

<sup>44</sup> Corte IDH, caso Girón y otro vs Guatemala, sentencia de 15 de octubre de 2019, párr. 101.

<sup>45</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 157.

medios y recursos necesarios para sustentar la acusación. Por ello es necesario que la parte sujeta a procedimiento cuente con una defensa o asesor jurídico con conocimientos especializados en la materia, con la finalidad de que no quede en estado de indefensión frente a la potestad del Estado.

A pesar de este problema de [in]convencionalidad por omisión que presenta la ley, existen, sin embargo, dos soluciones para respetar el *corpus iuris* interamericano: si la LGIPE no reconoce el derecho de defensa en su vertiente de asistencia técnica, las autoridades electorales, en el ejercicio del control primario de convencionalidad — margen de apreciación—, pueden reglamentar el derecho de defensa técnica dentro del procedimiento sancionatorio, lo que atenderá, desde luego, a las posibilidades fácticas y jurídicas de las autoridades; o bien, en aplicación directa de la CADH y la jurisprudencia interamericana, las autoridades investigadoras o sustanciadoras —que, por lo mismo, desempeñen funciones jurisdiccionales— deben garantizar materialmente que la parte denunciada sea asistida por una defensa privada o pública, quien deberá brindar esa asistencia desde el inicio de la investigación y durante todas las fases del procedimiento sancionador.

El caso de la LGIPE es solo un ejemplo de la necesidad de ejercer control difuso de convencionalidad en las leyes y los procedimientos administrativos sancionadores, bien sea en términos de límite o de armonización, pues vale la pena insistir en que la actividad del Estado debe respetar los Derechos Humanos.

## VII. CONCLUSIONES

---

1. El control difuso de convencionalidad es de aplicación obligatoria para las autoridades del Estado mexicano que ejercen funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sin importar su jerarquía o ámbito competencial, por tanto, deben ejercerlo para adecuar el orden jurídico interno y las prácticas estatales al *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

2. El derecho administrativo sancionador es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, se vale de diversos principios y figuras del derecho penal y cobra aplicación cuando se sanciona a las y los gobernados o entes por incurrir en faltas previamente tipificadas como infracciones administrativas. Si bien no es una materia novedosa, está



en proceso de consolidación como rama autónoma, por lo cual es necesario evaluar sus instituciones para determinar su validez de cara a los parámetros convencionales.

3. El control difuso de convencionalidad debe ejercerse en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Esto debe llevarse a cabo en términos de límite o armonización para adecuar las leyes y procedimientos respectivos al *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH, con especial énfasis en las garantías judiciales y el debido proceso legal.

## VIII. FUENTES CONSULTADAS

---

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿Una conciliación posible?”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, p. 645, [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/645>> [consulta: 2 de octubre, 2023].

ALIANAK, Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, en A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Fórum, Brasil, 2015, p. 37 [en línea] <[http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/62/344](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/62/344)> [consulta: 2 de octubre, 2023].

BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2017.

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos, “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en Revista derecho del Estado, número 7, diciembre 1999, [en línea], <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/920>>, [consulta: 22 de noviembre, 2023].

BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, en revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXVII,

número 268, mayo-agosto 2017, p. 139 [en línea], <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60983>>, [consulta: 10 de octubre, 2023].

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo & SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos & Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013 [en línea], <<https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/4-Control-difuso.pdf>>, [consulta: 22 de noviembre, 2023].

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la corte interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos*, México, Instituto Max Planck, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales* (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo coord.), México, FUNDAp, 2012,

GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2a. ed., trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

IBÁÑEZ, Juana María, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

MARRAMA, Silvia, “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional”, Argentina, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Institutos, 2016, p. 7 [en línea], <<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11080>> [consulta: 10 de octubre, 2023].

NÚÑEZ DONALD, Constanza, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Argentina, Ara Editores, Ediciones Olejnik, 2017.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003.

SAGÜES, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en *Control de Convencionalidad y decisiones judiciales* (Flores Saldaña, Antonio, coord.), México, Tirant Lo Blanch, 2016

\_\_\_\_\_, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2017.

SÁNCHEZ VALENCIA, Rubén Arturo, *El debido proceso legal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, México, Porrúa, 2020.

*Legislación consultada*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.



ARTÍCULO



El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares desde la perspectiva de la justicia constitucional local: el caso de Guanajuato, México.

*The right to be searched for and its guarantee against disappearances committed by private individuals from the perspective of local constitutional justice: the case of Guanajuato, Mexico.*

Christian Joel Rodríguez Zamora

0009-0002-2445-179X

Juan Francisco Escamilla De Luna

0000-0009-5108-6653

Recibido: 31 de octubre 2023.

Aceptado: 15 de noviembre 2023.

**Sumario.** I. Introducción. II. La desaparición de personas en México y Guanajuato. III. El derecho a ser buscada en Guanajuato. IV. Control constitucional del derecho a ser buscada: el juicio de amparo y sus límites. V. Hacia un juicio para la protección del derecho a ser buscada en las desapariciones cometidas por particulares. VI. Conclusiones. VII. Referencias.



# El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares desde la perspectiva de la justicia constitucional local: el caso de Guanajuato, México

*The right to be searched for and its guarantee against disappearances committed by private individuals from the perspective of local constitutional justice: the case of Guanajuato, Mexico*

Christian Joel Rodríguez Zamora\*

Juan Francisco Escamilla De Luna\*\*

**Resumen.** El propósito de este artículo es analizar de qué manera la justicia constitucional local puede contribuir a asegurar el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas en los casos de desaparición perpetrados por particulares en el estado de Guanajuato. La investigación se basa en un estudio de caso sobre la legislación relacionada con la desaparición de personas en Guanajuato, realizado durante los años 2022 y 2023 en el contexto de los trabajos legislativos destinados a abordar las demandas de las familias y colectivos dedicados a la búsqueda de personas en la región. Los resultados revelan que la justicia constitucional local se encuentra significativamente limitada en su capacidad para proteger el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas, especialmente en casos perpetrados por particulares. En este sentido, se identifica la viabilidad y pertinencia de establecer un mecanismo de control constitucional a nivel local para abordar el derecho a ser buscado en situaciones de desaparición cometida por particulares.

**Palabras Clave:** Desaparición de Personas, Derecho a ser buscada, Juicio de protección al derecho a ser buscada, Eficacia horizontal.

---

\* Lic. en Derecho (UG), Maestro en Justicia Constitucional (UG). Email: [christianrodia5@gmail.com](mailto:christianrodia5@gmail.com).

\*\* Lic. en Ciencia Política (UG), Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social (Flacso-Brasil), y estudiante de la maestría en Políticas Públicas y Desarrollo (Flacso-Argentina). Email: [franciscoescamilla77@gmail.com](mailto:franciscoescamilla77@gmail.com). Se reconoce el trabajo incansable de los colectivos de búsqueda de personas desaparecidas y se agradece su apertura para compartir los pormenores de sus experiencias luchando contra las múltiples ineficiencias del sistema de búsqueda de personas en el Estado, así como su disposición para retroalimentar la propuesta planteada en el presente artículo. En el mismo sentido, se agradece al Dr. David Martínez Mendizábal por su confianza a nuestro trabajo, así como por su compromiso e impulso a la agenda común de trabajos legislativos en materia de búsqueda de personas, lo cual posibilitó el estudio de caso del que se deriva el presente artículo.

**Abstract.** The purpose of this article is to analyze how local constitutional justice can contribute to ensuring the right of missing persons to be searched in cases of disappearance perpetrated by individuals in the state of Guanajuato. The research is based on a case study of legislation related to the disappearance of persons in Guanajuato, conducted during the years 2022 and 2023 in the context of legislative efforts to address the demands of families and collectives dedicated to the search for persons in the region. The results reveal that local constitutional justice is significantly limited in its capacity to protect the right of missing persons to be searched, especially in cases perpetrated by individuals. In this regard, the feasibility and relevance of establishing a local constitutional control mechanism to address the right to be searched in situations of disappearance committed by individuals are identified.

**Keywords:** Disappearance of persons, Right to be searched, Trial for the protection of the right to be searched, Horizontal effectiveness.

## I. INTRODUCCIÓN

---

La incidencia de la desaparición de personas en México y América Latina, por su gravedad, se ha traducido en movilizaciones populares y en la implementación de recursos institucionales que, en las últimas décadas, se han materializado no sólo en su reconocimiento como delito y violación a los derechos humanos, sino también en la generación de sistemas que organizan los esfuerzos institucionales para buscar a las personas desaparecidas y procurar justicia, así como en el reconocimiento del derecho que tienen las personas desaparecidas a ser buscadas.

Lamentablemente, los déficits de capacidad estatal heredados por el neoliberalismo<sup>1</sup> tuvieron como consecuencia que tanto los sistemas de búsqueda, como de procuración de justicia, pasando por la protección de los derechos humanos en la materia, tengan eficiencia y eficacia limitadas. Esto lesiona la dignidad de las personas desaparecidas y de sus familias, quienes suelen suplir las omisiones de la autoridad en la búsqueda de sus desaparecidas de forma individual u organizada, utilizando todas las

---

<sup>1</sup> COMPLETA, Enzo. “Capacidad estatal: ¿Qué tipo de capacidades y para qué tipo de Estado?”. En *Revista PostData: revista de reflexión y análisis político*, 2017, vol. 22, núm. 1.

herramientas jurídicas, institucionales y sociales a su alcance para conseguir justicia, verdad y memoria.

Al mismo tiempo, la evolución constante del fenómeno de las desapariciones plantea nuevos retos en el ámbito nacional y local para la garantía del derecho a ser buscadas que tienen las personas desaparecidas. Ejemplo de ello es que, en los últimos años, una modalidad de desaparición de personas ha ganado peso: la desaparición cometida por particulares. Esta modalidad interpela los mecanismos de control constitucional vigentes para garantizar el derecho a ser buscada, toda vez que dichos mecanismos están más desarrollados para atender las desapariciones forzadas, esto es, aquellas cometidas por el Estado y sus agentes.

En este marco, el poder público en los tres niveles necesita revisar constantemente los alcances de los mecanismos jurídicos e institucionales vigentes, así como su mejora continua. Así, con la finalidad de construir iniciativas legislativas en el ámbito subnacional, se llevó a cabo un estudio de caso durante 2022 y 2023 que incorporó revisión documental y análisis discursivo que permitiera comprender los retos enfrentados por las personas buscadoras del estado de Guanajuato para garantizar el derecho a ser buscadas que tienen sus personas desaparecidas.

El presente artículo deriva de dicha investigación, y tiene por objetivo analizar cómo la justicia constitucional local puede contribuir a garantizar el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas en los supuestos de desaparición cometida por particulares en el caso de Guanajuato.

Para cumplir con su objetivo, este trabajo se divide en cuatro apartados principales. En el primero, se analiza cómo se ha desarrollado el fenómeno de la desaparición de personas en el caso estudiado. En el segundo, se establece cuál es el alcance que tiene el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas en el sistema jurídico nacional, y local para el caso de Guanajuato. Posteriormente, se analiza el principal medio de control constitucional para garantizar el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas, esto es, el juicio de amparo, así como sus limitaciones para el contexto del fenómeno en Guanajuato. Por último, se argumenta la necesidad de generar mecanismos de control constitucional local para garantizar el derecho analizado en los casos de desaparición cometida por particulares desde el caso estudiado, luego de lo cual se delinearán las principales conclusiones.

## II. LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS EN MÉXICO Y GUANAJUATO

---

La desaparición ha sido entendida como una tecnología política que despliega prácticas, instituciones y discursos que conforman un dispositivo capaz de sustraer involuntariamente a alguien de la vida social reteniéndola en lugares desconocidos y ocultando toda información al respecto<sup>2</sup>. En la región latinoamericana, esta tecnología política surgió en la década de los sesenta del siglo pasado, producto de una política continental de dominación que buscaba preservar intereses económicos transnacionales y concentrar tanto el poder como la riqueza. Concretamente, consistió en un método utilizado por las dictaduras militares y gobiernos autoritarios para reprimir a la oposición política, con el objetivo de anular cualquier alternativa buscada por medio de sus luchas<sup>3</sup>.

En el caso mexicano las desapariciones comenzaron a ocurrir de forma sistemática durante la guerra de baja intensidad también conocida como *guerra sucia*, a través de la cual el Estado Mexicano desplegó una serie de prácticas violatorias de derechos humanos en reacción a los grupos guerrilleros armados nacidos entre 1960 y 1970<sup>4</sup>.

Las personas víctimas fueron desaparecidas por agentes estatales, sobre todo fuerzas armadas, en el marco de una estrategia de contrainsurgencia por parte del Estado mexicano<sup>5</sup>. Ejemplo de ello puede encontrarse en el estado de Guerrero, donde el ejército persiguió la aniquilación de la guerrilla y del *Partido de los Pobres*<sup>6</sup>.

Aunque la tecnología de la desaparición en México se formó, desarrolló y perfeccionó en este contexto, para 1973 también se reportaban desapariciones en Tamaulipas, Hidalgo y Puebla, vinculadas con luchas estudiantiles, de colonos y campesinas<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> CALVEIRO, Pilar. “Desaparición y gubernamentalidad en México”. En *Historia y Grafía*, 2021, año 28, núm. 56, p. 20.

<sup>3</sup> MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas en América Latina*. p. 66-121.

<sup>4</sup> MENDOZA, Jorge. “La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva”. En *Polis*, 2011, vol. 7, núm. 2, p. 139.

<sup>5</sup> ANSOLABEHHERE, Karina. “Nociones generales de la desaparición y la desaparición forzada de personas”. En Tapia Olivares, L. (coord.). *Manual sobre desaparición de personas*. Primera edición. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2022, p. 8.

<sup>6</sup> SPIGNO, Irene, y ZAMORA VALADEZ, Carlos. “Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 526.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ VILLAREAL, Roberto, *La desaparición forzada en México*, Ciudad de México, Terracota, p. 95.



Posteriormente, en la década de 1990 se incorporaron nuevas características al fenómeno de las desapariciones: emergieron las desapariciones sistemáticas de mujeres y surgieron los *levantones* como una modalidad que resulta de la sinergia entre la industria criminal y las agencias policiacas y militares. Esto, supuso nuevos sujetos y motivaciones en torno a la desaparición<sup>8</sup>.

Más adelante, a partir del sexenio de Felipe Calderón y la guerra contra el narcotráfico<sup>9</sup>, las desapariciones en el país pasaron de ser prácticas predominantemente promovidas desde el Estado —basadas en motivaciones políticas y cometidas por agentes estatales en el marco de la *guerra sucia*—, hacia una etapa de escalamiento de estos crímenes que configura la situación actual: miles de desapariciones se atribuyen mayoritariamente a actores no estatales, motivados por intereses criminales, económicos o privados<sup>10</sup>. Así, las desapariciones cometidas por actores privados como son los grupos del crimen organizado se han hecho presentes con mayor fuerza en los últimos años. Por ejemplo, estos grupos han utilizado como *modus operandi* el reclutamiento forzado de personas para entrenarlas y obligarlas a trabajar, sometiendo a las personas a situaciones de esclavitud y trabajo forzado<sup>11</sup>.

En las últimas décadas, la lógica económica ha emergido como un factor adicional en el fenómeno de las desapariciones. Este fenómeno refleja una tendencia creciente, donde las empresas juegan un papel en la represión de líderes sindicales, activistas ambientales y defensores de derechos humanos. Esta conexión añade una dimensión adicional a las desapariciones, vinculando directamente la actividad económica con casos de violación de derechos humanos<sup>12</sup>.

Así, la desaparición es implementada como una estrategia violenta para proteger intereses políticos y económicos. Ejemplo de ello son los intereses vinculados al *gas shale* en los estados del noreste, la minería y todas las formas de extractivismo, para eliminar a personas pertenecientes a movimientos sociales, líderes comunitarios y periodistas incómodos<sup>13</sup>. En 2014, John Saxe-Fernández señalaba que las desapariciones podían

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 184

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 27

<sup>10</sup> ONU-DH México. *La desaparición forzada en México: Una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas*, 3ª edición, México: ONU-DH y GIZ, p. 9.

<sup>11</sup> GUILLÉN, Alejandra, y PETERSEN, Diego, “El regreso del infierno: los desaparecidos que están vivos”. En *A dónde van los desaparecidos*.

<sup>12</sup> ANSOLABEHERE, Karina. “Nociones generales de la desaparición y la desaparición forzada de personas”, *Op. Cit.* p. 25.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ VILLAREAL, Roberto, *La desaparición forzada en México*, *Op. Cit.*, p. 28.

El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares...

entenderse como prácticas para sembrar terror, vaciar territorios y aprovechar recursos naturales<sup>14</sup>; asimismo, en una perspectiva más actual, Thomas Aureliani detalló que:

las desapariciones perpetradas en áreas ricas en recursos energéticos o minerales [...] parecen responder a una estrategia de terror que induciría a las personas a la parálisis y al desplazamiento forzado, para dar paso a la instalación de empresas extranjeras o de organizaciones criminales<sup>15</sup>.

En suma, la incidencia de la desaparición cometida por particulares ha ido incrementándose en los últimos años. En el caso del estado de Guanajuato la situación descrita se replica. Si bien es cierto que los datos existentes respecto al fenómeno tienen muchas áreas de oportunidad, también lo es que permiten observar una aproximación a la lógica del fenómeno.

De acuerdo con el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPДNO), en los primeros 5 años del sexenio se han registrado apenas 4 desapariciones forzadas<sup>16</sup> en el estado de Guanajuato, mientras que en el mismo periodo se dieron 27 desapariciones cometidas por particulares<sup>17</sup>, esto es, casi 7 veces más. Pese a que son números aparentemente bajos, hacen referencia a aquellos casos acreditados como tales delitos<sup>18</sup> de acuerdo con lo siguiente:

---

<sup>14</sup> CONSEJO MEXICANO DE CIENCIAS SOCIALES. *John Saxe-Fernández, Crímenes de lesa humanidad*.

<sup>15</sup> AURELIANI, Thomas. “Desapariciones forzadas en América Latina y México: evolución del fenómeno y rol del crimen organizado”. En *Foro Internacional*, 2023, vol. LXIII, núm. 4, p. 737-738.

<sup>16</sup> RNPДNO, *Estadística por filtros*, disponible en: <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx>, estadística consultada para el estado de Guanajuato para el periodo comprendido del 01/10/2018 al 01/10/2023, delito *desaparición forzada de personas*.

<sup>17</sup> Ídem. Delito *desaparición cometida por particulares*.

<sup>18</sup> Aún así, existen estimaciones como la de Fabrizio Lorusso, que con información oficial habla de un total de 3 mil 634 personas desaparecidas entre enero de 2012 y junio de 2023, tal como puede observarse en: <https://zonafranca.mx/politica-sociedad/guanajuato-se-acerca-a-las-3-mil-800-personas-desaparecidas-hasta-el-primer-semester-de-2023/>

**Tabla 1.** *Personas desaparecidas en Guanajuato*

<b>Delitos vinculados a la desaparición</b>	<b>Cantidad de personas desaparecidas</b>	<b>Localizadas</b>	<b>No localizadas (aún desaparecidas)</b>
Desaparición forzada	4	0	4
Desaparición cometida por particulares	27	5	22
Otros, no especificados, y violaciones a derechos humanos vinculadas	2,347	939	1,406
<b>Total</b>	<b>2,378</b>	<b>944</b>	<b>1,434</b>

Fuente: elaboración propia con base en datos del RNPDNO, periodo del comprendido del 01/10/2018 al 01/10/2023, consultado el 25/10/2023. Para la presentación de los datos se trata de forma indiferenciada la desaparición y la no localización.

En el mismo sentido, según información remitida por la Fiscalía General del Estado de Guanajuato<sup>19</sup>, en esa instancia no se abrieron carpetas de investigación por desaparición forzada durante 2021 y 2022; mientras que, por el delito de desaparición cometida por particulares, se encontraban substanciándose 49 investigaciones en el mismo periodo.

Con todo y los subregistros que puedan existir, así como las inconsistencias conceptuales y operativas del RNPDNO<sup>20</sup>, no puede negarse la alta incidencia de casos de desaparición cometida por particulares. Esto es especialmente preocupante en Guanajuato, toda vez que a la fecha hay por lo menos 1,434 personas de este sexenio que permanecen desaparecidas.

Al mismo tiempo, se trata de uno de los estados con más fosas clandestinas halladas<sup>21</sup> en el periodo que va del 1 de diciembre de 2018 al 30 de enero de 2023, con 154, aunque durante varios años las autoridades locales negaron su existencia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> En la respuesta a la solicitud de información con Folio: 112093900005023. La información remitida por la Fiscalía mediante la solicitud de información no coincide con el cuarto informe de la Fiscalía General del Estado, en donde se habla de 3191 carpetas de investigación iniciadas en la materia. Aunque se preguntó a la Fiscalía la razón de la discrepancia y se informara cuantas carpetas correspondían a desaparición cometida por particulares, y cuantas corresponden a desapariciones forzadas, la Fiscalía no respondió.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ VILLAREAL, Roberto, *La desaparición forzada en México*, Op. Cit., p. 17.

<sup>21</sup> Mapa de hallazgos de fosas clandestinas, en línea: <https://hallazgosfosasclandestinas.segob.gob.mx/>

<sup>22</sup> LORUSSO, Fabrizio, *Una discusión sobre el concepto de fosa clandestina y el contexto mexicano. El caso de Guanajuato*. En *Historia y Grafía*, 2021, año 28, núm. 56, p. 129-170.

### III. EL DERECHO A SER BUSCADA EN MÉXICO Y GUANAJUATO

---

La desaparición de personas es una de las violaciones más graves a los derechos humanos al menos por tres motivos: 1) por su carácter pluriofensivo al lesionar distintos derechos como la libertad, la integridad personal, el igual reconocimiento ante la ley, la prohibición de la tortura, y la vida; 2) por el carácter permanente de la violación que se prolonga hasta que se establezca el destino o paradero de la víctima; y 3) por la afectación que genera en los familiares de las personas desaparecidas<sup>23</sup>.

En este sentido, la gravedad del fenómeno de las desapariciones en diferentes países se tradujo en que incluso desde el ámbito internacional se ha promovido un modelo de búsqueda con dos dimensiones: por un lado, la dimensión judicial focalizada en la investigación y sanción penal, mientras por otro una dimensión administrativa y humanitaria mediante instituciones con mandatos para buscar a las personas desaparecidas, así como exhumar, identificar y restituir —en su caso— sus restos. Ambas dimensiones contribuyen a que dicho modelo abone en la reconstrucción de la verdad y en la reparación<sup>24</sup>.

En Latinoamérica, este modelo de búsqueda puede hallarse por lo menos en Perú, en Colombia y en nuestro país<sup>25</sup>. Si bien es cierto que el derecho de todas las personas desaparecidas a ser buscadas en la actualidad se deriva de diversas disposiciones que forman parte del sistema jurídico de nuestro país, también es cierto que aún existen áreas de oportunidad para la protección y garantía del mismo.

La gravedad del fenómeno de las desapariciones de personas en México dio lugar al desarrollo de un marco jurídico para la protección y búsqueda de las personas desaparecidas, incluyendo el reconocimiento del derecho de toda persona desaparecida a ser buscada.

Actualmente, en el ámbito nacional, se cuenta con dos instrumentos normativos en la materia: 1) La Ley General en Materia de desaparición forzada de personas,

---

<sup>23</sup> URREJOLA NOGUERA, Antonia, y PASCUAL RICKE, Tomás Ignacio. “La incorporación del derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como derecho autónomo a partir de la desaparición forzada de personas”. En Ibáñez Rivas, J., et al, (coords.). *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, Impactos y Desafíos*. Primera edición. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2020. p. 91-131.

<sup>24</sup> SFERRAZZA TAIBI, Pietro. “La búsqueda de personas desaparecidas: derecho humano de las víctimas y obligación internacional del Estado”. En *Estudios Constitucionales*, 2021, vol. 19, núm. 1, p. 267-270.

<sup>25</sup> Ídem.

desaparición cometida por particulares y del sistema de búsqueda de personas, publicada en 2017; y 2) La Ley General de Víctimas, publicada en 2013.

En la primera se establecen los principios de efectividad y exhaustividad, que ordenan que todas las diligencias que se realicen para la búsqueda de la persona desaparecida o no localizada deben hacerse de manera inmediata, oportuna, transparente, con base en información útil y científica, encaminadas a la localización. Igualmente, se incluyen la debida diligencia, que establece que todas las autoridades deben utilizar los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones esenciales y oportunas dentro de un plazo razonable para lograr el objeto de la Ley, en especial, la búsqueda de la persona desaparecida.

Por su parte, la Ley General de Víctimas, en su artículo 21 obliga al Estado, a través de sus autoridades, a iniciar de forma inmediata todas las diligencias a su alcance para determinar el paradero de las personas desaparecidas. En el mismo sentido, también reconoce que toda víctima tiene derecho a que las autoridades actúen preservando su vida e integridad.

Con lo anterior es claro que de ambos dispositivos surgió un sistema nacional integrado por instancias federales y locales<sup>26</sup>, mismo que significó la asignación de la búsqueda como objetivo explícito para la estructura institucional del país desde una perspectiva federalista de coordinación interinstitucional.

De esta forma, para el caso de estudio, desde al ámbito local en Guanajuato se cuenta con la Ley para la Búsqueda de Personas Desaparecidas en el Estado de Guanajuato, cuyo objeto es garantizar la protección integral de los derechos de las personas desaparecidas hasta que se conozca su suerte o paradero. Al mismo tiempo, el artículo 18 de la Ley de Víctimas del Estado de Guanajuato, señala que “toda víctima de desaparición tiene derecho a que las autoridades desplieguen las acciones para su protección con el objetivo de preservar su vida y su integridad física y psicológica”.

En el mismo sentido, el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, en su artículo 69, precisa lo siguiente:

Toda persona cuyo paradero o ubicación se desconozca tiene el derecho a ser buscada por parte de las autoridades. Asimismo, las y los familiares y otras personas directamente afectadas por la ausencia tienen derecho a que se busque a la persona desaparecida o no localizada.

---

<sup>26</sup> Artículo 45, Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.

En el Amparo en Revisión 1077/2019, la Suprema Corte de Justicia señaló que existe un derecho a la búsqueda, consistente en el derecho de toda persona desaparecida y de sus personas queridas a que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para determinar la suerte o paradero de la persona reportada como desaparecida.

En el mismo sentido, en el amparo en revisión 51/2020, la Primera Sala de la SCJN precisó que la desaparición forzada de personas es una de las violaciones más graves de derechos humanos que exhibe la incapacidad del Estado de garantizar el derecho a la integridad, seguridad, libertad y dignidad de las personas sujetas a su jurisdicción, cuyo parámetro de regularidad constitucional incluye la impostergable obligación de búsqueda de la persona desaparecida con toda la fuerza institucional disponible y la coordinación institucional necesaria para lograr ese cometido<sup>27</sup>.

Así, la SCJN precisó que se activan de manera cualificada y con diligencia extrema los deberes específicos contenidos en el artículo primero constitucional: prevenir, investigar, sancionar y reparar, que son correlativos de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación.

La búsqueda de las personas desaparecidas con la intención de establecer su suerte o paradero y la investigación sobre los hechos que originaron su desaparición es un momento crítico para las víctimas y sus legítimas pretensiones de verdad y justicia<sup>28</sup>.

Por todo lo anterior, la SCJN ha señalado que la misión principal de las Comisiones de Búsqueda y el Sistema Nacional de Búsqueda es dar sustancia al mayor mandato convencional en materia de desaparición de personas: impulsar y coordinar todos los esfuerzos institucionales para hallar con vida a la persona desaparecida.

El derecho a la búsqueda es autónomo de otros derechos como el de acceso a la justicia y a la investigación penal que, si bien deben complementarse a través de la coordinación de todas las autoridades competentes en la materia, tienen finalidades distintas. Como se ha dicho, el derecho humano a ser buscada tiene como fin determinar la suerte y paradero de la persona víctima de desaparición, y el derecho de acceso a la justicia tiende a investigar lo ocurrido y determinar las sanciones penales a las personas responsables de la desaparición.

Si la desaparición forzada es pluriofensiva al afectar los derechos a la integridad, seguridad, a la igualdad y la libertad, y si todo acto de desaparición forzada constituye un

---

<sup>27</sup> Párrafo 80

<sup>28</sup> Párrafo 90

ultraje a la dignidad humana<sup>29</sup>, entonces las acciones que deben emprender las autoridades de manera coordinada para reparar esa afectación a partir de la localización de la persona desaparecida no puede tener sino el carácter de derecho humano, al estar enfocado precisamente en preservar la dignidad de la persona desaparecida.

Más aún: si se considera que la libertad, la autonomía, la igualdad, la satisfacción de ciertas necesidades básicas y la dignidad de la persona constituyen las propiedades materiales de los derechos humanos<sup>30</sup>, entonces es indudable que la expectativa a que las autoridades desplieguen todas las acciones encaminadas a no prolongar la afectación que la desaparición provoca en los derechos de la persona desaparecida, su familia y seres queridos, tiene el carácter de derecho humano.

Esto incluye, por supuesto, a aquellas desapariciones cometidas por particulares, ya que estos hechos también activan la obligación de actuación de todas las autoridades competentes.

En este sentido, adquiere relevancia la discusión sobre la eficacia horizontal de los Derechos Humanos. En el desarrollo de la teoría de los Estados Constitucionales se ha trascendido la idea de que la Constitución es únicamente un límite del poder público. Actualmente, hay relativo consenso respecto a que las normas constitucionales pueden ser aplicadas frente a cualquier controversia, incluyendo aquellas que suceden entre particulares<sup>31</sup>.

Hay dos formas de observar esa eficacia en las relaciones sociales. Por un lado, se considera que la eficacia horizontal se concreta de manera indirecta a través del efecto irradiante que los derechos fundamentales tienen sobre todo el derecho ordinario, y por otro lado, está la eficacia directa, en la que se afirma que los derechos humanos pueden oponerse inmediatamente frente a otro particular.

La eficacia horizontal, derivada del caso Luth de 1950, parte de que la Ley fundamental establece un orden objetivo de valores a través de los derechos fundamentales. Así, el efecto horizontal se materializa de manera indirecta o mediata, porque las directrices emanadas por la ley fundamental a través de los derechos humanos se realizan a través de la interpretación y aplicación del derecho ordinario, incluyendo sus mecanismos de tipo procesal.

---

<sup>29</sup> Artículo 1.1 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>30</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *Derechos Fundamentales*, p. 1587.

<sup>31</sup> GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ª. ed., Fontamara, México, 2013, p. 154

Por su parte, en la eficacia directa los derechos fundamentales generan derechos y obligaciones entre particulares, toda vez que algunos son tan poderosos frente a otros, como lo puede ser el Estado mismo.<sup>32</sup>

En Alemania existen antecedentes en los que se ha reconocido a los particulares como sujetos vinculados con los derechos humanos. Esto se ha traducido de forma automática en el reconocimiento de “constelaciones específicas de poder”<sup>33</sup> como requerimientos indispensables para la vinculación directa de los derechos humanos. Por su parte, en el caso de Colombia, se reconoce la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos de particulares cuando se está subordinado o en indefensión ante quien los realiza; esto ha supuesto la posibilidad de que los derechos fundamentales proyecten sus efectos sobre los particulares que se encuentran en situaciones de desigualdad<sup>34</sup>.

De lo anterior se concluye que la eficacia horizontal inmediata de los derechos humanos pasa por reconocer las desigualdades que existen en nuestra sociedad y las relaciones de poder estructural entre personas en el mismo plano de igualdad formal, pero relacionadas en el plano material bajo esquemas de desigualdad similares a los que se actualizan en la relación ciudadanía-poder público. Como dice Ferrajoli:

El entero artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de derecho, como técnica de minimización del poder, de otra forma absoluto: de los poderes públicos, que se expresan en los arbitrios políticos y en los abusos policíacos y administrativos; pero también de los poderes privados, que se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal<sup>35</sup>.

La existencia de desigualdades sociales como materia de análisis constitucional también ha sido desarrollado en el ámbito nacional. Por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis con número de registro 161328, señala lo siguiente:

---

<sup>32</sup> BOROWSKI, Martin, “Una Introducción a la Drittwirkung de los derechos fundamentales”. En Mateos Durán, A. (coord.). *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2022. p. 12.

<sup>33</sup> CHRISTINE FUCHS, Marie. “La Drittwirkung de los derechos fundamentales y la autonomía del derecho privado en el orden jurídico alemán”. En Mateos Durán, A. (coord.). *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Op., Cit. p. 40

<sup>34</sup> USCANGA BARRADAS, Abril y LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la Acción de Tutela en Colombia”. En *Revista de la Facultad de Derecho en México*, 2011, vol. 61, núm. 256. p. 348.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado.” En Carbonell, M. et al, (coords.). *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*. Segunda edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 106.



La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.

Si bien desde el máximo tribunal se reconoce la existencia de relaciones de poder entre particulares como una circunstancia vigente que posibilita se vulneren derechos humanos en perjuicio de la parte más vulnerable, eso no se ha traducido en el establecimiento de garantías que permitan a las personas en esa situación demandar la protección de la justicia constitucional de manera inmediata.

#### IV. CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A SER BUSCADA: EL JUICIO DE AMPARO Y SUS LÍMITES

---

El *amparo* es un medio de control constitucional para resolver toda controversia que se suscite por las normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Héctor Fix Zamudio señala que uno de los cinco tipos de procesos que comprende el juicio de amparo, consiste en el *amparo habeas corpus o exhibición personal*, que tiene como propósito la protección de la libertad y la integridad personal, cuando las mismas son afectadas por autoridades no judiciales como la policía y el ministerio público<sup>36</sup>, mecanismo similar al *habeas corpus*, en cuyo origen se circunscribió como garantía para tutelar la libertad física frente a la privación ilegítima de esa libertad por actos arbitrarios.<sup>37</sup>

La Ley de Amparo vigente introdujo de forma expresa la figura de la desaparición forzada de personas, constituyendo una categoría específica dentro de los actos reclamados contenidos en el artículo 15 de la Ley de Amparo, generando con ello que no

---

<sup>36</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor. El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos, p. 264.

<sup>37</sup> CHALBAUD ZERPA, Reinaldo. "Habeas corpus". En *Liber Amicorum*, San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1998, p. 570.

El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares...

todas las características del juicio de amparo contra desaparición forzada resultan aplicables a los amparos presentados contra los actos prohibidos descritos en el primer párrafo del artículo 15 de la Ley de Amparo, esto es, en los *amparos habeas corpus*.<sup>38</sup>

En ese sentido, el último párrafo del artículo 15 de la Ley de Amparo, señala que cuando el acto constituye desaparición forzada de personas, el juez tiene un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima.

Además, establece que ninguna autoridad podrá condicionar a que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.

Esta disposición otorga facultades a la persona juzgadora para buscar a la persona desaparecida, para solicitar información, pero también para ordenar a todas las autoridades con obligaciones relacionadas con la búsqueda a que practiquen diligencias para buscar a la persona desaparecida<sup>39</sup>. Esto significa que las personas juzgadoras tienen atribuciones para conseguir la presentación de las víctimas de desaparición forzada a través de diligencias ordenadas o realizadas directamente por ellas<sup>40</sup>.

Así, esas atribuciones han sido ejercidas por algunas juezas o jueces federales llegando a resultados importantes; por ejemplo, se han involucrado de manera directa en la búsqueda presionando a las autoridades ministeriales realizar actos de investigación<sup>41</sup>.

En el caso de Guanajuato, las personas juzgadoras y sus equipos han buscado intensamente a personas desaparecidas, obteniendo información crucial sobre su destino y dejando constancia de múltiples irregularidades de las instituciones de procuración de justicia estatal y federal en la investigación de los hechos, han identificado posibles perpetradores y, finalmente, han concedido el amparo ordenando a un amplio rango de autoridades medidas de reparación, satisfacción, restitución y no repetición<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> TAPIA OLIVARES, Luis Eliud, "El amparo contra la desaparición forzada de personas", en *Manual sobre desaparición de personas*, Op. Cit., p. 362.

<sup>39</sup> *Ibidem* p. 401.

<sup>40</sup> COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA. El amparo buscador: una herramienta contra la desaparición forzada de personas, guía para familiares y personas juzgadoras, 2021, p.38.

<sup>41</sup> YANKELEVICH, Javier. *Jueces y Leviatanes en el laberinto: diagnóstico del juicio de amparo contra desaparición forzada*, p. 392.

<sup>42</sup> *Ídem*

La utilidad práctica del amparo está demostrada. Sobre todo, cuando se trata de garantizar que los mecanismos de búsqueda inmediata se desenvuelvan eficazmente y que las autoridades con competencia para ello lo hagan sin omisiones y de manera apropiada.

Para precisar lo anterior, es conveniente enunciar -sin afán de exhaustividad- algunas de las peticiones que pueden hacerse a partir del amparo buscador: ordenar a las autoridades que investiguen de inmediato la desaparición forzada, supervisando su trabajo y permitiendo se pueda acceder al expediente; realizar de inmediato una búsqueda judicial independiente y pedir al juez o la jueza que se involucre personalmente; continuar con la búsqueda judicial, de forma paralela a la que pueda realizar el Ministerio Público y las comisiones de búsqueda; dictar una sentencia de fondo (es decir, una sentencia que se refiera a los hechos de la desaparición, sobre la búsqueda y las personas responsables) con efectos reparadores, incluyendo órdenes para todas las autoridades encargadas de combatir la desaparición y reparar los daños causados<sup>43</sup>.

Aunque el Comité contra las desapariciones de Naciones Unidas lamentó que muy pocos jueces aplican el *amparo buscador*<sup>44</sup>, el juicio de derechos se utiliza cada vez más<sup>45</sup>. De acuerdo con información remitida por el Poder Judicial de la Federación, durante 2021 y 2022 se promovieron 2,385 amparos en donde alguno de los actos reclamados consistió en desaparición forzada, 104 de los cuales se promovieron en Guanajuato<sup>46</sup>. Así mismo, en el marco del cuarto informe de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato ante el Congreso del Estado de Guanajuato, la fiscalía reconoció que algunas acciones de búsqueda derivaron de indagatorias iniciadas con motivo de juicios de amparo.

En contrasentido, es necesario señalar que una de las principales limitaciones de este mecanismo es, precisamente, que se limita a casos de desaparición forzada, toda vez que remite a una concepción de derecho humano como prerrogativa protectora ante la autoridad. En el caso específico de la desaparición de personas, el juicio de amparo procede contra la desaparición forzada de personas, esto es, contra la desaparición cometida por servidores públicos o por particulares siempre que hayan contado con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público.

De esta forma surge el problema de que, aun cuando la búsqueda es un derecho humano, no existen medios de control constitucional a nivel federal que garanticen el

---

<sup>43</sup> COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA. El amparo buscador, *Op. Cit.*, p.51.

<sup>44</sup> ONU-DH México. La desaparición forzada en México, *Op. Cit.*, párr. 59.

<sup>45</sup> YANKELEVICH, Javier. Jueces y Leviatanes en el laberinto, *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>46</sup> En la respuesta a la solicitud de información con Folio 330030423000337.

El derecho a ser buscada y su garantía frente a desapariciones cometidas por particulares...

derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas cuando se trata de desapariciones cometidas por particulares.

La vigente Ley de Amparo establece que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos, y cuando sus funciones estén determinadas por una norma general. En principio, tal definición amplía la procedencia del juicio de amparo para que también se estudien posibles violaciones de derechos humanos por parte de particulares; sin embargo, para que esto sea viable, un acto de particular tendrá que ser equivalente al de una autoridad y estar sustentado en una norma general. Estas dos condiciones precisan que es requisito para la procedencia del juicio de derechos, que el particular realice funciones propiamente públicas.

Al interpretar esa disposición, la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha establecido que debe comprobarse que la autoridad haya otorgado los medios (un respaldo normativo) para posicionar a un particular en una situación diferenciada para generar un acto con el potencial de actualizar una violación a un derecho humano<sup>47</sup>.

Por su parte, la Declaración sobre los Agentes No Estatales en el Contexto de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del Comité Contra la Desaparición Forzada, explicó los criterios que deben cumplirse para que la desaparición que sea obra de personas que no sean agentes del Estado, se considere desaparición forzada en el sentido de la Convención. En particular, se refirió a las categorías autorización, apoyo o aquiescencia.

Así, aunque es posible considerar que existe desaparición forzada cuando es cometida por un particular, y por ello procedente el juicio de amparo, siempre se requiere la intervención estatal ya sea a través de la autorización, el apoyo y la aquiescencia. Así, debe existir un vínculo o nexo del poder público con el acto de desaparición cometido por un particular, lo que conlleva la inviabilidad de la eficacia inmediata, la cual no condiciona la existencia de algún vínculo del Estado con el particular como sujeto activo, sino lo que se requiere es la existencia de un poder o subordinación de un particular frente a otro.

De lo anterior, se deriva con claridad un obstáculo para la garantía del derecho a ser buscada. En términos del propio Comité Contra la Desaparición Forzada: hay una

---

<sup>47</sup> Semanario Judicial de la Federación, Amparo indirecto contra actos de particulares. Interpretación del artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la ley de amparo, Décima Época, Registro digital: 2021955, Instancia: Primera Sala, Tipo: Aislada, Libro 77, agosto de 2020, Tomo IV, Materia(s): Común, Tesis: 1a. XXI/2020 (10a.), p. 3041

preocupación respecto al creciente número de denuncias de desapariciones imputables a agentes no estatales que actúan sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Además, “los Estados tienen obligaciones estrictas en relación con la diligencia debida cuando tienen conocimiento de un caso de desaparición, o de un riesgo real e inminente de desaparición, que sea obra de un agente no estatal. Estas obligaciones de diligencia debida son especialmente estrictas cuando se trata de mujeres o niñas, debido a la relación que la desaparición puede tener con actos de violencia sexual, feminicidio y trata de mujeres, entre otros”<sup>48</sup>.

## V. HACIA UN JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A SER BUSCADA EN LAS DESAPARICIONES COMETIDAS POR PARTICULARES.

---

Pese a que las entidades tienen responsabilidades de búsqueda a través de sus instituciones como el ministerio público y la comisión de búsqueda, para el caso de Guanajuato su eficiencia y eficacia han sido cuestionadas con frecuencia en los últimos años desde los colectivos de personas buscadoras de personas desaparecidas. Y si bien es cierto que el juicio de amparo de la justicia federal ha contribuido a solventar algunas de las deficiencias prácticas que tienen las autoridades locales, también es cierto que la implementación de este mecanismo se enfrenta no sólo a su inaplicabilidad en casos de desaparición de personas cometida por particulares, sino también a la inexistencia del reconocimiento del derecho a la búsqueda a nivel local y -en consecuencia- a la inexistencia de medios de control constitucional locales que garanticen el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas.

Víctor Abramovich señala:

El reconocimiento de derechos impone habitualmente la necesidad de establecer medidas judiciales o de otro tipo que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, si el sujeto obligado no da cumplimiento a su obligación. Esto quiere decir que el enfoque basado en derechos

---

<sup>48</sup> COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. *Declaración sobre los agentes no estatales en el contexto de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. 2023.

establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías.<sup>49</sup>

Como se dijo antes, el juicio de amparo en materia de desaparición de personas es procedente únicamente frente a desapariciones forzadas, dejando sin esta garantía jurisdiccional a quienes son víctimas de desaparición cometida por particulares, que, como se ha señalado, es el supuesto más recurrente en los últimos años.

En este sentido, pese a que se considera razonable que la obligación de las autoridades para actuar de manera inmediata ante una desaparición se refuerce al más mínimo indicio de participación de agentes estatales o grupos que actúan con su complicidad o aquiescencia<sup>50</sup>, también se considera injustificado que no se cuente con mecanismos de control constitucional cuando se trata de desapariciones cometidas por agentes no estatales. En este caso, se actualiza una violación grave a los derechos humanos, y se activa la obligación de actuación de todas las autoridades competentes.

En ese sentido, esa limitación del amparo federal puede colmarse desde la acción legislativa; es decir, se trata de una deficiencia que puede ser abordada no sólo por el Poder Legislativo Federal, cuyo volumen de trabajo legislativo vuelve más lenta la posibilidad de solventarla, sino que los Congresos Locales pueden atenderla y, en su ámbito de competencia, solventarla. Tal es el caso del estado de Guanajuato, donde los colectivos de buscadoras de personas desaparecidas han exigido al Poder Legislativo local actuar para solventar las muchas fallas del sistema de búsqueda a nivel estatal. En otros términos, el reconocimiento positivo del derecho a la búsqueda y sus mecanismos de protección en todos los casos son una materia pendiente tanto a nivel nacional como subnacional.

Por eso, se considera que es posible recoger desde la justicia constitucional local lo mejor de la experiencia que ha tenido el amparo buscador a nivel federal, para incorporar en el ámbito local un mecanismo de control para aquellos casos en los que no puede invocarse la justicia federal por tratarse de desapariciones forzadas. Así, existe un área de oportunidad para que una autoridad jurisdiccional revise las acciones u omisiones de las autoridades locales con competencia en la materia, para garantizar que se desplieguen todas sus atribuciones y cumplan con sus obligaciones de búsqueda.

---

<sup>49</sup> ABRAMOVICH, Víctor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. En *Revista de la Cepal*, núm. 88, p. 40-41.

<sup>50</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 51/2020, párrafo 79.

A pesar del desarrollo que ha tenido la legislación de Guanajuato en los últimos años en materia de desaparición de personas, se siguen reproduciendo actuaciones desapegadas al marco legal. Prueba de ello son los testimonios de los colectivos de personas buscadoras y familias de personas desaparecidas, mismos que han quedado documentados no sólo en sus movilizaciones de protesta y denuncia colectiva, sino también en espacios legislativos como las mesas de trabajo llevadas a cabo en octubre de 2022 en el Congreso del Estado de Guanajuato en el marco de los trabajos de una agenda común de búsqueda de personas<sup>51</sup>. Del mismo modo, ha quedado constatado en diversos medios de comunicación que autoridades -como la Fiscalía local- han actuado de forma omisa e irresponsable a pesar de que han contado con información para actuar y dar con el paradero de personas desaparecidas<sup>52</sup>.

En ese sentido, en congruencia con lo que señala el Protocolo Homologado en cuanto a que “los familiares de las personas desaparecidas tienen el derecho de combatir, por distintas vías legales, las omisiones y/o negligencia de las autoridades”<sup>53</sup>, resulta necesario que, de la mano del reconocimiento del derecho humano a ser buscada, se pueda desarrollar la garantía jurisdiccional consistente en el juicio para la protección del derecho a ser buscada.

Así, este recurso podría servir como instrumento de defensa frente al circuito burocrático-político de la desaparición, esto es, frente a los actos negligentes de la autoridad relacionada con el borrado de huellas, la negativa de la desaparición, la desacreditación de la denuncia, la prórroga de la atención<sup>54</sup>, y por supuesto podría abarcar a las autoridades que se abstienen de buscar, o lo hacen de manera inadecuada.

La posibilidad de este juicio tendría como objeto la garantía del derecho de toda persona desaparecida a ser buscada, traducida en que las autoridades competentes cumplan con el mandato constitucional y convencional para encontrar con vida a la persona desaparecida. Para ello, similar a lo que ocurre con el amparo federal, a nivel local pueden otorgarse facultades a las y los jueces para buscar a las personas desaparecidas, pudiendo solicitar información, y ordenar a todas las autoridades locales

---

<sup>51</sup> Congreso del Estado de Guanajuato. (2022). “Mesa de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos y Atención a Grupos Vulnerables (Reunión con familiares, en el marco de la agenda común en materia de la Ley para la Búsqueda de Personas Desaparecidas)”. En *Comisión de Derechos Humanos y Atención a Grupos Vulnerables*. 26 de octubre. Guanajuato: Comisión de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YQiFrosm8WY&t=2307s>

<sup>52</sup> FERRI, Pablo. “Sobrevivir a Salvatierra”, *El País*, 17 de julio de 2022.

<sup>53</sup> En línea: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5601905&fecha=06/10/2020#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5601905&fecha=06/10/2020#gsc.tab=0), Párrafo 142

<sup>54</sup> GONZÁLEZ VILLARREAL, Roberto, *Op. Cit.*, p. 34

con obligaciones relacionadas con la búsqueda para que practiquen diligencias para buscar a la persona desaparecida.

En este sentido, se considera que dicho juicio debería no sólo proceder contra desapariciones cometidas por particulares, sino también que -en busca de la máxima efectividad- su implementación pueda presentarse por cualquier persona y a través de medios electrónicos, sin exigir la comparecencia o ratificación de la demanda por la víctima. A la par, se requeriría otorgar atribuciones a la persona juzgadora en el sentido de que, en un lapso de tiempo mínimo pueda ordenar a todas las autoridades locales con obligaciones relacionadas con la búsqueda, practicar diligencias para buscar a la persona desaparecida: para ordenar a las autoridades que investiguen de inmediato la desaparición, supervisando su trabajo; así como para dictar una sentencia de fondo para reparar integralmente los daños causados.

La posibilidad de desarrollo de esta garantía está en sintonía con lo que ha establecido la Suprema Corte de Justicia en cuanto a la posibilidad de que las entidades federativas pueden ampliar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Federal y los tratados internacionales, crear derechos nuevos y establecer los mecanismos para garantizarlos. Todo ello, por supuesto, en respeto de la distribución de competencias establecidas en la Constitución Federal.

En el caso, hemos señalado que el juicio de amparo no se contempla la posibilidad de conocer de casos de desaparición cometida por particulares, por lo que el juicio de protección local no invadiría, sino que complementaría lo que se hace desde la justicia federal. En este sentido, dicha propuesta sería un ejemplo de coordinación federalista en una materia de primera importancia para la dignidad de las personas.

En estos términos, la construcción de esta garantía presupone la inclusión Constitucional a nivel local del derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas, reconociéndolo como derecho humano, traducido en la expectativa de que las autoridades realizarán las acciones pertinentes y de forma inmediata para encontrar a la persona desaparecida, con el propósito de preservar la pluralidad de derechos que se ven afectados con la desaparición.

Una vez incorporado este derecho constitucional, al irradiar el sistema jurídico y vincular a todas las autoridades para darle cumplimiento, todas las autoridades tienen que seguir tomando medidas a fin de garantizar de la mejor manera posible ese principio constitucional con base en el principio de progresividad.



De esta manera, se considera que una garantía en estos términos podría abonar a generar el efecto útil de la norma en la operación del derecho humano de las personas desaparecidas a ser buscadas. A la par, serviría como medio de control constitucional local de la obligación de actuación de las autoridades competentes en materia de desaparición, fortaleciendo con ello las posibilidades de hacer exigible el derecho.

Por ello, el reconocimiento de una garantía constitucional contra actos realizados por particulares, de ninguna manera implicaría un despropósito, sino el establecimiento de un instrumento necesario en el contexto de violencia y desapariciones que padecemos, las que, evidentemente, suceden en un contexto de poder y fuerza desmedida de quien las ejecuta, ya sean agentes estatales o sujetos privados.

Sin duda, llevar a cabo esta propuesta implicaría retomar, considerando el contexto actual y sus necesidades específicas, el criterio realista establecido por la Suprema Corte en el caso *Marcolfo*. Criterio que reconoció como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, a las personas que disponen de la fuerza pública, entendiendo por esta la que se sustenta tanto en la ley como en la fuerza de hecho, o sea, en la “posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”<sup>55</sup>.

La Justicia Constitucional Local ha encontrado desarrollo en México a partir del año 2000,<sup>56</sup> y en el caso estudiado se muestra que es un buen momento para apuntalarlo a través de mecanismos que atiendan a las necesidades locales, y sobre todo buscando ampliar aquellos espacios no colmados desde la justicia federal.

De esta manera, esta propuesta incorpora la idea de que los derechos humanos deben resguardarse también de violaciones cometidas por particulares, sobre todo frente a actos que ultrajan la dignidad humana, y que se ejercen en un contexto de violencia y poder de hecho indudables, pues son ejecutados por agentes con los suficientes medios para someter de manera permanente a sus víctimas y salir impune en la gran mayoría de los casos.

---

<sup>55</sup> SILVA GARCÍA, Fernando, y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, *El juicio de amparo frente a particulares*, 2ª ed., Porrúa, México, 2018, p. 2

<sup>56</sup> FEERER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional Local*, p. 459.

## VI. CONCLUSIONES

---

El presente trabajo muestra que la justicia constitucional local está muy limitada para proteger el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas cuando se trata de casos cometidos por particulares.

Al analizar cómo se ha desarrollado el fenómeno de la desaparición de personas en el caso estudiado se da cuenta de que la prevalencia de las desapariciones ejecutadas por agentes no estatales en el caso de Guanajuato es muy superior a la de desaparición forzada.

Por su parte, cuando se revisó el alcance que tiene el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas en el sistema jurídico nacional, y local para el caso de Guanajuato, se dio cuenta de su carácter de derecho humano que encuentra en el juicio de amparo su principal medio de garantía jurisdiccional.

Lamentablemente, el análisis del juicio de amparo como mecanismo para garantizar el derecho de las personas desaparecidas a ser buscadas reveló un obstáculo insalvable en casos de desaparición cometida por particulares. Específicamente, este mecanismo procede únicamente contra una de las modalidades de desapariciones, siendo esta la desaparición forzada, que, según el estudio, ocurre con menor frecuencia en los casos examinados.

Este panorama expuso la importancia de desarrollar un mecanismo desde la justicia constitucional local. Por ello, se plantea la necesidad de fortalecer los mecanismos jurídicos vigentes para enfrentar el problema mediante un medio de control constitucional local que atienda el derecho a ser buscada en casos de desaparición cometida por particulares.

Dicha propuesta no sólo es urgente para contribuir al fortalecimiento del sistema de búsqueda de personas, sino que también es posible en el marco de distribución de competencias en nuestro sistema federal. Esto toda vez que desde las entidades federativas se pueden ampliar y desarrollar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Federal y los tratados internacionales, crear derechos nuevos y establecer los mecanismos para garantizarlos.

Ahora bien, esa atribución cobra importancia cuando se ejerce ante la necesidad de fortalecer los mecanismos locales, y frente a las omisiones en la protección y garantía de la justicia federal. Como es el caso de Guanajuato.

Además, esto implicaría dar un paso adelante desde el ámbito local, en el reconocimiento de la eficacia horizontal inmediata de los derechos humanos, al considerar que la desaparición realizada por particulares actualiza una violación grave a los derechos humanos, y que esta debe ser vista desde los derechos humanos como análoga a la realizada por el Estado, pues es indudable la fuerza de hecho con la que cuentan quienes de manera sistemática y casi siempre impune, ejercen estos actos que ultrajan la dignidad humana.

Por último, es necesario puntualizar que el presente artículo deja abiertas otras vetas de investigación derivadas del estudio de caso, tales como el papel del andamiaje jurídico e institucional de las autoridades en la garantía del derecho a ser buscada, el reconocimiento y garantía de la dignidad póstuma de las personas desaparecidas en el proceso de identificación, así como la lucha legislativa emprendida por las personas y colectivos de búsqueda de personas desaparecidas.

## VII. REFERENCIAS

---

ABRAMOVICH, Víctor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. En *Revista de la Cepal*, núm. 88. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf). Consulta: 30 de octubre de 2023.

ANSOLABEHERE, Karina. “Nociones generales de la desaparición y la desaparición forzada de personas”. En Tapia Olivares, L. (coord.). *Manual sobre desaparición de personas*. Primera edición. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2022. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-10/Manual%20de%20desaparicion%20de%20personas.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio 2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

AURELIANI, Thomas. “Desapariciones forzadas en América Latian y México: evolución del fenómeno y rol del crimen organizado”. En *Foro Internacional*, 2023, vol. LXIII, núm. 4, p. 730-747. Disponible en: <https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi>. Consulta: 31 de octubre de 2023.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Derechos Fundamentales*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

CALVEIRO, Pilar. “Desaparición y gubernamentalidad en México”. En *Historia y Grafía*, 2021, año 28, núm. 56, p. 17-52. Disponible en: <https://www.revistahistoriaygrafia.com.mx/index.php/HyG/article/view/355>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

CHALBAUD ZERPA, Reinaldo. “Habeas corpus”. En *Liber Amicorum*, San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1998, p. 567-585. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

CHRISTINE FUCHS, Marie. “La Drittwirkung de los derechos fundamentales y la autonomía del derecho privado en el orden jurídico alemán”. En Mateos Durán, A. (coord.). *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2022. p. 25-52.

COMISIÓN NACIONAL DE BÚSQUEDA. *El amparo buscador: una herramienta contra la desaparición forzada de personas, guía para familiares y personas juzgadas*, 2021. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/644426/GuiaAmparoBuscador.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. *Declaración sobre los agentes no estatales en el contexto de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. Naciones Unidas. 2023.

COMPLETA, Enzo. “Capacidad estatal: ¿Qué tipo de capacidades y para qué tipo de Estado?”. En *Revista PostData: revista de reflexión y análisis político*, 2017, vol. 22, núm. 1, p. 111-140. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/522/52251158004.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

CONSEJO MEXICANO DE CIENCIAS SOCIALES. *John Saxe-Fernández, Crímenes de lesa humanidad*. En línea: <https://www.comecso.com/blog/john-saxe-fernandez-crimenes-de-lesa-humanidad> Consulta: 30 de octubre de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado.” En Carbonell, M. *et al*, (coords.). *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*. Segunda edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 99-110. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/349-estrategias-y-propuestas-para-la-reforma-del-estado-2a-ed>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional Local*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/18.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

- FIX ZAMUDIO, Héctor. *El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/685/12.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- GONZÁLEZ VILLAREAL, Roberto. *La desaparición forzada en México*. Primera edición. Ciudad de México: Terracota, 2022.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Cuarta edición: México: Fontamara, 2013.
- GUILLÉN, Alejandra, y PETERSEN, Diego, “El regreso del infierno: los desaparecidos que están vivos”. En *A dónde van los desaparecidos*. Disponible en: <https://adondevanlosdesaparecidos.org/2019/02/04/los-desaparecidos-que-estan-vivos/>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- LORUSSO, Fabrizio. “Una discusión sobre el concepto de fosa clandestina y el contexto mexicano. El caso de Guanajuato”. En *Historia y Grafía*, 2021, año 28, núm. 56, p. 129-170. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/348263235\\_Una\\_discusion\\_sobre\\_el\\_concepto\\_de\\_fosa\\_clandestina\\_y\\_el\\_contexto\\_mexicano\\_El\\_caso\\_de\\_Guanajuato](https://www.researchgate.net/publication/348263235_Una_discusion_sobre_el_concepto_de_fosa_clandestina_y_el_contexto_mexicano_El_caso_de_Guanajuato). Consulta: 30 de octubre de 2023.
- MENDOZA, Jorge. “La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva”. En *Polis*, 2011, vol. 7, núm. 2, p. 139-179. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/polis/v7n2/v7n2a6.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas en América Latina*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12028.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- FERRI, Pablo. “Sobrevivir a Salvatierra”, En *El País*, 17 de julio de 2022. Disponible en: <https://elpais.com/mexico/2022-07-17/sobrevivir-a-salvatierra.html>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- ONU-DH México. *La desaparición forzada en México: Una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas*, 3ª edición, México: ONU-DH y GIZ. Disponible en: [https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/08/3ed\\_DesaparicionForzadaEnMX\\_Una-mirada\\_SistemaONU\\_2022\\_web.pdf](https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/08/3ed_DesaparicionForzadaEnMX_Una-mirada_SistemaONU_2022_web.pdf). Consulta: 30 de octubre de 2023.
- SFERRAZZA TAIBI, Pietro. “La búsqueda de personas desaparecidas: derecho humano de las víctimas y obligación internacional del Estado”. En *Estudios Constitucionales*, 2021, vol. 19, núm. 1, p. 265-308. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v19n1/0718-5200-estconst-19-01-265.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.
- SILVA GARCÍA, Fernando, y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián. *El juicio de amparo frente particulares*, 2ª ed., Porrúa, México, 2018.

SPIGNO, Irene, y ZAMORA VALADEZ, Carlos. “Evolución de la desaparición forzada de personas en México. Análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6405/17.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

URREJOLA NOGUERA, Antonia, y PASCUAL RICKE, Tomás Ignacio. “La incorporación del derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como derecho autónomo a partir de la desaparición forzada de personas”. En Ibáñez Rivas, J., *et al*, (coords.). *Desaparición Forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, Impactos y Desafíos*. Primera edición. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2020. p. 91-131. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39763.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

USCANGA BARRADAS, Abril, y LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la Acción de Tutela en Colombia”. En *Revista de la Facultad de Derecho en México*, 2011, vol. 61, núm. 256. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30379/28219>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

TAPIA OLIVARES, Luis Eliud, “El amparo contra la desaparición forzada de personas”. En Tapia Olivares, Luis Eliud (Coord.), *En Manual sobre desaparición de persona*. Primera edición. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2022. p. 357-428. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-10/Manual%20de%20desaparicion%20de%20personas.pdf> Consulta: 30 de octubre de 2023.

YANKELEVICH, Javier. *Jueces y Leviatanes en el laberinto: diagnóstico del juicio de amparo contra desaparición forzada*. Disponible en: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/JUECES%20Y%20LEVIATANES%20EN%20EL%20LABERINTO.pdf>. Consulta: 30 de octubre de 2023.

#### *Páginas electrónicas consultadas:*

Semanario Judicial de la Federación. (Fecha de consulta: [fecha]). Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPDNO). (Fecha de consulta: [fecha]). Disponible en: <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx>

Congreso del Estado de Guanajuato. (2022). “Mesa de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos y Atención a Grupos Vulnerables (Reunión con familiares, en el marco de la agenda común en materia de la Ley para la Búsqueda de Personas Desaparecidas)”. En Comisión de Derechos Humanos y Atención a Grupos Vulnerables. 26 de octubre. Guanajuato: Comisión de Derechos Humanos. <https://www.youtube.com/watch?v=YQiFrosm8WY&t=2307s>

Diario Oficial de la Federación. (Fecha de publicación: 06/10/2020) (Fecha de consulta: [fecha]). Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5601905&fecha=06/10/2020#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5601905&fecha=06/10/2020#gsc.tab=0)

Zona Franca Noticias. (Fecha de publicación: [fecha]). "Guanajuato se acerca a las 3 mil 800 personas desaparecidas hasta el primer semestre de 2023". Disponible en: <https://zonafranca.mx/politica-sociedad/guanajuato-se-acerca-a-las-3-mil-800-personas-desaparecidas-hasta-el-primer-semester-de-2023/>

*Legislación consultada:*

Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.

Ley General de Víctimas.

Ley para la Búsqueda de Personas Desaparecidas en el Estado de Guanajuato.

Ley de Víctimas del Estado de Guanajuato.



ARTÍCULO

OPEN ACCESS

# La Corte Penal Internacional: adversario o generador del desorden mundial

## *The International Criminal Court: adversary or generator of world disorder*

Orlando del Rosario Gutiérrez López

000-0003-4960-9741

Flor Margarita Fong Villegas

000-0002-5710-464X

Pedro Luis Martín Loera

0000-0000-4986-3606

Recibido: 02 de octubre 2023.

Aceptado: 29 de noviembre 2023.

**Sumario.** I. Introducción. II. Antecedentes directos de la Corte Panal Internacional. III. La Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma. IV. La falta de Tutela Judicial Efectiva de la Corte Penal Internacional. V. Competencia Material. Los Tipos Penales. VI. Reflexiones finales. VII. Fuentes consultadas.



# La Corte Penal Internacional: adversario o generador del desorden mundial

*The International Criminal Court: adversary or generator of world disorder*

Orlando del Rosario Gutiérrez López\*

Flor Margarita Fong Villegas\*\*

Pedro Luis Martín Loera\*\*\*

**Resumen.** El presente trabajo pretende abordar, en el marco del contexto internacional, los desafíos que vive la comunidad internacional, los entes supranacionales y particularmente la Corte Penal Internacional como actor preponderante en el entorno internacional. El mencionado ente tiene la oportunidad de desempeñar un papel decisivo como generador de estabilidad o, en su defecto, de caos internacional, según sus acciones u omisiones al cumplir con su esencia y naturaleza para la cual fue creado. Este desafío significativo que enfrenta, junto con su eficacia y eficiencia, representa un punto de inflexión para el contexto internacional, la justicia y la cohesión de la comunidad internacional. Si tiene éxito, podría marcar un hito, pero en caso de fracaso, podría ser el inicio de un nuevo paradigma en la integración de la procuración e impartición de justicia penal a nivel global.

**Palabras Clave:** Justicia, Desorden mundial, Tutela judicial efectiva, Corte Penal Internacional.

**Abstract.** This paper aims to explore the challenges encountered by the international community, supranational entities, and, notably, the International Criminal Court as a

---

\* Doctor en Ciencias del Derecho, Profesor e investigador de tiempo completo titular "A" de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Profesor con perfil deseable PRODEP, miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT, miembro del cuerpo académico de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Email: [orlandogutierrezlopez@uas.edu.mx](mailto:orlandogutierrezlopez@uas.edu.mx).

\*\* Doctorante en Ciencias Administrativas por la Universidad Autónoma de Occidente, parte del Programa Nacional de Posgrado de Calidad inscrito en el CONACYT, Maestría en Administración con especialidad en Mercadotecnia. Licenciatura en Mercadotecnia, ambos por la Universidad Autónoma de Occidente (UAdeO). Email: [flor.fong@uadeo.mx](mailto:flor.fong@uadeo.mx).

\*\*\* Doctor en Ciencias del Derecho, Profesor e investigador Asignatura de la Facultad de Derecho Culiacán de la Universidad Autónoma de Sinaloa, así como de la Universidad del Policía del Estado de Sinaloa. Email: [licmartinloera@gmail.com](mailto:licmartinloera@gmail.com).

pivotal actor in the global landscape. The focus is on the entity's potential role as a key contributor to either stability or international chaos, contingent on its actions or omissions in fulfilling its inherent purpose and nature. The substantial challenge it confronts, coupled with considerations of its effectiveness and efficiency, marks a crucial juncture for the international arena, justice, and the cohesion of the global community. A successful outcome could signify a milestone, while failure may herald the inception of a new paradigm in the integration of global criminal justice delivery.

**Keywords:** Justice, Global disorder, Effective judicial protection, International Criminal Court.

## I. INTRODUCCIÓN

---

En las últimas décadas, los fundamentos tradicionales del derecho internacional han enfrentado desafíos en diversos aspectos. Por un lado, las perspectivas positivistas han contribuido a establecer el actual orden internacional, con sus aspectos positivos y negativos. Por otro lado, las visiones críticas resaltan las debilidades de las instituciones internacionales, que en ocasiones han sido incapaces de cumplir adecuadamente sus propósitos, lo que ha resultado en un sistema global injusto y desigual.

El aumento significativo de actores en el escenario internacional ha suscitado un análisis detallado de las capacidades y limitaciones de estos, especialmente aquellos en los que se tenían expectativas de preservar la paz y proteger la dignidad humana.

Un actor particular de interés es la Corte Penal Internacional (CPI), establecida con la intención de convertirse en un tribunal permanente que juzgue los crímenes más graves contra la humanidad. A pesar de las expectativas de ser una entidad supraestatal que priorice la seguridad humana por encima de los intereses nacionales, la CPI ha enfrentado críticas a lo largo de los años. Estas críticas se centran en sus limitaciones, decisiones con sesgo y actuaciones parciales, lo que plantea dudas sobre su capacidad para cumplir con su misión.

Estos problemas en la actuación de la CPI se suman a los desafíos generales del sistema internacional, contribuyendo a la falta de orden en el panorama global y cuestionando la efectividad de las instituciones internacionales en su conjunto.

## II. ANTECEDENTES DIRECTOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

---

En el vasto terreno del derecho penal, han surgido dos áreas destacadas: el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Aunque a primera vista puedan parecer similares, en realidad abordan situaciones distintas. Ambas se ocupan de delitos, pero cada área se centra en un conjunto específico, guiado por razones y enfoques diferentes. La doctrina emplea el término "delitos internacionales" al referirse al derecho penal internacional y "crímenes internacionales" al hablar del derecho internacional penal. Esto sugiere que sus fuentes y principios pueden o no coincidir. Además, los casos son conocidos por tribunales diferentes, y los crímenes internacionales están estrechamente relacionados con los derechos humanos. Aunque no toda violación de los derechos humanos se considera un crimen internacional, todo crimen internacional representa una grave transgresión a los derechos humanos.

El derecho internacional penal es una fusión de dos campos poderosos: el derecho internacional y el derecho penal. Para captar su verdadera magnitud, resulta esencial resaltar la definición de Fernando Fernández desarrollando el siguiente planteamiento: “El derecho penal internacional es una materia jurídica de confluencia entre el derecho penal interno de los países y el derecho internacional. Se alimenta del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional bélico, contenidos estos últimos en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos [...]”<sup>1</sup>. En términos coloquiales, debemos de entender que el derecho internacional penal implica la evolución normativa y codificada de la clasificación de crímenes internacionales. Esto incluye la elaboración de principios y procedimientos destinados a facilitar juicios justos, asegurando un debido proceso. El objetivo es imponer las sanciones adecuadas a quienes sean responsables de estos actos.

Indudablemente, el enjuiciamiento de crímenes atroces, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y de agresión, a cargo de la CPI, es una manifestación concreta de la aplicación del derecho internacional penal. Por lo tanto, es crucial explorar la evolución que ha atravesado a lo largo del tiempo para obtener una comprensión más completa y profunda de este campo.

Ciertamente, es esencial destacar que el tribunal internacional penal más antiguo conocido tiene sus raíces en el año 1474, en la ciudad alemana de *Breisach*. Este tribunal,

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ, Fernando, *Genocidio y otros crímenes atroces*, Caracas, Livrosca, 2018.

denominado el Tribunal del Alto Rin, fue responsable de juzgar y condenar a muerte a *Peter Von Hagenbach*. *Hagenbach*, designado por Carlos III, Duque de *Borgoña*, como gobernador de la ciudad para llevar a cabo saqueos y sometimiento, perpetró violaciones, asesinatos y otros crímenes graves contra la población. Ante tales atrocidades, autoridades de territorios vecinos pertenecientes al Imperio Sacro Romano Germánico, que hoy en día corresponden a Francia, Alemania y Austria, formaron una coalición y establecieron un tribunal para enjuiciar a *Hagenbach*. La acusación se basó en la violación de los mandatos divinos y humanos. En un giro histórico significativo, *Hagenbach* argumentó, por primera vez registrado, que estaba siguiendo órdenes superiores como una defensa contra las acusaciones, una afirmación que fue rechazada. Este evento es crucial no solo por ser el primer juicio penal de carácter internacional, sino también por introducir la noción de obediencia debida como una posible eximente de responsabilidad.<sup>2</sup>

Es cierto que, a pesar de la importancia del juicio en *Breisach*, no se estableció un precedente inmediato para la creación de cortes penales internacionales. La primera propuesta formal y por escrito para la creación de tal tribunal surgió mucho más tarde, en 1872. Gustavo *Moynier*, quien había sido presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, presentó una iniciativa basada en las violaciones a la Convención de Ginebra sobre la guerra. Su documento consistía en 10 artículos y urgía la necesidad de establecer un organismo con esas características. Sin embargo, en ese momento, la propuesta de *Moynier* no fue bien recibida y no se materializó en la creación de una CPI.

Es fundamental destacar que, simultáneamente, se gestaron ideas y teorías jurídicas que más adelante se consolidarían como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). En este contexto, es crucial reconocer que el DIDH es una rama del derecho internacional que busca establecer un marco jurídico para la protección de los derechos fundamentales inherentes a la condición humana. Su origen se formaliza con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mismo año. No obstante, sus raíces se remontan a antecedentes como la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215, el desarrollo de la institución del hábeas corpus, el *Bill of Rights* de 1689 que

---

<sup>2</sup> ULLOA DÍAZ, Cesar Humberto y Méndez CALDERÓN, César Mariano, La Corte Penal Internacional y la constitución peruana de 1993. Recuperado de: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/consntiruperuana.htm> [último acceso: 11/10/2023]

limitaba el poder de la monarquía inglesa, así como la Declaración del Pueblo de Virginia en 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Aunque el DIDH fue influenciado por estos eventos históricos, su surgimiento inmediato fue una respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Su evolución continuó con instrumentos fundamentales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

El DIH se centra específicamente en la recopilación de normas convencionales y consuetudinarias destinadas a proteger a todas las personas, tanto militares como civiles, así como sus bienes, que podrían verse afectados por la existencia de un conflicto armado. El propósito fundamental del DIH es establecer límites y regulaciones para la conducta de las partes involucradas en el conflicto, ya sea este de carácter nacional o internacional. El objetivo principal es mitigar el sufrimiento humano durante los períodos de guerra, asegurando un trato humanitario a las personas que no participan directamente en las hostilidades y estableciendo restricciones sobre los medios y métodos de guerra.

Según Jaffé, el DIH comienza a tomar forma durante la guerra de independencia norteamericana, a través del desarrollo de la institución de la neutralidad. Aunque sus primeras normativas internacionales se establecen en la Declaración de París de 1856, el DIH continúa su evolución, destacando el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Este convenio consagra principios como la neutralidad y el respeto que se debe brindar al personal médico, heridos, enfermos y hospitales, entre otros, en el contexto de un conflicto bélico.<sup>3</sup>

La evolución del DIH destaca situaciones clave. La Declaración de San Petersburgo en 1868 marcó un paso importante, pero las Convenciones de La Haya de 1899 y su Reglamento, así como las de 1907, fueron vitales para la codificación de las normas de la guerra terrestre. Tras los horrores de la Gran Guerra, el Protocolo de Ginebra de 1925 prohibió el uso de gases asfixiantes y tóxicos. Sin embargo, fue la Segunda Guerra Mundial la que, tras la iniciativa de la Cruz Roja Internacional, inspiró la redacción de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977.

---

<sup>3</sup> JAFFÉ CARBONELL, Angelina, *Derecho internacional público*, Series Serie estudios 70, Venezuela, Editorial Caracas Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 422-423.

Estos documentos son la piedra angular actual del DIH, compilando normas jurídicas que regulan la conducta durante los conflictos armados.

Los Convenios de Ginebra abordan diferentes aspectos: el Convenio I se enfoca en la protección de combatientes heridos y enfermos, así como al personal médico y religioso, unidades médicas, hospitales y transporte médico ambulancias. El Convenio II protege a los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas marítimas, incluyendo buques hospitales y similares. El Convenio III establece normas para el tratamiento de prisioneros de guerra, mientras que el Convenio IV se centra en la protección de personas civiles. Además, los Protocolos adicionales I y II refuerzan la protección a las víctimas de conflictos internacionales y nacionales, respectivamente.<sup>4</sup>

Es cierto que el desarrollo del DIH estaba incompleto sin abordar las responsabilidades individuales frente a las atrocidades cometidas a lo largo de la historia. El siglo XX marcó un punto crucial en este sentido, especialmente después de las abominables conductas durante la Segunda Guerra Mundial. Como resultado, surgió la necesidad, en los países vencedores, de juzgar a los responsables de esas acciones.

El suceso principal en este proceso fue la creación de los Tribunales de *Núremberg* y Tokio. Aunque estos tribunales se materializaron después de la Segunda Guerra Mundial, la idea de establecer instancias similares ya se había planteado al finalizar la Primera Guerra Mundial, cuando se intentó juzgar al *Káiser* Guillermo II de Alemania por el crimen de agresión o la violación de tratados, como se evidencia en el artículo 227 del Tratado de Versalles<sup>5</sup>, que contemplaba la creación de un tribunal especial para su juzgamiento. Sin embargo, estas iniciativas no se concretaron hasta la creación de los Tribunales de *Núremberg* y Tokio.

Estos tribunales no solo marcaron un precedente histórico, sino que también sentaron las bases para instancias posteriores, como los tribunales de la Ex Yugoslavia y de Ruanda. Estos, a su vez, son antecedentes cercanos a la actual CPI, que representa un paso adicional en la búsqueda de la rendición de cuentas por crímenes internacionales.

La Declaración de Moscú, suscrita por los presidentes de los Estados Unidos, *Franklin Delano Roosevelt*, el primer ministro británico, *Winston Churchill*, y la máxima autoridad soviética, Josef Stalin, en octubre de 1943, marca un hito fundamental. Este

---

<sup>4</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra> [último acceso: 13/10/2023]

<sup>5</sup> Tratado de Paz de Versalles, Recuperado de: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/> [último acceso: 13/10/2023]

documento representa el primer paso formal hacia el establecimiento del derecho internacional penal moderno. Sin embargo, la materialización concreta de este concepto se lleva a cabo con el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.<sup>6</sup>

El Acuerdo de Londres da vida al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de *Núremberg*. Este evento no solo implica la creación de un tribunal internacional, con la definición de categorías delictivas y el establecimiento de normas procesales, sino que también consagra la superación de las soberanías nacionales frente a situaciones de extrema gravedad que afectan a la humanidad en su conjunto. Además, establece la responsabilidad individual ante las acciones de un aparato estatal, incluso cuando estas afectan a sus propios ciudadanos. Este enfoque sentó las bases para la concepción actual de la rendición de cuentas a nivel internacional por crímenes de tal magnitud.<sup>7</sup>

El año 1948 fue crucial para el avance de los derechos humanos a nivel internacional. La creación de un comité por parte de las Naciones Unidas, conformado por ocho miembros, para redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un evento significativo. Esta declaración fue finalmente aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 mediante la resolución 217A. Simultáneamente, el 9 de diciembre del mismo año, la Asamblea General adoptó el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que entró en vigencia el 12 de enero de 1951.

Posteriormente, en 1966, se aprueban dos pactos importantes: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en vigor desde el 3 de enero de 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entra en vigor el 23 de marzo de 1976. A lo largo del tiempo, se suceden otros eventos significativos, como la aprobación del Convenio de Viena de 1969 sobre la obligación de los tratados internacionales, vigente a partir del 27 de enero de 1980, y la decisión del Tribunal de Justicia de La Haya en 1971, que considera el Convenio contra el Genocidio como *ius cogens*.

Destacan también la resolución 3074 del 3 de diciembre de 1973 de las Naciones Unidas sobre los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Además, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles,

---

<sup>6</sup> Declaración de Moscú, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7056929> [último acceso: 13/10/2023]

<sup>7</sup> Acuerdo de Londres, Recuperado en <https://www.dipublico.org/102387/acuerdo-de-londres-para-el-establecimiento-de-un-tribunal-militar-internacional-1945/> [último acceso: 13/10/2023]

Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, entra en vigor el 26 de junio de 1987.<sup>8</sup>

Sin embargo, fue en respuesta a los graves conflictos en la ex Yugoslavia y en Ruanda que se crearon tribunales penales internacionales. Aunque estos tribunales son especiales y limitados a un espacio y tiempo determinados, marcan un avance significativo en la justicia penal internacional.

Es cierto que pasaron más de diez años después de los tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda para que el derecho internacional penal experimentara avances más concretos. El periodo entre 1998 y 1999 fue determinante, marcado por tres eventos que impulsaron significativamente el derecho internacional penal: la adopción del Estatuto de Roma en julio de 1998, el arresto de Augusto Pinochet en Londres en el mismo año y el procesamiento de Slobodan Milosevic en mayo de 1999.

Finalmente, el 1 de julio de 2002, el Estatuto de la CPI entró en vigor, al haber obtenido más de las 60 ratificaciones necesarias. Este estatuto representa la codificación del derecho internacional penal más allá de los elementos materiales, abarcando sectores penales accesorios como el derecho sancionador, la ejecución de la pena, la cooperación y asistencia judicial, así como el derecho procesal y la organización del tribunal.

Desde los juicios de *Núremberg* hasta la entrada en vigor del Estatuto de Roma, transcurrieron 57 años para que se consagrara un tribunal internacional permanente con un instrumento jurídico que abarcara aspectos tanto sustantivos como adjetivos, de organización y de ejecución. Este juicio representa un paso significativo hacia la consolidación de la justicia penal internacional.

### III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL ESTATUTO DE ROMA

---

Es interesante observar cómo las Naciones Unidas, frente a la persistente realidad de conflictos armados y crímenes atroces, llegaron a la conclusión de la necesidad de establecer una CPI de carácter permanente. Este esfuerzo no fue repentino, sino que se

---

<sup>8</sup> Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/principles-international-co-operation-detection-arrest> [último acceso: 13/10/2023]



remonta a 1989, cuando se iniciaron los trabajos con reiteradas solicitudes a la Comisión de Derecho Internacional.

En 1994, la Comisión presentó un proyecto, que pasó por un proceso de revisión y trabajo a cargo de un comité especial y, posteriormente, por el comité preparatorio. Este último llevó a cabo un extenso trabajo y se reunió del 16 de marzo al 3 de abril de 1998 para finalizar la preparación del proyecto. Este documento fue luego transmitido a la Conferencia Diplomática, que se llevó a cabo en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en Roma, desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998.

Este proceso de gestación y elaboración del Estatuto de Roma, que establece la base jurídica de la CPI, refleja el compromiso y la determinación de la comunidad internacional para abordar y sancionar los crímenes más graves que afectan a la humanidad. La creación de la CPI es considerada como uno de los sucesos de mayor relevancia en la búsqueda de la rendición de cuentas y la justicia penal internacional.

Después de un proceso de gestación que abarcó varios años, la iniciativa de las Naciones Unidas culminó con la creación del Estatuto de Roma de la CPI el 17 de julio de 1998. Este estatuto, después de algunas enmiendas, entró en vigor el 1 de julio de 2002. La rapidez con la que se logró la adhesión de 120 países para que entrara en vigor, superando ampliamente la cifra requerida de 60, es un testimonio del reconocimiento y respaldo global a la necesidad de una CPI permanente. Este éxito sin precedentes subraya el compromiso de la comunidad internacional en la promoción de la rendición de cuentas y la protección de los derechos fundamentales a través de la justicia penal internacional.

La creación de la CPI marcó un paso fundamental en la búsqueda de la justicia penal internacional. Esta corte tiene competencia para juzgar a personas naturales que cometan ciertos delitos establecidos en el Estatuto de Roma. Los crímenes que entran bajo su jurisdicción incluyen el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Es importante destacar que este tribunal internacional tiene personalidad jurídica internacional propia, lo que significa que es independiente de las Naciones Unidas. Sin embargo, para regular la cooperación entre ambas entidades, suscribió un acuerdo con las Naciones Unidas el 4 de octubre de 2004. Este acuerdo refleja su naturaleza dual, que es tanto una organización internacional independiente como un órgano jurisdiccional con normas sustantivas y adjetivas. Esta doble naturaleza subraya la autonomía y su relevancia en el ámbito de la justicia penal internacional.

La CPI es definida por el Estatuto de Roma en su artículo 1 como “[...] una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto a los crímenes más graves de trascendencia internacional [...]”<sup>9</sup>. El Estatuto de Roma en su artículo 1 se encarga de velar por que se respeten los Derechos Humanos de todas las personas que sean víctimas de algunos de los crímenes más inhumanos cuyas respectivas naciones no pudieron o no quisieron proteger.

Con anterioridad a la constitución de la CPI como un tribunal internacional encargado de juzgar a individuos por su responsabilidad en la comisión de los crímenes internacionales más graves, el escenario de discusión para su conformación permanente estuvo enmarcado en un juego de intereses políticos, económicos y de statu quo. Numerosos Estados argumentaron que un tribunal internacional penal afectaría gravemente su soberanía e iría en contravía de sus intereses nacionales. La falta de homogeneidad ideológica entre los Estados y los altos costos económicos que conllevaría su mantenimiento fueron otros de los argumentos esgrimidos contra su establecimiento.<sup>10</sup>

La CPI con sede en La Haya y con la capacidad de realizar sesiones en otros lugares según sea necesario, se organiza en tres divisiones: la de juicio previo, la de juicio y la de apelaciones. Además de las divisiones judiciales, dicho ente cuenta con la Oficina del Fiscal y la Secretaría, así como la Oficina de la Defensa. Mantener una oficina de enlace con las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York refleja la conexión y cooperación entre ambas entidades. La presencia de un centro de detención para los acusados, supervisado por la Cruz Roja Internacional, es un componente importante del proceso judicial. Sin embargo, en caso de condena, la pena, en principio, deberá cumplirse en otro establecimiento de algún Estado.

Es preponderante que el Estatuto de Roma, mismo que establece las bases para el funcionamiento de la CPI, no contempla la pena de muerte. Además, la imposición de cadena perpetua es excepcional, y en general, la pena tiene un límite máximo de 30 años de prisión. Estas disposiciones reflejan la preocupación por el respeto a los derechos humanos y la dignidad de los individuos, incluso aquellos que han sido condenados por los crímenes más graves.

Hasta el momento en el que se postula la presente investigación, los casos públicos que han cursado por la CPI obedecen a situaciones ocurridas en el continente africano,

---

<sup>9</sup> Estatuto de Roma artículo 1, Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [último acceso: 13/10/2023]

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto, La Corte Penal Internacional: fundamentos y características, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

centro y Sudamérica, así como medio oriente. Sin embargo, es un número reducido, destacando los siguientes: mantiene 16 fugitivos, 31 negocios, 14 investigaciones y 2 exámenes preliminares abiertos.

Es evidente que el Estatuto de Roma de la CPI tiene objetivos claramente definidos, como se refleja en su propio preámbulo. Estos tres objetivos fundamentales son: Acabar con la impunidad: Busca poner fin a la impunidad al establecer un tribunal internacional permanente que tenga jurisdicción sobre los más graves crímenes, como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión; la idea es que los perpetradores de estos crímenes no puedan eludir la rendición de cuentas y enfrentar la justicia. Prevenir la ocurrencia de nuevos crímenes: Al establecer un mecanismo efectivo para enjuiciar y sancionar a aquellos responsables de crímenes graves, la CPI aspira a disuadir la comisión de tales actos en el futuro; la amenaza de rendición de cuentas puede actuar como un elemento preventivo. Reparación integral de las víctimas: Reconoce la importancia de ofrecer reparación a las víctimas de estos crímenes; la CPI busca asegurar que las víctimas obtengan justicia y tengan acceso a recursos y medidas de reparación que les ayuden a recuperarse de las consecuencias de los crímenes.

La creación de la CPI, como una CPI permanente, envía un mensaje claro sobre el compromiso de la comunidad internacional con la justicia y la rendición de cuentas. También establece la responsabilidad individual por actos que atenten contra la humanidad, reforzando así la idea de que ciertos crímenes no deben quedar impunes.

Es un dilema complejo, ya que la eficacia de la CPI depende en gran medida del compromiso de los Estados Parte y de la comunidad internacional en general. La voluntariedad de los Estados para cooperar con la CPI y la eficiencia de la Corte en los casos que lleva adelante son factores críticos para lograr un enjuiciamiento efectivo.

La crítica sobre la falta de compromiso de algunos Estados y la percepción de que la CPI puede ser vista como una opción más benévola en comparación con los sistemas judiciales nacionales son preocupaciones legítimas. La complementariedad de la CPI, que establece que la Corte interviene cuando los tribunales nacionales son incapaces o no están dispuestos a enjuiciar, es clave en este contexto. Sin embargo, las preocupaciones sobre la eficacia y la imparcialidad de la CPI son desafíos reales que deben abordarse para fortalecer su papel en la lucha contra la impunidad.

El caso *Lubanga*, se han suscitado cuestionamientos y debate sobre la efectividad y consistencia de las decisiones de la CPI. Este tipo de casos destacan la necesidad de una

revisión y mejora continua en el funcionamiento de la CPI para garantizar que cumpla efectivamente con su mandato de justicia y rendición de cuentas. La comunidad internacional y los Estados Parte deben trabajar en conjunto para abordar estos desafíos y fortalecer la capacidad de la CPI para cumplir con sus objetivos.

El hecho de que algunos individuos se presenten voluntariamente ante la CPI puede interpretarse como un reconocimiento de que la existencia de la CPI ejerce presión sobre aquellos acusados de cometer crímenes graves. Esta dinámica sugiere que la Corte se percibe como un actor significativo en la búsqueda de justicia y rendición de cuentas. Sin embargo, este equilibrio es frágil y la falta de una respuesta adecuada puede erosionar la confianza en la CPI y, en última instancia, generar un efecto de impunidad. El excesivo y prolongado transcurso del tiempo en los procesos judiciales puede socavar la percepción de eficacia de la Corte y, por ende, debilitar su capacidad para disuadir futuros crímenes.

La eficiencia en la gestión de los casos y la capacidad de la CPI para abordarlos de manera oportuna son aspectos clave para mantener la confianza en la institución. Además, la transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales para asegurar que la CPI cumpla su mandato de manera efectiva y que su existencia continúe siendo un elemento disuasorio contra la impunidad.

Es un análisis exhaustivo de los desafíos y limitaciones que enfrenta la CPI en la consecución de sus objetivos. Algunos puntos destacados son:

**Complementariedad y prevención:** La complementariedad, concebida como la intervención de la CPI cuando los Estados no pueden o no quieren juzgar, se ha visto como parte de la estrategia de prevención. La disuasión es un objetivo clave del Estatuto de Roma, y aunque no se puede determinar con certeza su efectividad, se sugiere que la CPI podría tener un impacto disuasorio al amenazar con responsabilizar a los perpetradores. Sin embargo, la falta de arrestos y castigos efectivos por crímenes internacionales graves puede debilitar este efecto disuasorio.

**Lentitud de los procesos:** La lentitud de los procesos judiciales puede generar confianza entre los perpetradores y debilitar la credibilidad de la CPI. La falta de una acción rápida puede diluir el impacto de las investigaciones preliminares y desafiar la eficacia del sistema.

**Conceptos de gravedad e interés de la justicia:** Los conceptos de gravedad e interés de la justicia, establecidos en el Estatuto de Roma, pueden haber sido malinterpretados o mal utilizados, contribuyendo a que la CPI se desvíe de sus

objetivos. Estos términos, cuando se aplican incorrectamente, pueden influir en la selección de casos y afectar la credibilidad de la Corte.

Reparación integral a las víctimas: El concepto de reparación integral a las víctimas presenta desafíos significativos. La participación limitada de las víctimas en el proceso, las formalidades asociadas con sus intervenciones y la implementación insuficiente de las reparaciones contribuyen a que muchas víctimas no vean satisfechas sus pretensiones. La creación del Fondo Fiduciario para las Víctimas no ha garantizado recursos suficientes ni una implementación efectiva.

En conjunto, estos desafíos sugieren que la CPI ha enfrentado obstáculos en la búsqueda de sus objetivos fundamentales. La mejora en la eficiencia, la claridad en la interpretación de los conceptos clave y un enfoque más efectivo en la reparación a las víctimas podrían contribuir a fortalecer la capacidad de la CPI para cumplir con su mandato.

#### **IV. LA FALTA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

---

Un punto para destacar es la importancia de los derechos humanos como elemento fundamental para garantizar una vida libre y digna. La noción de que estos derechos son inherentes a la persona y le pertenecen por el simple hecho de ser humano es central. Además, el reconocimiento expreso de estos derechos es crucial para su materialización efectiva.

La tutela judicial efectiva, en este contexto, se presenta como un componente esencial de los derechos humanos. La posibilidad de acceder a un sistema judicial que funcione de manera justa y equitativa es fundamental para proteger y hacer valer estos derechos. La tutela judicial efectiva no solo implica el acceso a los tribunales, sino también la garantía de un proceso justo y la ejecución de las decisiones judiciales.

De lo anterior, podemos ver que hay una estrecha conexión entre democracia y derechos humanos, y, por lo tanto, entre estos últimos y los derechos fundamentales. Esto se debe a que solo pueden desarrollarse y prosperar en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Al examinar la evolución jurídica de la consagración de estos derechos, es notable que en gran medida esto responde a la necesidad de rescatar los

valores establecidos en los inicios del constitucionalismo del siglo XVIII, como la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano en Francia de 1789 y la Declaración del Pueblo de Virginia de 1776. Esto surge como respuesta a las atrocidades cometidas y respaldadas legalmente por regímenes totalitarios en el siglo XX, como el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán.

Los derechos fundamentales son esos derechos personales garantizados por la Constitución a todas las personas simplemente por ser humanas. Se consideran esenciales para que cada individuo pueda desarrollarse plenamente, ya que son inherentes a la naturaleza humana. Además, estos derechos reflejan las características fundamentales de la sociedad que los reconoce. Este enfoque hacia los derechos fundamentales evidencia el progreso histórico de los derechos humanos en esa dirección, como indica Casal, “[...]esta ha sido la idea directiva que ha impulsado la consagración constitucional de determinados derechos”.<sup>11</sup> Visto desde la perspectiva de *Robert Alexy* los “[...]grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes[...].”<sup>12</sup>, lo constituye precisamente determinar cuáles son esos derechos inherentes al individuo y los principios a los cuales está sujeta la legislación para la realización de los mismos. Así, señala Nash Rojas que: “El principio básico que ha inspirado el sistema de codificación del derecho humanitario desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos por su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional sino también internacional”.<sup>13</sup>

Entonces, la tutela judicial efectiva solía considerarse de manera limitada, enfocada exclusivamente en el acceso formal a la administración de justicia para que los ciudadanos pudieran hacer valer sus derechos e intereses. Sin embargo, ahora se entiende de una manera más amplia, relacionada con conceptos como celeridad procesal y debido proceso. Esto se debe precisamente a los elementos que componen la tutela judicial

---

<sup>11</sup> CASAL, Jesús Manuel, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Caracas, Legis, 2010, p 56

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2 ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.5

<sup>13</sup> NASH ROJAS, Claudio, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Chile, Universidad de Chile, 2006.

efectiva, que van más allá del simple acceso y abarcan la rapidez en los procesos judiciales y el respeto al debido proceso.

Es destacable cómo este enfoque se refleja en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; todos convergen en resaltar la importancia de la tutela judicial efectiva. Este concepto abarca tanto aspectos adjetivos como sustantivos. Lo adjetivo se refiere al acceso real a la justicia, con la condición de que los casos se tramiten y resuelvan en un tiempo razonable. Por otro lado, lo sustantivo implica que las decisiones judiciales estén fundamentadas de manera lógica y adecuada. Esta perspectiva integral destaca la importancia no solo de acceder al sistema judicial, sino también de garantizar que las resoluciones sean justas y debidamente fundamentadas.

El derecho a la celeridad en un proceso penal es esencial tanto para la persona sometida al proceso como para la víctima y la sociedad en general. Implica que el órgano jurisdiccional debe tomar decisiones definitivas dentro de un plazo razonable. Si, por razones debidamente justificadas, no es posible concluir el proceso en ese tiempo, y el imputado está en prisión preventiva, se le debe otorgar la libertad, sin perjuicio de continuar el proceso. Este derecho a la celeridad se convierte en un pilar fundamental de la justicia, siendo un derecho subjetivo público que corresponde a cada individuo. Está estrechamente relacionado con el derecho a la jurisdicción, subrayando la importancia de un sistema legal que resuelva los casos de manera oportuna y eficiente.

La idea de ser juzgado en un tiempo razonable no solo es una cuestión práctica para evitar retrasos innecesarios, sino que también tiene un componente ético y moral. La justicia no solo implica la aplicación de la ley, sino también la aplicación oportuna y equitativa de la ley. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado “[...] que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad”.<sup>14</sup> Cabe destacar que el concepto de “plazo razonable” no es único e inamovible, y

---

<sup>14</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.245 informe 12/96 del 1-3-96. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm> [último acceso: 13/10/2023]

dependerá de varios factores que darán contexto al análisis del caso concreto, tal como lo señala tanto la doctrina como la jurisprudencia.

La tutela judicial efectiva no solo es esencial para la administración de justicia en general, sino que adquiere una importancia aún mayor en el ámbito del derecho penal internacional. Cuando se trata del juzgamiento de crímenes atroces, los principios de tutela judicial efectiva se vuelven fundamentales. En el contexto del derecho penal internacional, los crímenes y las responsabilidades que se establecen no solo afectan a una comunidad local, sino que tienen ramificaciones que trascienden las fronteras nacionales. Los hechos ventilados y las posibles sentencias afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Por lo tanto, la tutela judicial efectiva en este contexto no solo sirve para la justicia local, sino que también es crucial para preservar la integridad y la confianza en el sistema legal a nivel global. Además, garantiza que la reparación a las víctimas se realice de manera justa y efectiva.

En el caso particular, debemos destacar la especial trascendencia el desempeño de la actividad jurisdiccional de un ente como lo es CPI misma que debe de garantizar un desempeño sobresaliente. Si analizamos los antecedentes de dicho ente jurisdiccional, destaca que la primera sentencia que dicta la Corte, ocurrió el 14 de marzo de 2012, posterior a ello transcurridos diez años de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma; en el denominado “caso Lubanga”; que hasta el momento no ha sido posible el otorgamiento de la reparación del daño a favor de las víctimas, a pesar de que el señor Lubanga ya se encuentra en libertad por haber cumplido los 14 años de prisión como pena impuesta; o de que el señor *Jean Pierre Bemba*, fue puesto en libertad por haber sido absuelto por la Corte de Apelaciones, luego de haber pasado diez años en detención preventiva, siendo estos dos casos icónicos de demuestran la falta de tutela judicial efectiva de este ente internacional, en estos casos resulta imperativo revisar las complejas estructuras de la Corte, sus instituciones, su ordenamiento jurídico y documentos relacionados a los fines de poder obtener una justicia expedita que garantice una real tutela judicial efectiva.

El Informe de Expertos Independientes sobre la CPI, al ser crítico con su desempeño, destaca problemas significativos relacionados con la eficiencia y eficacia de la institución. La revisión detallada del funcionamiento de la CPI, así como el diálogo con jueces, otros miembros de la Corte y representantes de la sociedad civil, ha revelado obstáculos serios en el desarrollo de sus actividades.



Entre los problemas señalados, se destaca la falta de aplicación de procedimientos acordados, retrasos injustificados por parte de los magistrados y la aceptación de solicitudes y procedimientos no previstos. Estos factores contribuyen a afectar directamente el curso de los procesos y, por ende, comprometen la eficacia y la eficiencia de la administración de justicia por parte de la CPI. Este diagnóstico interno destaca la importancia de abordar estos problemas estructurales y operativos para fortalecer la capacidad de la CPI en la persecución efectiva de crímenes internacionales y la protección de los derechos humanos.

## V. COMPETENCIA MATERIAL: LOS TIPOS PENALES

---

El Estatuto de Roma aborda la competencia en razón de la materia y tipifica cada uno de los delitos de forma detallada. El artículo 5 establece la competencia de la CPI, y luego se desglosa en los artículos subsiguientes para definir específicamente cada tipo de delito. El genocidio se trata en el artículo 6 del Estatuto, los crímenes de lesa humanidad en el artículo 7, los crímenes de guerra en el artículo 8, y el crimen de agresión en el artículo 8 bis, en concordancia con el documento complementario de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma.

Esta estructura detallada y específica refleja la intención de abordar con precisión y exhaustividad los crímenes internacionales más graves. Establecer claramente estos tipos de delitos es esencial para garantizar la efectividad y la justicia en la persecución de aquellos que han cometido violaciones graves contra la humanidad.

Crimen de genocidio. El término genocidio, fue incorporado de forma primigenia por el jurista polaco *Raphael Lemkin* quien, indica que “[...]la palabra genocidio es un híbrido compuesto por el griego *genos*, que significa raza, nación o tribu, y el latín *cide* que significa matanza. Los hechos de la vida europea de los años 1933-45 motivaron la creación de dicho término y la formulación de un concepto legal de la destrucción de grupos humanos”.<sup>15</sup> No debemos dejar de visibilizar que, durante los juicios de *Núremberg* y Tokio, a pesar de la gravedad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, el concepto específico de genocidio no estaba claramente definido ni

---

<sup>15</sup> LEMKIN, Raphael, *Genocidio Escritos*, Madrid España, Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

sancionado como un delito independiente. En su lugar, se aplicaron cargos relacionados con crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

La verdadera consagración del genocidio como delito ocurrió con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas en 1948. Esta convención estableció de manera clara y específica el genocidio como un crimen internacional. Posteriormente, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 reforzó la idea de que ciertos crímenes, incluido el genocidio, no deberían tener límite de tiempo para su enjuiciamiento. Los estatutos de los Tribunales para la ex-Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) adoptaron la definición de genocidio establecida en la Convención de 1948, esta incorporación es de gran relevancia en la prosecución penal de estos crímenes a nivel internacional. Estos desarrollos legales subrayan la evolución en la comprensión y persecución de crímenes tan graves como el genocidio en el ámbito internacional.

El artículo 6 del Estatuto de Roma presenta una definición clara y contundente del crimen de genocidio. Este delito abominable implica la destrucción total o parcial de un grupo de personas debido a su raza, religión, nacionalidad u otras características que los identifiquen como un grupo distinto. Es fundamental destacar que el genocidio no está limitado a tiempos de guerra, ya que puede ocurrir en períodos de paz, y tampoco requiere la intervención del Estado para su comisión. Esta amplia cobertura refleja la gravedad intrínseca del genocidio como un ataque deliberado contra la diversidad y la existencia misma de grupos humanos.

Un punto crucial es que la consumación del genocidio no exige necesariamente la eliminación total del grupo; la eliminación parcial ya constituye este delito. Esto subraya la importancia de considerar no solo los aspectos objetivos, sino también los subjetivos del tipo penal. En este sentido consideramos idóneo hacer referencia a *Kai Ambos* quien al referir a dicha situación en este punto en su obra señala lo siguiente:

La posibilidad de un hecho individual parece seguirse del bien jurídico protegido por el tipo. En efecto, si el grupo como tal, esto es, como unidad social, está protegido aun contra una destrucción parcial, entonces una lesión del bien jurídico se verifica ya con una modificación violenta de esa unidad, es decir, con un ataque a un miembro del grupo. Este no está protegido como tal pero representa el objeto físico del ataque por su calidad de miembro del grupo. Ni la efectiva destrucción de grupo, ni un ataque a todos los miembros de grupo es necesario para realizar el tipo; basta con la intención de destrucción. Pero ella es también imprescindible.

Si la destrucción de un grupo es sólo el resultado de otra situación, por ejemplo, de un conflicto armado, o la consecuencia secundaria de otra intención, por ejemplo, la expropiación de los bienes del grupo falta la intención específica de destrucción y el tipo de genocidio no se realiza. Las acciones mencionadas deben tender, por tanto, a la destrucción de uno de los grupos mencionados y la intención de destrucción se debe referir a esos grupos. Se trata de un delito de intención. Por lo demás -junto con la intención especial-debe existir dolo genérico.<sup>16</sup>

Es destacable que los crímenes de lesa humanidad, contenido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, no cuentan con una convención internacional específica comparable al delito de genocidio. Sin embargo, la noción y el reconocimiento de estos crímenes tienen raíces en los juicios de *Núremberg* y Tokio, donde se juzgaron atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Inicialmente, se planteó la idea de que los crímenes de lesa humanidad estaban vinculados a la existencia de un conflicto armado, pero esta perspectiva ha evolucionado. En la actualidad, no se considera necesario que haya un conflicto armado para que estos crímenes se materialicen, y la doctrina ha avanzado en este sentido.

Es importante resaltar que, mientras que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) consideraba necesario un conflicto armado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) no lo exigía. Sin embargo, ambos coincidieron en la necesidad de que los ataques estuvieran dirigidos contra la población civil. Además, se establece que estos ataques deben ser sistemáticos o generalizados contra la población civil para ser considerados crímenes de lesa humanidad. La evolución en la interpretación de los crímenes de lesa humanidad refleja la adaptación del derecho internacional para abordar y sancionar las violaciones más graves contra la humanidad, independientemente de la presencia de un conflicto armado.

En la actualidad se establece que por ataque contra una población civil en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se

---

<sup>16</sup> AMBOS, Kai, *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. La construcción de una parte general del derecho penal internacional, Argentina, Montevideo Editores, 2005.

entiende que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.

Así, resulta imperativo resaltar que “[...]la noción de crímenes de lesa humanidad ha evolucionado en lo que respecta a quiénes pueden cometerlo, ya que en la actualidad se entiende que sujeto activo de estos crímenes puede ser cualquier persona, y no necesariamente un agente del Estado, siempre y cuando tal particular actúe con la participación o al menos la tolerancia del poder político, de facto o de iure”.<sup>17</sup>

El concepto de crímenes de guerra fue desarrollado por el Estatuto del Tribunal de *Núremberg*, que lo definió como la “[...]violación de los usos y costumbres de la guerra”. El Estatuto de Roma establece los crímenes de guerra en el artículo 8, abordándolos en diferentes literales a), b), c) y e). Estos crímenes se refieren a infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y otras violaciones relacionadas con conflictos armados internacionales o no. La intención es sancionar a aquellos que violen el DIH, que está compuesto por las leyes y costumbres de la guerra.

Es importante destacar que los crímenes de guerra pueden cometerse tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados nacionales. Sin embargo, el listado de conductas sancionadas es más extenso en el caso de los conflictos internacionales debido a la mayor cantidad de normas internacionales que regulan estos conflictos en comparación con los conflictos nacionales. Esto refleja el esfuerzo de la comunidad internacional por establecer estándares claros y completos para la protección de las personas y la humanidad en situaciones de conflicto armado.

El establecimiento del crimen de agresión en el artículo 8 bis del Estatuto de Roma representa, de hecho, un hito importante en el desarrollo del derecho penal internacional. Este artículo consta de dos partes cruciales: la primera, en el punto 1, establece la responsabilidad individual de una persona por la conducta de agresión definida en el punto 2. Este logro histórico implica la consagración jurídica, por primera vez, de una responsabilidad individual y no estatal frente a la agresión. Es un cambio significativo que subraya la idea de que los individuos pueden ser responsables penalmente por actos tan graves como la agresión. Este cambio también implica que el sujeto activo del crimen de agresión debe ser alguien con la capacidad o facultad para ordenar dicho acto, lo que implica una responsabilidad a nivel de liderazgo.

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J, *Crímenes Internacionales y responsabilidad ante la Corte Penal internacional*, Caracas, Tribuna editorial jurídica, año 2018.

El crimen de agresión se define como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, de manera incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Con cuatro verbos rectores independientes (planificar, preparar, realizar o iniciar), el Estatuto de Roma establece claramente las acciones que constituirían este delito, proporcionando así una base sólida para la persecución de individuos responsables de actos de agresión. Este paso es crucial para mantener la paz y la seguridad internacionales y promover la responsabilidad individual en el ámbito de la agresión estatal. Cabe resaltar que, una de las grandes discusiones que se presentaron en el Tribunal de Tokio, versó en torno a la posibilidad o no de condenar a los acusados por el delito de agresión.

La Conferencia de *Kampala* en 2010 marcó un momento crucial para la evolución del derecho penal internacional al aprobar enmiendas al Estatuto de Roma, incluyendo disposiciones específicas sobre el crimen de agresión. La Resolución RC/Res 6, aprobada por consenso, estableció estas enmiendas y también delineó entendimientos sobre su interpretación.

Esta conferencia no solo definió el crimen de agresión, sino que también instó a los Estados Parte a ratificar o aceptar estas enmiendas, con un compromiso de revisión en 2017. Finalmente, el 15 de diciembre de 2017, los Estados Parte activaron el crimen de agresión, que entró en vigor el 17 de julio de 2018, después de la ratificación de 30 Estados parte, según lo establecido en el artículo 15 bis del Estatuto de Roma. Esta evolución es testimonio del esfuerzo continuo de la comunidad internacional para fortalecer el sistema de justicia penal internacional y abordar crímenes graves, como la agresión, a través de una responsabilidad individual y un marco legal claro y efectivo.

## VI. REFLEXIONES FINALES

---

Es evidente que la CPI enfrenta desafíos significativos que requieren atención y soluciones efectivas para garantizar su correcto desempeño y la administración de justicia. Uno de los aspectos fundamentales es asegurar que la Corte disponga de los medios necesario para llevar a cabo sus funciones de manera eficiente y eficaz. Esto implica no solo aumentar el personal calificado en sus instituciones y departamentos, sino también proporcionar los fondos necesarios para cubrir los gastos ordinarios y extraordinarios asociados con la investigación y los casos. Los traslados y

desplazamientos para la adecuada investigación, tanto dentro como fuera de las instalaciones de la Corte, son particularmente críticos y requieren recursos adecuados.

Es esencial que los Estados parte reconozcan la importancia de la CPI y contribuyan de manera significativa con los aportes financieros necesarios. Este apoyo financiero no solo asegurará el funcionamiento óptimo de la Corte, sino que también reflejará el compromiso global con la justicia internacional y la rendición de cuentas por crímenes graves.

La cooperación es, sin duda, un tema crítico para el funcionamiento efectivo de la CPI. A pesar de los esfuerzos evidentes en el Estatuto de Roma para resaltar la obligación de los Estados Parte de colaborar con la Corte, y la clara necesidad de cooperación incluso por parte de los Estados no parte según la doctrina y la academia, en la práctica, esta colaboración no siempre se ha materializado de manera adecuada.

La falta de consecuencias reales y tangibles por el incumplimiento de esta obligación ha llevado a que algunos Estados no brinden a la Corte el respeto necesario. Esto, a su vez, podría afectar el prestigio internacional de la Corte, poniendo en peligro su existencia y desafiando el propósito fundamental para el cual fue establecida. La falta de cooperación puede obstaculizar la capacidad de la Corte para llevar a cabo investigaciones exhaustivas y justas. Abordar este problema y establecer mecanismos eficaces para garantizar la cooperación de los Estados es esencial para preservar la credibilidad y la efectividad de la CPI.

La complejidad del proceso judicial ante la CPI ha sido un tema recurrente y puede atribuirse en parte a la amalgama de principios y estructuras derivadas tanto del *common law* como del *civil law* presentes en el Estatuto de Roma. Esta combinación, aunque buscaba lograr un consenso internacional, ha dado como resultado un instrumento legal complejo, de difícil interpretación y aplicación. La coexistencia de enfoques legales diferentes puede generar conflictos y dificultades en la práctica, además, la redacción de documentos adicionales y complementarios, aunque en algunos casos ha facilitado la implementación, en otros ha contribuido a la complejidad del proceso.

La revisión y reforma del Estatuto de Roma, así como de los documentos complementarios, se presentan como medidas necesarias para simplificar y mejorar el proceso judicial. Un enfoque más claro y coherente podría hacer que la Corte sea más accesible y efectiva en la administración de justicia internacional.

Un último aspecto a destacar es que, en estos tiempos, las instancias internacionales como lo es la CPI juegan un papel preponderante para la estabilidad o el

caos del orden mundial, por lo que es imperante que se realice un análisis a profundidad de los criterios antes expuestos con la intención de que se pueda considerar replantear el modelo, en la búsqueda de que se haga efectiva la impartición de justicia a nivel internacional y que deje de ser un instrumento caro, de acotados resultados tangible y que solo abona a la retórica de la justicia internacional.

## VII. FUENTES CONSULTADAS

---

### *Bibliografía*

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2 ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AMBOS, Kai, *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. La construcción de una parte general del derecho penal internacional, Argentina, Montevideo Editores, 2005.
- CASAL, Jesús Manuel, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Caracas, Legis, 2010.
- FERNÁNDEZ, Fernando, *Genocidio y otros crímenes atroces*, Venezuela, Livrosca, 2018,
- HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto, La Corte Penal Internacional: fundamentos y características, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- JAFFÉ CARBONELL, Angelina, *Derecho internacional público*, Venezuela, Editorial: Caracas Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- LEMKIN, Raphael, *Genocidio Escritos*, Madrid España, Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- NASH ROJAS, Claudio, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Chile, Universidad de Chile, 2006.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J, *Crímenes Internacionales y responsabilidad ante la Corte Penal internacional Tribuna editorial jurídica*, Venezuela, Caracas, 2018.

**Documentos en internet**

Acuerdo de Londres, Recuperado en <https://www.dipublico.org/102387/acuerdo-de-londres-para-el-establecimiento-de-un-tribunal-militar-internacional-1945/>

[último acceso: 13/10/2023]

Acta final de la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Recuperado de: <https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/finalfra.htm> [último acceso:

11/10/2023]

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.245 informe 12/96 del 1-3-96. Recuperado de:

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm> [último acceso: 13/10/2023]

Convención Americana de los Derechos Humanos, Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm> [último acceso:

13/10/2023]

Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-prevention-and-punishment-crime-genocide> [último acceso: 13/10/2023]

Declaración de Moscú, Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7056929> [último acceso:

13/10/2023]

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [último

acceso: 13/10/2023]

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [último

acceso: 13/10/2023]

Human Rights Watch, Recuperado de: <https://www.hrw.org/news/2011/06/16/icc-course-correction>) Obras colectivas [último acceso: 13/10/2023]

Ulloa Díaz, Cesar Humberto y Méndez Calderón, César Mariano, La Corte Penal Internacional y la

constitución peruana de 1993. Recuperado de: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/constitucionperuana.htm> [último

acceso: 11/10/2023]



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> [último acceso: 11/10/2023]

Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penal Crueles, Inhumanos o Degradantes, Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/principles-international-co-operation-detection-arrest> [último acceso: 11/10/2023]

Tratado de Paz de Versalles, Recuperado de: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/> [último acceso: 13/10/2023]




ARTÍCULO

 OPEN ACCESS

## Construcción de ciudadanía y exclusión política en comunidades indígenas de México

### *Citizenship Construction and Political Exclusion in Indigenous Communities of Mexico*

Julio Gerardo Quiroz Gómez

 0000-0002- 2334-2404

Recibido: 27 de septiembre 2023.

Aceptado: 15 de noviembre 2023.

**Sumario.** I. Introducción. II. ¿Un proceso civilizatorio? Contradicciones entre lo jurídico y el ámbito cultural. III. Paternalismo homogeneizador. IV. El problema indígena como un problema político. V. La ciudadanía indígena en el contexto del derecho internacional. VII. Reflexiones finales. VII. Referencias.

# Construcción de ciudadanía y exclusión política en comunidades indígenas de México

*Citizenship construction and political exclusion in indigenous communities of Mexico*

Julio Gerado Quiroz Gómez\*

**Resumen.** El presente artículo aborda las diversas problemáticas relativas a la construcción de la ciudadanía indígena en México. Para ello realiza un recorrido histórico desde la época colonial y hasta la actualidad, evidenciando dos cuestiones centrales: 1) la persistencia de una filosofía de corte liberal que permea el quehacer dentro de los sistemas del derecho y la política, lo cual ha generado obstáculos para la materialización dicha ciudadanía y; 2) a partir de ello, señala las contradicciones internas en estos mismos sistemas que han reducido el marco de posibilidades para una integración que contemple la pluralidad y tome en consideración los contextos socioculturales de todos y cada uno de los pueblos indígenas quienes habitan este país.

**Palabras Clave:** Comunidades indígenas, Ciudadanía indígena, Inclusión/exclusión, Representación política indígena.

**Abstract.** This article addresses various issues related to the construction of indigenous citizenship in Mexico. To do so, it undertakes a historical overview from colonial times to the present day, highlighting two central issues: 1) the persistence of a liberal philosophy that permeates legal and political systems, creating obstacles for the materialization of this citizenship, and; 2) consequently, it points out internal contradictions within these systems that have narrowed the scope of possibilities for an integration that considers plurality and takes into account the sociocultural contexts of each and every indigenous people who inhabit this country.

**Keywords:** Indigenous communities, Indigenous citizenship, Inclusion/exclusion, Indigenous political representation.

---

\* Investigador posdoctoral del Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM y Profesor titular de la UAM Unidad Cuajimalpa, Ciudad de México, México. Email: [julio.quiroz@sociales.unam.mx](mailto:julio.quiroz@sociales.unam.mx).

## I. INTRODUCCIÓN

---

La representación política de las comunidades indígenas es un asunto de relevancia a nivel nacional, así como es también una muestra de la existencia de un déficit democrático el cual pone en evidencia el bajo nivel de inclusión y el alto nivel de discriminación que viven cotidianamente estas poblaciones tanto al interior del sistema político, así como del sistema jurídico y el sistema social en términos generales.

La falta de representación de los pueblos indígenas en México es un importante problema para discutir desde distintas trincheras y disciplinas de las ciencias sociales, en tanto, se destaca que este país es una de las naciones con mayor diversidad étnica en toda América Latina.

En este sentido, la propuesta de este trabajo es la de señalar las contradicciones existentes al interior del sistema de derecho mexicano donde, si bien, se reconoce que a lo largo de poco más de dos siglos ha registrado diversos cambios orientados hacia el reconocimiento y posterior inclusión de la diversidad de los pueblos indígenas tanto al sistema jurídico, así como al sistema democrático de la política; no deja de observarse la necesidad de integrar una ciudadanía indígena a partir de la creación o reestructuración de un aparato jurídico de carácter plural donde se tomen en consideración los contextos socioculturales de todos y cada uno de los pueblos originarios quienes habitan este país. De esta manera se pretende responder a la pregunta: ¿Por qué el concepto de ciudadanía indígena se ha desarrollado de manera restringida al interior del modelo jurídico propio del Estado mexicano?

Para ello, es necesario hacer un breve recorrido histórico respecto del tratamiento jurídico al que han estado sujetos los pueblos indígenas desde los tiempos de la Colonia y hasta la actualidad con relación a la construcción de ciudadanía, ya que se considera, es esta última, un elemento fundamental para el logro de la representación de estos pueblos y comunidades en la vida política nacional.

Se expondrá cómo es que el dominio de la corriente liberal-racional sustentada en el concepto de individuo, influenció con su filosofía el desarrollo jurídico y político de México, provocando con esto una hostilidad hacia las estructuras y costumbres de los pueblos indígenas quienes, por siglos, han luchado por el respeto de sus derechos colectivos aún sobre los ideales de autonomía individual y homogeneidad en cuanto identidad y organización social; situación la cual, exige al aparato jurídico nacional el

repensar conceptos como la justicia, la ley y la democracia, vinculándoles a contextos culturales que difieren ampliamente de las concepciones modernas-occidentales.

## II. ¿UN PROCESO CIVILIZATORIO? CONTRADICCIONES ENTRE LO JURÍDICO Y EL ÁMBITO CULTURAL

---

En México, la discusión sobre la construcción de ciudadanía data de los tiempos de la Colonia donde, de manera general, se establecen jurídicamente una serie de jerarquías (castas), las cuales sirven para otorgar distintos derechos a la población según el estrato al que pertenezcan. Los pueblos y comunidades indígenas son, en este momento, una de las castas menos privilegiadas dentro del sistema de derecho colonial. Se observa que los pueblos indígenas y las personas quienes pertenecen a estos grupos sociales son considerados súbditos y no ciudadanos o conciudadanos; las implicaciones de lo anterior son básicamente, el no poder ser propietarios, no tener derecho a la educación, (por lo que muchos no saben leer ni escribir), ser considerados únicamente como fuerza de trabajo y, el no estar integrados a las prácticas políticas y menos aún al entorno social que les rodea; o estar integrados de manera subordinada.<sup>1</sup>

Se observa en primea instancia, el surgimiento de un orden social que es excluyente para con la población indígena; lo importante aquí es que esta exclusión no es solamente dentro del ámbito cultural, sino que, además de ello, se concentra en la estructuración de un régimen jurídico que da legalidad a la ya mencionada exclusión a partir de la dotación de derechos diferenciados a distintos sectores de la población (indígenas, mestizos, criollos, sambos, etc.).

Una de las consecuencias que se derivan de esta dotación diferenciada de derechos según la pertenencia a un estrato social determinado, es la de la reducción a la nulidad de la participación indígena en asuntos de carácter público, en los asuntos de la vida política nacional, por lo que la representación de sus intereses dentro de los sistemas jurídico y político es esencialmente inexistente.

El desarrollo y solidificación de estas relaciones de exclusión al interior del régimen jurídico y al interior de los órdenes político, cultural y social se da gracias al mantenimiento de las estructuras sociales coloniales a la par de combinarles con los

---

<sup>1</sup> ESCOBAR, A. Indígenas y conflictos en el periodo colonial tardío novohispano: El caso de las Huastecas (1750-1820). En: Nuevo Mundo Mundos Nuevos (Debate), 18 de diciembre de 2009.

ideales ilustrados de la modernidad naciente, los cuales tienen sustento en la formación de una constitución política hispánica en la que se combinan el orden institucional de la monarquía tradicional, la representación política y la soberanía individual, pero, sin dejar de lado las leyes históricas que dieron fundamento al orden estructural del gobierno de la Corona Española, tanto en la misma España, así como en la Nueva España y las colonias de América Latina.

El sustento documental de este pensamiento filosófico e ideológico son las reformas borbónicas que en la Nueva España se materializan más adelante en la Constitución de Cádiz de 1812, las cuales configuran el ideal de ciudadanía individual donde el ciudadano se describe como una persona respetable, virtuosa, buen vecino, trabajador, leal al servicio de las armas para la defensa del territorio tanto de invasores externos, así como de enemigos internos, trabajador, honrado, etc. Estas reformas se implementan en Hispanoamérica con la intención de dismantelar las formas de gobierno sostenidas en cuerpos políticos conformados a manera de corporaciones, dando paso con ello, al ordenamiento de un aparato jurídico sustentado en el individuo y el ideal de ciudadanía, no sin que, por ello, las relaciones paternalistas entre españoles e indígenas dejasen de existir.

Estas relaciones se redimensionan y se reconceptualizan a partir de la observación y el entendimiento de la pobreza como un problema social a resolver por parte de las nuevas instituciones de gobierno; la categoría de indígena, a partir de este momento queda desplazada hacia este sector de la población (los pobres) y deben ser, por lo tanto, educados en la fe cristiana para con ello salvar sus almas, además de ser ayudados para salir de la ignorancia, la embriaguez, los vicios, e incluso, hasta la desnudez. Así, los indígenas son conceptualizados como pobres al carecer de una educación cristiana y de una moral orientada para contribuir con el bienestar de la nación.<sup>2</sup>

Este rezago, esta desigualdad y esta exclusión tienen sustento en un esquema de dominación propio de las sociedades diferenciadas por estamentos, donde si bien, la sociedad de la Nueva España contiene una alta complejidad, en este sentido (el de la constitución de castas y estratos), contribuye a la conformación y constitución del México moderno, de la ciudadanía, de la participación y de la representación indígena al interior del sistema de la política y del sistema de derecho.

---

<sup>2</sup> PÉREZ ZAMARRIPA, A. De monarquía de vecinos a nación de ciudadanos: la definición de la ciudadanía en el México borbónico e independiente, 1780-1825 Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad, vol. 40, núm. 159, 2019, p. 224. El Colegio de Michoacán, A.C., 2019.

Las pretensiones de cambio respecto las circunstancias de inclusión/exclusión de los pueblos indígenas en los contextos jurídico y político descritos anteriormente se manifiestan de nuevo en el periodo independentista ya que, en la Constitución de 1824, considerada una Constitución de corte federalista, se declara que todos los ciudadanos son libres e iguales ante la ley, esto con la finalidad de erradicar las anomalías vigentes heredadas desde la época colonial. Entre estas anomalías se localizan la existencia de fueros corporativos para sujetos como lo son la iglesia y el ejército quienes gozan de una serie de privilegios legales, situación que atenta de manera franca al derecho de igualdad.

Otro sector de la población que es considerado como una corporación, son los pueblos indígenas a los que se busca desmembrar legal y jurídicamente, esto bajo la idea en la que se observa que el ejercicio de la igualdad debe transitar de la mano de la construcción de ciudadanía y la representación política. Cabe mencionar que, en la práctica esto no sucede debido a que a los pueblos indígenas se les da un tratamiento de “menores de edad” en tanto se les considera incapaces de decidir sobre su propio destino.<sup>3</sup>

Esta discusión respecto el tratamiento jurídico de los indígenas se da de manera constante durante la primera mitad del siglo XIX donde se puede resaltar, a manera de ejemplo; que, en 1833, Gómez Farías y José María Luis Mora consideran que los indígenas deben mantener su estatus de ciudadanos frente a la ley, ya que este es el único camino para poder introducirles al mundo racional propio de la sociedad moderna.

En la Constitución Federalista de 1857 se reconoce la necesidad de la construcción del aparato estatal y de gobierno sobre las bases de la noción del concepto de individuo en tanto se declara que: todos los hombres son iguales por nacimiento, se decreta también la abolición de la esclavitud, el desconocimiento de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios, además de la prohibición de leyes privativas en favor o en contra de cualquier individuo. Se tiene claro entonces que el principio de igualdad ante la ley es la base de todo sistema liberal y la fortaleza de una República Democrática. A la par de lo anterior, el repudio hacia los indígenas y las relaciones de dominación también se fortifican.

Se destaca que el sistema político liberal aún en ciernes, influenciado por la filosofía moderna particularmente de países como Francia y los Estados Unidos, observa la diversidad cultural y étnica como un problema central para el desarrollo de los sistemas

---

<sup>3</sup> QUIROZ, J. La construcción moderna del Estado-nación: Una perspectiva jurídico-antropológica. La implantación de la política indigenista en una comunidad de la baja tarahumara. ENAH, México. Tesis para obtener el título de licenciatura en Antropología social, 2005.

jurídico, político y económico, así como la conformación misma del Estado nacional mexicano. En este sentido, Francisco Pimentel en el año de 1864 concluye en su texto, Memoria sobre las causas que han originado la situación actual de la raza indígena, que: “No es posible obedecer por mucho tiempo a un mismo gobierno y vivir bajo la misma ley, si no hay homogeneidad, analogía, entre los habitantes de un país. Y ¿qué analogía existe en México entre el blanco y el indio?”<sup>4</sup>. De esta manera, se reconoce de manera implícita que los principales pilares para la construcción de una sociedad democrática son el individuo, la igualdad y la ciudadanía, esto, aun cuando, al momento, no existe todavía un catálogo de derechos en donde se sustente de manera puntual el ejercicio de esta igualdad, entendida como la columna vertebral de la ciudadanía.

En dicho contexto, la nación y el Estado mexicanos mantienen una postura de exclusión hacia los pueblos y comunidades indígenas, manifiesta en dos aspectos particularmente, el primero: la problematización de la diversidad étnica como un aspecto que atenta contra el orden de lo nacional, el cual tiene sus bases en el ejercicio de la ciudadanía a través de la igualdad y; segundo, en la consideración del indígena como un sujeto o categoría diferenciada del resto de la población en cuanto las posibilidades del ejercicio de los derechos ciudadanos, su cultura, sus prácticas cotidianas y; principalmente respecto de su estado de desarrollo o civilidad.

Se puede decir entonces que el sistema de derecho mexicano, el cual sienta sus bases sobre ideales republicanos y liberales, hasta ahora ha sostenido un ideal de ciudadanía restringida o, por lo menos parcial, ya que, si bien; la ciudadanía es por principio, un derecho de carácter individual, también sostiene la posibilidad y la necesidad de participar en la vida pública con la finalidad de lograr el bien común de los ciudadanos considerados como iguales frente a la ley a partir de la libertad de asociación; por lo que, el ejercicio pleno de la ciudadanía debe entonces contemplar tanto su ejercicio individual, así como su manifestación a manera de asociación (derecho colectivo) para la participación en el espacio público y la discusión y posterior resolución de los problemas también públicos.

En esta dirección y en esta etapa de la historia de México, el derecho constitucional mexicano, no ha ampliado las posibilidades de participación de las comunidades indígenas a través del ejercicio de la asociación ciudadana ya que el sistema

---

<sup>4</sup> GARCÍA ROJAS, G. (2021) Nación, lengua y raza. La configuración del “problema indígena” en México en el siglo XIX Cuicuilco. Revista de Ciencias Antropológicas, vol. 28, núm. 82, 2021, Septiembre-Diciembre, pp. 169-190 Instituto Nacional de Antropología e Historia Ciudad de México, México, p. 176. 2021.



social en general y el sistema jurídico en lo particular viven grandes problemas de orden sistémico debido a que las lógicas y las contradicciones se siguen produciendo de manera social, pero sólo el deber y la necesidad de hacerles frente sigue siendo individualizado.<sup>5</sup>

### III. PATERNALISMO HOMOGENEIZADOR

---

En un momento anterior a la emergencia del movimiento revolucionario de 1910 y durante el porfiriato se retoma la discusión de lo que se le denominará desde aquel momento y hasta el día de hoy “el problema indígena”. Durante esta época y bajo una visión positivista y progresista respecto de la conformación de la nación mexicana, se crea la Sociedad Indianista mexicana, la cual tiene como tarea principal el estudio y la solución de este ahora llamado problema indígena a partir de la comprensión de sus causas históricas y, desde ese punto de partida, generar estrategias y programas para afrontar y solucionar tal asunto históricamente anclado a las estructuras de la sociedad y la nación mexicana.

Entre las causas principales que se encuentran al respecto se destacan: La mezcla interracial con la población española desde la época colonial, la cual degeneró el proceso evolutivo propio de las poblaciones indígenas y; la aplicación y prácticas que devienen del aparato jurídico liberal estructurado durante la Reforma, el cual, si bien pretende, por principio, amparar a las estas poblaciones, en la práctica, no hace más que reforzar y perpetuar los ordenamientos propios del sistema de encomiendas novohispano.

De suma importancia en este periodo es la comprensión del problema indígena como un problema multidimensional compuesto por aspectos de corte agrario, así como educativo y racial; de esta manera, se subraya que en este periodo (y hasta la actualidad aunque sea de manera generalizada), el Estado nacional mexicano apunta hacia la incidencia del problema indígena para la constitución de diversas políticas públicas, las cuales desean comprender la alteridad de las comunidades indígenas, así como sus expresiones dentro de los ámbitos cultural, social, político en inclusive intelectual, no sin que por ello se desvanezcan las tensiones entre las instituciones de gobierno y los pueblos originarios.

---

<sup>5</sup> BECK, U. BECK, E. La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas. Paidós, España, p. 23, 2003.

Si bien, en esta etapa, el problema indígena adquiere relevancia en la discusión referente a los asuntos públicos relacionados con la conformación del Estado nacional en el contexto de la modernidad latinoamericana, es claro que la construcción de lo que hoy se llamaría una “ciudadanía indígena”, no es un asunto prioritario, ya que la diversidad étnica y las problemáticas que se derivan de su aceptación y discusión en el espacio público, son un tema que queda reducido a la posesión y propiedad de tierras, para su usufructo y la búsqueda del desarrollo de los pueblos indígenas; a manera de ejemplo, se lee en el Proyecto del Programa del Partido Liberal Mexicano, que dicho partido político:

“hacia una lacónica declaración de protección a la raza indígena, sin detenerse a explicar en qué consistiría o cómo se haría; también se especificaba que al triunfo del Partido Liberal “[...] se confiscarán los bienes de los funcionarios enriquecidos bajo la dictadura actual, y lo que se produzca se aplicará al cumplimiento del capítulo de tierras, especialmente a restituir a los yaquis, mayas y otras tribus, comunidades o individuos los terrenos de que fueron despojados, y al servicio de la amortización de la deuda nacional”. La referencia específica a la tribu yaqui y los pueblos mayas se explica porque para esos tiempos eran quienes sostenían la lucha por recuperar sus tierras y tenían relaciones con los magonistas para ayudarse mutuamente.”<sup>6</sup>

Ya en la etapa de la Revolución Mexicana y con más precisión, en el marco de la Constitución de 1917, se leen las disposiciones que dan sustento a lo que hoy se conoce como “garantías individuales”, o sea, la autonomía, la igualdad ante la ley y la libertad; la idea de esto, el alcanzar la integración de los distintos grupos culturales quienes habitaban dentro del territorio nacional a través de la homogeneización basada en la creación de una cultura nacional. A la par de ello, esta Constitución establece regulaciones en materia de derechos colectivos como lo son el derecho al trabajo, la tierra y la educación, además de una regulación limitatoria de la propiedad privada en favor de la propiedad originaria de la nación y de sus recursos naturales. Se establece también el derecho del Estado a intervenir en áreas de la economía que considere determinantes para el impulso del desarrollo del país. Así, surgen el derecho laboral y el derecho agrario como nuevos derechos que son paralelos a los derechos del individuo (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

---

<sup>6</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, F. Los pueblos indígenas en las constituciones de México Argumentos, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre, pp. 161-180 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, p-167-168. México, 2016.

Se genera una especie de proteccionismo que funciona como centro de las responsabilidades del Estado a la par del establecimiento de medidas que procuren el bienestar de distintos grupos y sectores de la población que se encuentran en situación de desventaja (entre ellos, las comunidades indígenas) ya sea por cuestiones de índole cultural, económicas, sociales, geográficas, etc. Estas medidas buscaron materializar la desaparición de los latifundios mediante el reparto agrario en favor de los campesinos y la propiedad colectiva. Se otorga también independencia a los municipios con la finalidad de que al interior de estos se realice un ejercicio de autonomía en cuanto la política gubernativa, elecciones de los miembros integrantes de sus órganos de gobierno y administración de recursos.<sup>7</sup>

Estas disposiciones en conjunto tienen la intención no sólo de la integración social y cultural de los diferentes grupos que habitan en el país, también buscan más que proteger a los grupos desfavorecidos, entre ellos los indígenas, brindarles las herramientas necesarias para alcanzar el desarrollo, social, cultural, político y económico que poseen los sectores más adelantados del país, para con ello, realizar el objetivo de la igualdad y, por consecuencia, el ejercicio de una ciudadanía donde su participación política fuese amplia y sin desventajas. Aun cuando estas disposiciones se adentraban a conformar alternativas de solución al problema indígena, es claro que ellas enfrentan un par de paradojas importantes respecto la conformación de ciudadanos al interior de las comunidades y pueblos indígenas. La primera, es que la generación de derechos colectivos para la protección, desarrollo y progreso de los más desprotegidos, a mediano plazo, ocasiona la reducción del problema indígena a temas de corte agrario donde fácilmente se confunde y se mezcla “lo indígena” con “lo campesino”; la segunda paradoja es que esta prioridad al establecimiento y ejercicio de los derechos colectivos, retrasa el conocimiento, el cumplimiento y la práctica en la vida cotidiana de la sociedad mexicana de los valores ciudadanos y el ejercicio de los derechos individuales de las personas indígenas; es decir, que los derechos colectivos terminan por minar las expectativas de realización de un ejercicio pleno de derechos ciudadanos, civiles y políticos por parte de la población indígena.

“La propia norma jurídico constitucional restringía los derechos que se les pudieran reconocer a los pueblos indígenas a los de carácter cultural, y sólo aquellos que una ley secundaria llegara a establecer eventualmente. Se continuó en la lógica de

---

<sup>7</sup> QUIROZ, J. Resistencia y dominación: Los efectos de la Modernización en la Sierra tarahumara. FLACSO, México. Tesis para obtener el grado de maestría en Ciencias Sociales, 2008.

negar los derechos políticos y económicos, que son los fundamentales para la existencia de los pueblos indígenas...” [hasta principios de la década de los noventa del siglo XX con las reformas constitucionales de 1992 y el levantamiento del EZLN en 1994].<sup>8</sup>

#### IV. EL PROBLEMA INDÍGENA COMO UN PROBLEMA POLÍTICO

---

A pesar de los esfuerzos en materia jurídica antes descritos, es evidente que los pueblos indígenas, que aún representan una parte significativa de la población mexicana, enfrentan diversas problemáticas sociales. Entre ellas se destacan niveles más altos de pobreza y, en particular, desafíos en el ejercicio de sus derechos constitucionales en relación con la representación dentro del sistema político.

Otro de los principales retos que enfrenta la población indígena de México es el despojo de sus tierras ancestrales en favor de las empresas transnacionales para la realización de industrias extractivas tal como sucede en los territorios rarámuri (Chihuahua, Durango) y wixarika (Nayarit, Jalisco, Durango y Zacatecas), donde diversas empresas mineras canadienses se disputan las tierras ancestrales de estas poblaciones originarias. Además, una cuestión más que es de crucial importancia, es la falta de representación política de los pueblos y las comunidades indígenas en los congresos federal y estatales, que se puede considerar como prácticamente inexistente.

La evidencia del poco alcance de las estrategias en materia jurídica descritas a lo largo del presente texto, se pone de manifiesto de manera pública a través del levantamiento el 1 de enero de 1994 del EZLN, que a mediano plazo propicia primeramente, la discusión y posterior elaboración de una serie de reformas constitucionales que tienen como objetivo central el reconocimiento de México como una nación pluricultural en la que existe una fuerte desigualdad económica, social, cultural y política a la cual debe hacerse frente a partir de la atención a los distintos problemas enlistados durante este trabajo.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> LÓPEZ BÁRCENAS, F. Los pueblos indígenas en las constituciones de México Argumentos, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre, pp. 161-180 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, p. 173, México, 2016.

<sup>9</sup> WRIGHT, C. El derecho a la consulta en materia electoral de los pueblos y las comunidades indígenas / Claire Elizabeth Grace Wright, Víctor Néstor Aguirre Sotelo, Luis Alejandro Rodríguez Cruz. Toluca, México: Instituto Electoral del Estado de México, Centro de Formación y Documentación Electoral, 2018.

Se reconoce que para superar estas condiciones de desigualdad que afectan de manera particular a los indígenas, es necesaria una reforma constitucional con el fin de consagrar de manera explícita, derechos para estos mexicanos, así como acciones institucionales específicas que deben llevarse a cabo por parte del Estado Mexicano. Aquí se observa un primer acercamiento a la idea de la construcción de una ciudadanía diferenciada que tiene por objeto el reivindicar los derechos de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de la marginación y explotación vivida a lo largo de casi 500 años.

De la misma manera se plantea el precisar las características, no sólo en su dimensión social y cultural sino, principalmente en su dimensión política; que determinan la condición indígena de los individuos, la remunicipalización y redistribucionalización (distritos electorales). Una reelaboración de los parámetros de protección en materia agraria, que garanticen la protección de estos pueblos en cuanto a posesión y propiedad de las tierras y promueva la solución de los muchos problemas que viven en el contexto agrario. En esta arena se toman en cuenta de manera relevante, las demandas del EZLN relativas a la necesidad de asistencia y dotación de servicios públicos, así como del respecto de los derechos humanos de las comunidades indígenas, ello con la pretensión y la finalidad de dar fin a las condiciones de desigualdad y de discriminación que prevalecen en estos pueblos originarios.

Se observa y garantiza también el derecho a la libre determinación para decidir sus formas de convivencia internas, así como su organización social, económica, política y cultural. También se establecen reglamentaciones para el uso y disfrute de manera preferente de los recursos naturales existentes al interior de los lugares que ocupan y habitan los pueblos y comunidades indígenas, siempre y cuando no correspondan a áreas estratégicas (términos establecidos por la Constitución). Es conveniente notar que este reconocimiento de los derechos colectivos puede presentarse en confrontación con el modelo liberal de derechos individuales, por lo que es necesario plantearlos de manera que sean compatibles con estos últimos.

Aun cuando en el papel se habla de la aceptación de la problemática indígena respecto sus derechos como ciudadanos, el camino para esta aceptación no es sencillo, ya que la democracia se comprende de forma simultánea desde dos perspectivas diferentes, pero, a su vez complementarias; como un “régimen político” y como una “cultura cívica”. Esto quiere decir que por un lado la democracia se compone por un conjunto de instituciones, reglas y principios políticos legalmente establecidos, mientras que, por otro

lado, es también, una cultura que garantiza el apego de la ciudadanía a los aspectos anteriores. Esto genera una propuesta la cual implica la construcción una nueva forma de ciudadanía que se ha denominado multicultural, en la que se garantizan los derechos individuales, y al mismo tiempo, los derechos de los pueblos con culturas diferentes a la mayoritaria.<sup>10</sup> En este caso, puede haber diferencias culturales, lingüísticas y, al mismo tiempo, las personas pueden ser y tratarse como iguales.

En referencia al tema de la reestructuración de los distritos electorales, se denota que si bien, en términos teóricos o de aquellos que corresponden a la elaboración de normativas que dan cuerpo jurídico a dicha necesidad hay un avance importante, en la práctica se destaca un desarrollo ínfimo en cuanto a las posibilidades patentes de conformar una representación política indígena al interior de las cámaras de representantes tanto a nivel federal así como dentro de los campos estatales y locales, ya que, en este país, de los trescientos distritos electorales que abarcan el territorio nacional, solamente 28 de ellos están compuestos por población indígena. Además, si bien la Ley Electoral estipula que estos distritos deben estar compuestos por lo menos de un 65% de habitantes de pueblos indígenas, en la realidad, el grueso de ellos contiene, en promedio, solamente un 40% de pobladores indígenas. El resultado de esto es que, en las elecciones federales de 2018, se contabilizan únicamente 13 diputaciones indígenas de las cuales 10 son hombres y 3 son mujeres, todos ellos distribuidos en los estados de San Luis Potosí (Tamazunchale), Veracruz (Tantoyuca), Yucatán (Valladolid y Ticul), Oaxaca (Teotitlán de Flores Magón y Tlacolula de Matamoros), Chiapas (Palenque, Bochil, Ocosingo, San Cristóbal de las Casas y Las Margaritas), Guerrero (Tlapa de Comonfort) e Hidalgo (Huejutla de Reyes). (INE), (DOI, 2017), (Sonnleitner, 2013)<sup>11</sup>

Desde otra perspectiva, se reconoce el esfuerzo de las autoridades electorales para impulsar políticas públicas específicas en favor de la satisfacción de las demandas indígenas sobre este tema. Si bien, es necesario un análisis mucho más profundo de sus resultados específicos, se destaca un entendimiento de la problemática que genera expectativas para que, a futuro, logren construirse vías para la ampliación del voto indígena y para el establecimiento de un comportamiento electoral de carácter indígena;

---

<sup>10</sup> KYMLIKA, W. Ciudadanía Multicultural. Paidós, México, 1995.

<sup>11</sup> Para tener mayor claridad respecto a las diversas problemáticas de orden legal en materia electoral relativas a la representación indígena en la arena electoral mexicana, véase: SONNLEITNER, W. La representación legislativa de los indígenas en México: De la representatividad descriptiva, a una representación de mejor calidad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

ambas expectativas, en miras de ampliar y mejorar la representación indígena dentro de los ámbitos político y legislativo.<sup>12</sup>

Por otro lado, el ideal de la ciudadanía diferenciada genera problemas al confrontarse al precepto de igualdad jurídica debido a que esta última crea, por principio, las estructuras necesarias para mantener la unidad de la sociedad a pesar de sus diferencias. El resaltar las diferencias y entenderles como un problema, es una confrontación directa no sólo al sistema de derecho y al sistema político, sino a la comprensión y el desarrollo de la sociedad moderna caracterizada por tener al individuo como centro de su progreso. La ciudadanía es entendida desde este punto de vista (el cual, como ya se mencionó anteriormente, es por lo menos parcial), como un ejercicio individual y no como una acción social colectiva amparada en distinciones socioculturales.

Pero, una vez más, a pesar de la existencia de estas determinaciones jurídicas, se debe notar que ya entrados los años 2000, el presidente de la República Vicente Fox reconceptualiza y modifica ampliamente las connotaciones del problema indígena en cuanto su representación y participación al interior del sistema de la política y, con ello, no reconoce más a los pueblos indios como sujetos de derecho, sino como “entidades de interés público”, es decir, objetos de asistencia social y sujetos a una política por y desde el Estado. Si bien se reconoce su derecho a la libre determinación, se deja en manos de los congresos locales la reglamentación respectiva, hasta la fecha en ciernes; además, no se admite su derecho colectivo al disfrute de sus recursos y territorios y se niega el estatus jurídico de sus sistemas normativos. De tal suerte, sin el sustento jurídico que permita operativizarla en el país, la autonomía está en manos de los congresos estatales, con frecuencia bajo el control de fuerzas caciquiles regionales. A nivel federal, las políticas de reconocimiento tienen escaso carácter vinculante, poca sustancia y dificultad práctica.<sup>13</sup>

La participación indígena al interior del sistema político mexicano puede darse entonces de distintas maneras como lo son: la movilización (protestas, marchas pacíficas, etc.), consultas y procesos deliberativos sobre políticas públicas, participación en

---

<sup>12</sup> SONNLEITNER, W Participación, representación e inclusión política. ¿Existe un voto indígena en México? Política y Gobierno. Volumen XXVIII, Número 2, II semestre de 2020, p. 2-3, 2020.

<sup>13</sup> BURGETE, C. MAYOR, A. y GÓMEZ, M. “Multiculturalismo y gobierno permitido en San Juan Cancuc, Chiapas: tensiones intracomunitarias por el reconocimiento de ‘autoridades tradicionales’”, en Xóchitl Leyva, Araceli Burguete y Shannon Speed (coords.). Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor, México, CIESAS, 2008.

procesos electorales, y procesos de autonomía o autogobierno. No obstante, las comunidades manifiestan una peculiar cultura política, caracterizada por una organización comunal y de autogestión, en muchos casos desarrollada en forma paralela a la organización política institucional partidista-electoral y, en otros, sustentada en formas de elección particular de sus autoridades, al nivel local, a través de los “usos y costumbres”.

Al respecto, es notorio que hay avances en cuanto la apertura de posibilidades de participación política para los pueblos indígenas, pero esto es observable, principalmente, en el contexto de lo local. A nivel estatal y federal, la participación y el desarrollo de la ciudadanía indígena sigue siendo mínima. Se tiene conocimiento de casos relevantes en la zona sur del país, particularmente en los estados de Oaxaca, Michoacán y Guerrero, en comparación, con el norte de país, donde los avances son mucho menores. En cuanto a este bajo nivel de participación, puede observarse el caso de los grupos rarámuris asentados a lo largo de la Sierra Tarahumara en el estado de Chihuahua, donde la falta de representatividad política juega un factor determinante en la marginación de la población indígena, quien ve paulatinamente como empeoran sus condiciones de vida en la medida en que no es ella quien toma las decisiones que atañen a su propio proyecto de vida.<sup>14</sup>

## V. LA CIUDADANÍA INDÍGENA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

---

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la diferencia de los pueblos indígenas y, a partir de ello, se consagra el principio de igualdad en el ejercicio de sus derechos. De la misma forma que en el Convenio 169, en la Declaración se estipulan lineamientos respecto del ejercicio de los derechos políticos de los pueblos indígenas, con la intención de asegurar su participación y representación política dentro de los marcos institucionales que el Estado brinda, respetando siempre sus particularidades culturales y de organización en referencia a la toma de decisiones al interior de sus pueblos y territorios (artículo 18). Tal como se puede

---

<sup>14</sup> ALMANZA, H. (2019) El sistema normativo rarámuli como ejercicio de la ciudadanía ¿respuesta a la exclusión política. En: Sistemas normativos indígenas, Comisión Estatal para los Pueblos Indígenas del estado de Chihuahua, 2019.



leer en el Convenio 169, también se instruye acerca de la obligatoriedad de la consulta frente al desplazamiento de sus territorios (art. 10).

Respecto de la participación política indígena, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que:

“No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos [indígenas] sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. Se reconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan las candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ellas son pertinentes e incluso necesarias para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado. Incluso la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas.”<sup>15</sup>

Es incuestionable el hecho de que la implementación de un modelo económico neoliberal a nivel global ha tenido como consecuencias el aumento de la pobreza y de la desigualdad social; cabe mencionar que ello se ha logrado gracias a la paulatina reducción de los derechos sociales de los grupos sociales vulnerables, incluidos entre ellos, los pueblos indígenas. La problemática se encuentra en observar las posibilidades de llevar a cabo un proyecto de esta magnitud en un contexto de sobrepoblación, condiciones laborales de informalidad (por decir lo menos); reducción, en la práctica, de derechos colectivos; amplio margen de desigualdad social y económica, exacerbación de los derechos individuales, desequilibrios económicos, expansión de la propiedad privada y de la economía de mercado, carencia de programas sociales integradores, ausencia de medios para la producción, entre otros. La contradicción en este sentido es que existe una evidente tensión en continuo crecimiento entre la necesidad del nuevo sistema democrático por garantizar una inclusión política que haga posible la participación pública de manera ampliada y la exclusión social que se genera por la expansión de un modelo económico

---

<sup>15</sup> GUTIÉRREZ CHONG, N. Cultural política indígena: Bolivia, Ecuador, Chile, México, Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, México, p. 216, 2015.

que tiene sus bases en la privatización de los bienes sociales y la emergencia del mercado como eje de articulación y cohesión social, e inclusive política.

El ejercicio del Estado se encuentra inmerso en “la paradoja de la democracia” debido a que, el nuevo modelo económico presiona hacia el individualismo, mientras que la ciudadanía exige el cumplimiento y la garantía al acceso a los bienes colectivos como incentivo para mantener su participación al interior del espacio y la opinión pública.<sup>16</sup>

A pesar de existir todas estas agravantes, las cuales dificultan la participación de las comunidades indígenas en la vida político-electoral del país, se observa, por parte de estos grupos, una disposición además de un paulatino incremento de su intervención al interior de los procesos electorales; no sin que por ello se destaque un amplio rezago en materia legislativa, el cual tiene una estrecha relación (cómo ya se ha descrito a lo largo del trabajo) con prácticas de discriminación y condiciones de exclusión cultural, jurídica, política, económica y social.

No por ello debe dejar de señalarse que a raíz de la suma del Estado mexicano a diversos procesos de armonización legislativa en concordancia con distintos parámetros establecidos desde diferentes instancias pertenecientes al marco jurídico internacional (varias ya señaladas a lo largo de este trabajo), -muchos de estos procesos, derivados de la emergencia de acciones afirmativas-; se han logrado importantes avances respecto la participación y la representación política indígenas. Un ejemplo de ello son las reformas constitucionales en la materia llevadas a cabo durante el año 2015, las cuales garantizan desde aquella fecha, el derecho de las personas indígenas a votar y ser votados en condiciones de igualdad y, de la misma manera, se garantiza su acceso al desempeño de cargos públicos y de elección popular.

En este sentido se refiere que, en el año 2019, se implementan acciones compensatorias en referencia al tema de la subrepresentación de los pueblos indígenas en la Cámara de Diputados, donde las acciones afirmativas consistieron en exigir a los partidos la postulación de candidatos indígenas con la finalidad de formalizar la participación de este sector de la población en por lo menos el 6% que es lo más cercano al estándar mínimo del 6,1% establecido por el Instituto Nacional Electoral.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> QUIROZ, J. Resistencia y dominación: Los efectos de la Modernización en la Sierra tarahumara. FLACSO, México. Tesis para obtener el grado de maestría en Ciencias Sociales, p. 171, 2008.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ E., MORENO, M., SANTILLÁN, V., SONNLEITENR, W., SORIA, M., VÁZQUEZ, A. Estudio especializado sobre la efectividad en la aplicación de las acciones afirmativas y las barreras que enfrentan los grupos en situación de discriminación en la representación política en el proceso electoral

No obstante, y si bien, el aparato jurídico mexicano ha avanzado en materia de participación y representación política de la población indígena, siguen existiendo agravios a este sector de la población y más que nada una serie de contradicciones donde se manifiestan una serie de protestas y reclamos sobre las bases de una serie de supuestas violaciones a sus derechos constitucionales. Ejemplo de lo anterior es ostensible en la impugnación de los Partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo, Verde Ecologista y Acción Nacional manifiesta en el año 2020 contra el INE en relación con los criterios para el registro de candidaturas a diputaciones federales en el proceso electoral 2020-2021, donde, entre otras cosas, se reclama la presunta violación al derecho al voto activo de la población indígena, además de los derechos relativos a la autoorganización y autodeterminación de los pueblos indígenas.

Finalmente se acentúa que para el caso mexicano, el sistema de derecho sigue siendo excluyente en cuanto la posibilidad del ejercicio de la ciudadanía indígena, ya que este no se sujeta al ideal de la igualdad sino, más bien, al de la diferencia, si bien, la exclusión no es total, o sea, no mantiene a las comunidades indígenas fuera de las reglamentaciones y normas propias del sistema jurídico, sí otorga un trato especial derivado de las condiciones históricas analizadas a lo largo del texto, situación que produce contradicciones intra-sistémicas pero, a su vez, genera también expectativas de integración para los pueblos originarios. En esta dirección se recalca que, en el aparato jurídico mexicano en particular, al igual que en la sociedad moderna en general, “la dicotomía inclusión/exclusión se pone de manifiesto de manera generalizada bajo el esquema igual/desigual entendiéndole como una medida para el reconocimiento y el éxito. De esta manera se asegura que esta dicotomía propia de la sociedad moderna conduzca a las personas hacia la integración al asignarles lugares para su actuación y estipulándoles expectativas a alcanzar dentro de ese marco de acción y actuación.”<sup>18</sup>

---

federal 2020-2021. Documento de investigación elaborado por el Colegio de México con motivo del convenio específico de colaboración con el Instituto Nacional Electoral, Número INE/dj/124/2021, p. 49-55, 2022.

<sup>18</sup> LUHMANN, N. La sociedad de la sociedad. Ed. UIA-Herder, México, p. 490-492, 2007.

## VI. REFLEXIONES FINALES

---

Una parte central del problema reside en la diversidad, pluralidad y fragmentación extremas de las comunidades indígenas, particularmente en su dimensión política y organizativa. Ello obliga a replantear las peculiaridades históricas, geográficas, sociodemográficas, económicas, culturales y lingüísticas de las regiones, de los pueblos y de las identidades indígenas para lograr una ciudadanía incluyente y realmente multicultural o étnica. Lejos de agotar el tema, quedan asuntos pendientes.

Es patente que existen, por un lado, avances en materia jurídica para el establecimiento de condiciones que propicien la conformación de la ciudadanía indígena al interior del país, entre ellos, la armonización de las leyes nacionales conforme a los convenios y tratados internacionales relativos a la materia; pero en otro sentido, se observa también la emergencia de contradicciones a este propósito como lo son, por ejemplo: las reformas constitucionales del presidente Carlos Salinas de Gortari respecto a la propiedad ejidal, sus posibilidades de fragmentación y venta. También en un sentido contradictorio se pueden leer las reformas legales de Vicente Fox en las que se considera a las comunidades indígenas como entidades de interés público y no como sujetos de derecho. Estas políticas, transgreden los derechos de la ciudadanía indígena al observarles no como personas y ciudadanos, sino como objetos de asistencia social; por lo tanto, atentan también en contra del fortalecimiento de los derechos colectivos y, sin embargo, dotan de mayor y mejor estructura a las políticas económicas neoliberales sustentadas en los derechos y el desarrollo individual.

En este sentido es de resaltar que en el contexto del neoliberalismo (finales de los años 70 a hoy en día) resulta, por lo menos complejo el defender y velar el mantenimiento de los derechos colectivos dado que, el neoliberalismo como sistema, no sólo económico sino social, sienta sus bases de desarrollo en la primacía de los derechos individuales, incluidos los derechos humanos entendidos como garantías universales. Otro asunto que se desprende de esta discusión pero que resulta también de importancia es el de encuadrar una vertiente de los derechos humanos que pretende la protección de los derechos colectivos cuando se tiene bien claro que los derechos humanos, apelan de por sí a la defensa del derecho natural, el derecho de los individuos a la participación política, a la civilidad y al desarrollo económico.

Desde este punto de vista se pueden observar dos cuestiones referentes tanto al ejercicio de la ciudadanía indígena y también respecto al sistema de derecho y el desarrollo del aparato jurídico: La primera es, que el desarrollo del concepto y del ejercicio de la ciudadanía indígena ha transitado a lo largo de más de dos siglos por un proceso que va de la construcción del individuo entendido como el sujeto racional y el centro de la modernidad, hacia la conformación de un sujeto con intenciones e intereses propios que, en no pocas ocasiones, difieren del proceso de modernización, tanto en su primera etapa así como en la segunda. De manera similar, el aparato jurídico ha pasado de ser un sistema basado en la racionalidad objetiva y el progreso de corte positivo, donde aparentemente sus decisiones se toman desde una perspectiva “fuera del mundo”, hacia conformarse como un sistema que obedece, no sólo a la intencionalidad de los actores, sino que, a la par de ello, constituye su propia intencionalidad y sus propios intereses en un contexto de riesgo y cambio permanente.

“Así, la objetividad del individualismo de la simple modernidad es sustituida por la intencionalidad del conocimiento de la segunda modernidad. Esta intencionalidad se encuentra de nuevo en una fase central de *La Sociedad del Riesgo*... La ciencia, la industria [y el sistema de derecho], a pesar de sus pretensiones de objetividad, de ser en cierto modo objetivas y estar fuera del mundo, están realmente en el mundo con su propia intencionalidad, constituida por el propio interés. El problema aquí, aunque es al mismo tiempo un ancla de salvación, es que lo que se pretende conduce a la más extraordinaria intencionalidad, a los efectos secundarios, a las denominadas consecuencias no queridas.”<sup>19</sup>

Se subraya que tanto el orden jurídico, así como el orden político y las comunidades y pueblos indígenas de México, han enfrentado históricamente “la paradoja de la ciudadanía indígena” debido a que, si bien, todos los actores involucrados y afectados por la problemática en cuestión, han tendido vías de comunicación hacia el mejoramiento de las condiciones en relación a la representación indígena al interior del sistema de la política, la realidad es que se observa más que un acercamiento a condiciones igualitarias de representación y participación dentro de estos ordenes, si la ampliación de los márgenes de la desigualdad en términos jurídicos en tanto: 1) se observa cada día más una reducción de los derechos colectivos frente a los derechos individuales, 2) existe un

---

<sup>19</sup> BECK, U. BECK, E. La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas. Paidós, España, p. 12, 2003.

mayor estancamiento y mínimo desarrollo social para estas comunidades, 3) su representación política en partidos políticos y en cuanto a curules en las cámaras baja y alta es mínima y, 4) se evidencia una reducción en términos legales y de elaboración de políticas públicas, de las estrategias y posibilidades para alentar la participación indígena de manera colectiva y su posterior representación al interior de los sistemas de la política y del derecho.<sup>20</sup>

## VII. REFERENCIAS

---

- ALMANZA, H. (2019) El sistema normativo ralmuli como ejercicio de la ciudadanía ¿respuesta a la exclusión política. En: Sistemas normativos indígenas, Comisión Estatal para los Pueblos Indígenas del estado de Chihuahua, 2019.
- BECK, U. BECK, E. La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas. Paidós, España, 2003.
- BURGETE, C. MAYOR, A. y GÓMEZ, M. “Multiculturalismo y gobierno permitido en San Juan Cancuc, Chiapas: tensiones intracomunitarias por el reconocimiento de ‘autoridades tradicionales’”, en Xóchitl Leyva, Araceli Burguete y Shannon Speed (coords.). Gobernar (en) la diversidad: experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor, México, CIESAS, 2008.
- ESCOBAR, A. Indígenas y conflictos en el periodo colonial tardío novohispano: El caso de las Huastecas (1750-1820). En: Nuevo Mundo Mundos Nuevos (Debates), 18 de diciembre de 2009.
- GARCÍA ROJAS, G. (2021) Nación, lengua y raza. La configuración del “problema indígena” en México en el siglo XIX Cuicuilco. Revista de Ciencias Antropológicas, vol. 28, núm. 82, 2021, Septiembre-Diciembre, pp. 169-190 Instituto Nacional de Antropología e Historia Ciudad de México, México, 2021.
- GUTIÉRREZ CHONG, N. Cultural política indígena: Bolivia, Ecuador, Chile, México, Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, México. 2015.
- HANNA, P. y VANCLAY, F. “Human Rights, Indigenous Peoples and the Concept of Free, Prior and Informed Consent”. Impact Assessment and Project Appraisal, 31 (2), 146-157, 2013.

---

<sup>20</sup> QUIROZ, J. Las paradojas del desarrollo comunitario. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024 en México. *Revista Internacional De Cooperación Y Desarrollo*, 8(1), 28-38, 2021.

- KYMLIKA, W. Ciudadanía Multicultural. Paidós, México, 1995.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F. Los pueblos indígenas en las constituciones de México Argumentos, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre, pp. 161-180 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México, 2016.
- LUHMANN, N. La sociedad de la sociedad. Ed. UIA-Herder, México, 2007.
- MARTÍNEZ E., MORENO, M., SANTILLÁN, V., SONNLEITENR, W., SORIA, M., VÁZQUEZ, A. Estudio especializado sobre la efectividad en la aplicación de las acciones afirmativas y las barreras que enfrentan los grupos en situación de discriminación en la representación política en el proceso electoral federal 2020-2021. Documento de investigación elaborado por el Colegio de México con motivo del convenio específico de colaboración con el Instituto Nacional Electoral, Número INE/dj/124/2021, 2022.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C. 169, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 1989.
- PÉREZ ZAMARRIPA, A. De monarquía de vecinos a nación de ciudadanos: la definición de la ciudadanía en el México borbónico e independiente, 1780-1825 Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad, vol. 40, núm. 159, 2019, pp. 219-245. El Colegio de Michoacán, A.C., 2019.
- QUIROZ, J. Las paradojas del desarrollo comunitario. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2024 en México. *Revista Internacional De Cooperación Y Desarrollo*, 8(1), 28-38, 2021.
- QUIROZ, J. Ciudadanía e igualdad para la construcción de la democracia. Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año XIII, No. 25 enero-junio de 2018. pp. 147-176. ISSN: 2007-0675. Universidad Iberoamericana A.C., Ciudad de México, 2018.
- QUIROZ, J. Resistencia y dominación: Los efectos de la Modernización en la Sierra tarahumara. FLACSO, México. Tesis para obtener el grado de maestría en Ciencias Sociales, 2008.
- QUIROZ, J. La construcción moderna del Estado-nación: Una perspectiva jurídico-antropológica. La implantación de la política indigenista en una comunidad de la baja tarahumara. ENAH, México. Tesis para obtener el título de licenciatura en Antropología social, 2005.

SONNLEITNER, W Participación, representación e inclusión política. ¿Existe un voto indígena en México? Política y Gobierno. Volumen XXVIII, Número 2, II semestre de 2020, 2020.

SONNLEITNER, W. La representación legislativa de los indígenas en México: De la representatividad descriptiva, a una representación de mejor calidad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

WRIGHT, C. El derecho a la consulta en materia electoral de los pueblos y las comunidades indígenas / Claire Elizabeth Grace Wright, Víctor Néstor Aguirre Sotelo, Luis Alejandro Rodríguez Cruz. Toluca, México: Instituto Electoral del Estado de México, Centro de Formación y Documentación Electoral, 2018.

*Sitios web*

Instituto Nacional Electoral (INE). (2021). Distritación electoral 2021. Recuperado de <https://www.ine.mx/sobre-el-ine/distritacion-electoral-2021/>

Instituto Nacional Electoral (INE). (2018, 26 de septiembre). Por primera vez en la historia de México, la Cámara de Diputados tendrá 13 representantes indígenas. Recuperado de <https://centralector.ine.mx/2018/09/26/primera-vez-la-historia-mexico-la-camara-diputados-tendra-13-representantes-indigenas/>





ARTÍCULO

OPEN ACCESS

# El derecho al asilo como aspiración en la era de la constitucionalización democrática en los Estados mexicano y español

*The right to asylum as an aspiration in the era of democratic constitutionalization in Mexico and Spain*

José Luis Leal Espinoza

0000-0002-9072-0057

Recibido: 01 de noviembre 2023.

Aceptado: 29 de noviembre 2023.

**Sumario.** I. Introducción. II. Conceptualización del derecho al asilo en el marco legal del Derecho Universal de los Derechos Humanos. III. Diferencia entre el derecho al refugio y el derecho al asilo. IV. El derecho a solicitar asilo en España. V. El derecho al reconocimiento de la condición de refugiado en México. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

# El derecho al asilo como aspiración en la era de la constitucionalización democrática en los Estados mexicano y español

*The right to asylum as an aspiration in the era of democratic constitutionalization in Mexico and Spain*

José Luis Leal Espinoza\*

**Resumen.** Conceptualizar el derecho al asilo en la doctrina, su consenso en el derecho internacional y las categorías que implica su estudio es una tarea en construcción constante para acceder a su reconocimiento. Para ello, es relevante establecer las causas por las cuales se puede solicitar asilo en México y España de manera comparada, lo cual permitirá crear acuerdos bilaterales que consoliden las relaciones de colaboración y apoyo entre ambas naciones, además de la armonización de los marcos de recepción en esta materia, para identificar los retos que presentan sus sistemas de asilo. Aunque ambos Estados reconocen el derecho a solicitar asilo en su texto constitucional y regulan a través de un procedimiento las pautas para acceder al reconocimiento del asilo, el sistema jurídico mexicano provee una mayor garantía en el reconocimiento del derecho al asilo en comparación con el sistema jurídico español.

**Palabras Clave:** Constitución, Democracias, Derecho al asilo.

**Abstract.** Conceptualizing the right to asylum in the doctrine, its consensus in international law and the categories that its study implies is a task in constant construction to access its recognition. To this end, it is relevant to establish the causes for which asylum can be requested in Mexico and Spain in a comparative manner, which will allow the creation of bilateral agreements that consolidate the relations of collaboration and support between both nations, in addition to the harmonization of the reception frameworks. In this matter, to identify the challenges presented by their asylum systems. Although both States recognize the right to request asylum in their constitutional text and regulate

---

\* Doctor en Filosofía (PhD) con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Catedrático Investigador a Tiempo Completo y Coordinador de Investigación y Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Correo electrónico: [jose.leal@uadec.edu.mx](mailto:jose.leal@uadec.edu.mx).

through a procedure the guidelines to access the recognition of asylum, the Mexican legal system provides a greater guarantee in the recognition of the right to asylum compared to the Spanish legal system.

**Keywords:** Constitution, Democracies, Right to asylum.

## I. INTRODUCCIÓN

---

Según cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>1</sup>, el número de personas desplazadas forzadas en el mundo en los últimos 10 años asciende al menos a 100 millones, desplazadas a causa de conflictos, guerra, persecución y violaciones sistemáticas a derechos humanos, tales como la guerra en Siria, la crisis de desplazamiento en Sudán del Sur, la crisis de refugiados y migrantes provenientes de Venezuela, la llegada de refugiados y migrantes a Europa por mar, la gran crisis humanitaria en Yemen, y esto solo por mencionar algunos ejemplos.

De los países miembros de la Unión Europea en 2020, España ha sido el país con más peticiones de refugio, en su mayoría por la crisis en Venezuela y la violencia en países de Centroamérica y Colombia, llegando a recibir hasta 3,500 peticiones semanales, pero solo el 5% de las peticiones acaban siendo reconocidas, muy lejos del 30% que es la media de la Unión Europea.<sup>2</sup>

Las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en México según datos de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados<sup>3</sup> registró 48.254 solicitantes hasta el mes de agosto del 2019, más del triple que en el mismo periodo del 2018, alcanzando un récord respecto a la última década:

La violencia y la pobreza que aqueja al Triángulo Norte de Centroamérica sumadas al endurecimiento de las políticas migratorias estadounidenses han causado en el último año un

---

<sup>1</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) [en línea]. “Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2019”. Organización de las Naciones Unidas del Alto Comisionado para Refugiados, 2020, p.6. [Consulta el 12 de noviembre de 2023]. Disponible en: [https://www.acnur.org/5eeaf5664#\\_ga=2.30222137.704746651.1606624972-113723194.1606624972](https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.30222137.704746651.1606624972-113723194.1606624972)

<sup>2</sup> MARTIN, María. “España es el país de la UE con más peticiones de asilo por la presión de Latinoamérica”. [en línea]. España: *El País*. 22 de febrero de 2020. [consultado el 11 de noviembre de 2023]. Disponible en: [https://elpais.com/politica/2020/02/22/actualidad/1582400826\\_726947.html](https://elpais.com/politica/2020/02/22/actualidad/1582400826_726947.html)

<sup>3</sup> Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR). Datos al Cierre de diciembre de 2020. 7 de enero de 2021. [consulta el 11 de noviembre de 2023] Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/493180/REPORTE\\_CIERRE-DE-AGOSTO-2019.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/493180/REPORTE_CIERRE-DE-AGOSTO-2019.pdf)

aumento de más de 230% de las solicitudes de asilo en México.<sup>4</sup>

En la actualidad ambos países reconocen el derecho a solicitar asilo en sus respectivas Constituciones, no obstante, enfrentan como reto en común, resolver la creciente demanda de solicitudes de reconocimiento de asilo sin violentar los derechos humanos de las personas solicitantes.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AL ASILO EN EL MARCO LEGAL DEL DERECHO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 proclama en su artículo 14 que toda persona tiene derecho a buscar y gozar de asilo en otros países si sufre persecución.

Casi un año posterior a la creación de esta Declaración, el 3 de diciembre de 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas tomó la decisión de designar un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y, un año después, a través de la Resolución 428 (V) del 14 de diciembre de 1950, se aprobaba el Estatuto bajo el cual trabajaría.<sup>5</sup>

Dentro de las funciones del ACNUR, reguladas en su Estatuto forman parte de su competencia atender a toda persona que:

... como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>6</sup>

El artículo 1, apartado A, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1950,

---

<sup>4</sup> ONU. *Las políticas migratorias estadounidenses presionan el sistema de asilo en México*. Noticias Migrantes y Refugiados. 1 de octubre de 2019, pár. 1. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/10/1463202>

<sup>5</sup> NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú: Instituto de Estudios Internacionales. 2001. p. 28. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8953.pdf>

<sup>6</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1950): XI Resolución 428 (V). Establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 14 de diciembre de 1950, p. 2.

considera refugiados a las personas:

- 1) Que hayan sido consideradas como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.
- 2) Que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país; o a las que carecen de nacionalidad.<sup>7</sup>

El párrafo segundo adopta el concepto de refugiado del Estatuto del ACNUR, el problema es que limita el acceso al refugio al establecer una temporalidad para su reconocimiento por hechos ocurridos antes del primero de enero de 1951, y con el transcurso del tiempo, dejó de ser un instrumento al alcance de todas aquellas personas que se encontraran en la situación que define el texto, pero que su estatus de refugiados sea por una causa posterior a esa fecha.

Mediante la aprobación del Protocolo del Estatuto de los Refugiados de 1967, se amplió la definición de refugiado, al incluir dentro del proemio y consagrar en su artículo primero que el término refugiado denotará a toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados y el Estatuto del ACNUR, pero sin la limitante del tiempo.

Otro antecedente relevante a la construcción de una definición de situación aplicable a la situación de refugio y asilo es la Convención de Kampala,<sup>8</sup> nacida para la protección de los refugiados africanos a causa de los conflictos armados y respaldada por la Unión Africana.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), 14 de diciembre de 1950, capítulo II, inciso 6, p. 1-2.

<sup>8</sup> Uganda. Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África. Convención de Kapala. 22 de octubre de 2009, p. 18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 1993”. Organización de los Estados Americanos. 1993.

<sup>9</sup> BOLAÑOS MARTÍNEZ, Jorge. “Convención de Kampala: El duro camino hacia la protección efectiva de los refugiados africanos”. [en línea] Pre-bie3, (6), 18. [consultado el 11 de noviembre]. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. 19 de diciembre de 2012, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7472566>

A través de ella se amplió la definición de refugiado no solo refiriéndose al temor fundado de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o político, sino que además incluye como motivo agresiones externas, ocupación, dominación extranjera u otros eventos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del territorio del país de su origen o nacionalidad.<sup>10</sup>

En estos instrumentos, para considerar que una persona es refugiada, se requiere del cumplimiento de los siguientes elementos:

- a) Temor fundado.
- b) Persecución por su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, etc.
- c) Se encuentre fuera del país de donde es nacional.
- d) No puede o no quiere acogerse a la protección del país de su nacionalidad por consecuencia a ese temor fundado.

El derecho internacional no contiene una definición clara del término “asilo”, sin embargo, alude a una protección básica de los derechos fundamentales, como en este caso puntual, a no ser expulsado o devolverle a la frontera de los territorios donde su vida o su libertad sea amenazada.

El primer instrumento convencional que hace referencia al derecho al asilo es el Tratado de Derecho Penal Internacional en el cual se señaló en su artículo 16 que:

el asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.<sup>11</sup>

Este primer antecedente reconoce el derecho al asilo en un contexto de persecución por motivos políticos, lo que no es de extrañar ya que en la región latinoamericana se extendió la idea del término asilo como una figura presente en diversos tratados regionales, que hace referencia principalmente al asilo político.<sup>12</sup>

Cançado y Martínez<sup>13</sup> concuerdan en que la vasta práctica internacional en

---

<sup>10</sup> Uganda. Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África. Convención de Kapala. 22 de octubre de 2009, p. 18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 1993”. Organización de los Estados Americanos. 1993.

<sup>11</sup> Uruguay. Tratado sobre Derecho Penal Internacional. Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. 23 de enero de 1889, p. 5.

<sup>12</sup> MACÍAS DELGADILLO, Alejandra. *Personas solicitantes de Asilo y Refugiadas. La figura en México*, 2012. [en línea]. México: Sin Fronteras IAP, 2012. [consulta el 12 de noviembre de 2023]. ISBN: 978-607-95760-4-2, p. 8. Disponible en: <https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/Personas-solicitantes-de-asilo-y-refugiadas.-La-figura-en-M%C3%A9xico.pdf>

<sup>13</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto., Martínez Moreno Alfredo, (2003): Doctrina

materia de asilo diplomático que se desencadenó en la América Latina ingresó en el corpus del derecho convencional, mediante la Convención sobre Asilo de La Habana de 1928, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, y la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954.

Las Convenciones sobre el Asilo Territorial, sobre Asilo Diplomático, ambas de Caracas de 1954 y la Convención sobre Asilo Político de la Habana de 1928 (todas ratificadas por el Estado mexicano) coinciden en proteger a las personas perseguidas por motivo a derechos políticos, o por delitos comunes cometidos con fines políticos y que se encuentren en peligro de ser privados de su vida o de su libertad y no puedan, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.<sup>14</sup>

Se puede entender el asilo territorial como la protección que un Estado presta en su territorio al acoger a determinadas personas que llegan a él, perseguidas por motivos políticos y que se encuentran en peligro su vida o libertad en el Estado de procedencia.<sup>15</sup>

El asilo territorial figura en todos los tratados sobre extradición, aunque sólo se prohíbe el acceso a este derecho a personas a quienes se les imputa la comisión de delitos políticos, estableciendo además un régimen para el refugio en territorio extranjero, pero la única convención latinoamericana adoptada exclusivamente sobre esta materia es la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954.

Hasta este punto podemos destacar la importancia del concepto de asilo en Latinoamérica, dado su reconocimiento expreso como un derecho de las personas nace en el continente americano con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, la cual se refiere al “caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.<sup>16</sup>

Posteriormente, en 1969, se crea la Convención Americana sobre Derechos

---

Latinoamericana del Derecho Internacional, Tomo 1. 65 p. ISBN: 9977-36-116-9. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/doctrina1.pdf65>

<sup>14</sup>RODRÍGUEZ DE ITA, Guadalupe. Tres asilos otorgados por México a un mismo antitrujillista. *Tzintzun* [online]. 2010, n.52 [consultado el 15 de noviembre de 2023], pp.101-142. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-28722010000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-28722010000200004&lng=es&nrm=iso). ISSN 0188-2872.

<sup>15</sup>DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Escobar Hernández, Concepción (coord.) 8va. Edición. España: Tecnos. 2013, ISBN: 978-84-309-5341-7, p. 522.

<sup>16</sup> Colombia. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. 1948, párr. 49.

Humanos en la que se continúa haciendo referencia al asilo en su artículo 22, como el derecho de toda persona “de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.<sup>17</sup>

La Convención Americana restringe en mayor medida el derecho al asilo solo en casos “de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos”, mientras que en el texto de la Declaración Americana no hay una mención expresa a los delitos políticos y la alusión a los delitos comunes se realiza para fijar un límite al derecho al asilo, pero no como elemento definitorio de su alcance.<sup>18</sup>

Por esta razón, la Comisión Interamericana ha advertido que la Convención Americana reconoce en su artículo 22 un derecho de asilo más limitado que el de la Declaración Americana ya que ésta solo atribuye este derecho de asilo a personas perseguidas por delitos políticos o delitos comunes conexos, con lo que excluye a una amplia categoría de personas que abandonan sus países por situaciones de violencia y otras formas de persecución.<sup>19</sup>

Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que el concepto tradicional de asilo ha evolucionado con el desarrollo normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que la Declaración Americana incluyó el derecho al asilo como un derecho individual a buscar y recibir asilo en América Latina, el cual fue seguido por la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>20</sup> donde el derecho de buscar y disfrutar del asilo en cualquier país fue explícitamente reconocido, siendo a partir de ese momento codificado en instrumentos de derechos humanos y no solo en tratados de naturaleza interestatal.

La concepción del asilo adoptado por el derecho latinoamericano se destaca por considerarlo como un derecho humano por medio del cual, una persona puede solicitar la protección de algún Estado cuando su país de origen ha fallado en respetar, proteger y/o garantizar su vida e integridad personal y estas corren peligro de ser menoscabadas

---

<sup>17</sup> STEINER, Christian y URIBE, Patricia, (Eds.): Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada. Colombia: Konrad-Adenauer. 2014, p. 531. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13530>

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 543.

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 1993”. Organización de los Estados Americanos. 1993, párr. 4.

<sup>20</sup> Francia. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.



por la “comisión de un delito” de índole política.

Los países latinoamericanos que han adoptado en su derecho interno medidas de protección a personas en esta situación, y que han suscrito tratados en la materia, deben cumplir con los compromisos internacionales que han adquirido y garantizar mediante un procedimiento, el acceso real a este derecho.

Existen ciertas diferencias entre las características de un refugiado y un asilado porque estos términos a veces son utilizados de manera indistinta, es por ello pertinente detenernos a analizar las diferencias entre estas dos figuras.

### III. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO AL REFUGIO Y EL DERECHO AL ASILO

---

La Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe de 1999, adoptada en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados abordó la utilización de los términos "asilado" y "refugiado" en América Latina como sinónimos, “porque extienden la protección a extranjeros que la ameritan”.<sup>21</sup>

Si bien ambas figuras se encargan de velar por el derecho de todas las personas con independencia de su estatus migratorio, estos conceptos se separan en cuanto a su alcance de protección y por el hecho que origina la persecución; por una parte, el asilo protege a las personas perseguidas por razones políticas, y el refugio por cuestiones relacionadas a su sexo, religión, nacionalidad, y demás motivos reconocidos en las convenciones.

Tal como se ha mencionado, de la Convención de 1951 se desprende que el término refugio se refiere a la protección que se otorga al solicitante hasta que se haya regularizado la situación en su país de origen o hasta que haya obtenido admisión en un algún otro país, por lo tanto, al utilizar el término, se asocia este estatuto jurídico con una forma de protección que es concebida como el mero acto de admisión al territorio y no devolución, y que no da lugar al ejercicio de la mayoría de los derechos reconocidos en

---

<sup>21</sup> México. Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe, 10 y 11 de mayo de 1999, parte II, inciso 6), p. 3.

la Convención de 1951 cuyos beneficiarios son exclusivamente los refugiados.<sup>22</sup>

Para la normativa de los Estados de América Latina el termino de asilo se refiere al derecho que se concede a los extranjeros perseguidos por razones políticas o por delitos políticos o conexos, según corresponda, y el termino refugiado hace referencia al estatuto que se reconoce al extranjero por aplicación del Sistema Universal de Derechos Humanos establecido en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Esta distinción se basa en el tratamiento de ambos como institutos separados, aunque, por razones de afinidad, su regulación puede hacerlos aparecer compartiendo el mismo texto legal.

En el Sistema Interamericano y el Sistema Universal de Derechos Humanos existen similitudes y diferencias entre los conceptos de asilo y refugio, como lo ilustra Jaime Ruiz de Santiago:

el asilo latinoamericano representa una institución regional, que puede ser concedido en el propio país de origen del peticionante, que nace como una protección frente a una persecución, que debe ser actual y presente contra una persona, mientras que el refugio es una institución convencional universal en el cual es condición esencial que la persona se encuentre fuera de su país de origen, menos riguroso respecto de las circunstancias de la persecución, puesto que no requiere que sea actual y efectiva, bastando para solicitarlo el temor fundado de persecución.<sup>23</sup>

De sus similitudes, Ruiz de Santiago<sup>24</sup> nos habla que ambas figuras coinciden en su carácter humanitario, lo que con relación al asilo se menciona en el artículo 3 de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933 “El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad”<sup>25</sup> y que respecto al refugio el párrafo 2 del capítulo 1 del Estatuto del ACNUR dice: “la labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico: será humanitaria y social”<sup>26</sup> y en mismo sentido se puede encontrar en el preámbulo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, además, ambas instituciones humanitarias existen para brindar protección a las personas.

---

<sup>22</sup> SAN JUAN, César y MANLY, Mark. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Franco, Leonardo (Coord.) Universidad Nacional de Lanus. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Costa Rica: Editorama S. A. 2004, 556 p. ISBN 9977-88-095-6, p-41. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>

<sup>23</sup> RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. La protección jurídica de los refugiados en la región centroamericana, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, [consultado el 15 de noviembre de 2023] Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 20, 1990-1991, p. 83-86. Disponible en: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa-interna/criterios\\_editoriales.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa-interna/criterios_editoriales.pdf)

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Uruguay. Convención sobre Asilo Político. *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 1933, p. 1.

<sup>26</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1950): XI Resolución 428 (V). Establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 14 de diciembre de 1950, p. 83-86.

Según Cançado:

La visión separada de las tres grandes vertientes de la protección internacional de la persona humana mediante el DIDH, el DIRy el derecho humanitario se encuentra hoy definitivamente superada. La doctrina y la práctica contemporáneas admiten, la aplicación simultánea o concomitante de normas de protección, sea del derecho internacional de los derechos humanos, sea del derecho internacional de los refugiados, sea del derecho humanitario. Hemos pasado de la división a la convergencia, alimentada por la identidad del propósito común de protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.<sup>27</sup>

#### IV. EL DERECHO A SOLICITAR ASILO EN ESPAÑA

---

Prieto Godoy<sup>28</sup> ha señalado que en Europa no existe un marco jurídico regional *ad hoc* sobre refugio o asilo, pero la normativa de la Unión Europea ha influido en la normativa interna de sus Estados Parte hacia la concepción del asilo como sinónimo de refugio, obligando a crear o modificar nuevas leyes de asilo.

Como un contexto histórico, la Constitución Española<sup>29</sup> en su artículo 13.4 no se encontraba consagrado propiamente dicho el derecho a solicitar asilo, solo regula que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”, por lo que no puede ser considerado propiamente como un derecho fundamental, sino como un derecho de configuración legal, pero ante este derecho el legislador está condicionado por las obligaciones internacionales asumidas por España.

Actualmente, la norma encargada de regular el derecho al asilo y la protección subsidiaria en España es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, que en su artículo 2 establece que:

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> CANÇADO TRINDADE, António Augusto. y MARTÍNEZ MORENO Alfredo, (2003): Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional, Tomo 1. 65 p. ISBN: 9977-36-116-9, p. 166. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/doctrina1.pdf65>

<sup>28</sup> PRIETO GODOY, Carlos Alberto. “Apuntes de Actualidad sobre el concepto del derecho de asilo, refugio y protección complementaria, con ocasión de la nueva ley mexicana sobre refugiados y protección complementaria de 27 de enero de 2011 y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011”. En Irina Graciela Cervantes Bravo, Aldo Rafael Medina García (Coords.), *El constitucionalismo que viene. Perspectivas teóricas desde la convencionalidad*. España: Marcial Pons. 2015.

<sup>29</sup> España. Constitución Española. Congreso de los Diputados y Senado. Agencia Estatal. *Boletín Oficial del Estado*. 27 de diciembre de 1978, p. 11.

<sup>30</sup> España. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho al asilo y de la protección subsidiaria,

Por su parte, en el artículo 3 antes citado, describe las causas por las que una persona puede ser reconocida como refugiada, en su definición adopta en gran medida los estándares de la Convención de 1951, pero a diferencia de esta convención incluye al género como condición para solicitar asilo:

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.<sup>31</sup>

Los problemas fundamentales que presenta el sistema de Asilo en España son el acceso al territorio y la detección de las personas con necesidades de protección internacional.

La jurisprudencia española es sumamente escasa en materia de asilo, pronunciándose únicamente en el sentido del tiempo excesivo para resolver los procedimientos que se interponen mediante el recurso contencioso administrativo frente a la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo (recurso administrativo que también existen en el sistema jurídico mexicano).

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional<sup>32</sup> (Sentencia 142/2010, de 21 de diciembre) consideró excesivo el plazo de año y medio para resolver el procedimiento del recurrente, declarando vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a la vista de la importancia del interés arriesgado por el demandante ante la inadmisión de su petición de asilo determinando su situación de ilegalidad en España y su posible expulsión.

En esta línea argumentativa, y estableciendo un ejercicio de derecho comparado con el protocolo y legislación del Estado mexicano con respecto a las similitudes y disidencias con el derecho español, podemos señalar que en la Constitución se encuentran los principios que se vinculan con la protección de los derechos en territorio nacional, es decir, los principios de derechos humanos y justicia social, y las garantías individuales y sociales que protegen los derechos individuales y colectivos, derechos y garantías, en consonancia con los tratados y convenciones internacionales, se deben aplicar a los

---

*Boletín Oficial del Estado*. Núm. 263, p. 8.

<sup>31</sup> España. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho al asilo y de la protección subsidiaria, *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 263, p. 8.

<sup>32</sup> México. Tesis: I.18o.A.42 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, libro 54, mayo de 2018, Tomo III, p. 2773.

extranjeros, sin importar su situación migratoria.

Dado lo anterior, en México es necesario el establecimiento de procedimientos para que las personas migrantes cuenten con una forma efectiva de denuncia efectiva ante los delitos y abusos de los que son víctimas al encontrarse detenidas; para ello, es de relevancia señalar el papel que deben asumir los consulados de Centroamérica en México para generar acciones en pro de las personas migrantes.<sup>33</sup>

Por todo lo anterior, es de obligada referencia la legislación consolidada en la materia razona el Boletín Oficial del Estado (BOE) español, toda vez que a la luz de la legislación mexicana referida y cuyo diálogo receptivo se vincula con la ley 12/2009 de 30 de octubre, la cual hace directa vinculación respecto de la construcción en el marco de las libertades democráticas y las estructuras orgánicas constitucionales establecidas en los albores de la democracia reciente española de 1984, la cual es reguladora del derecho al asilo y la pertinente separación conceptual de la condición de refugiado, cuyo recorrido procedimental y de precedentes legislativos encontró su fundamento en el artículo 13 de la citada constitución española de 1978.

Es destacable que las similitudes con respecto a la figura mencionada en el estado mexicano, en que ambas normas establecen una positivización mínima relativa a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales o terceros países como refugiados y cuya condición irrenunciable por ambos estados es el bien jurídico tutelado de la protección al derecho a la libertad e integridad personal en su doble dimensión jurídica y humanitaria, la cual se resume en los accesos al mínimo vital de un desarrollo de protección internacional de la persona y del objeto o motivación que justifique la protección concedida. Por tanto, ambos estados reconocen que la naturaleza de sus respectivas legislaciones radica en el reconocimiento de normas mínimas, las cuales legitiman a ambos Estados para construir un marco competencial conforme a las directivas internacionales de los tratados en la materia y su consecuente recepción en las legislaciones nacionales y cuyo diálogo judicial se sustente en los precedentes compatibles con el sistema universal, así como de tribunales y cortes en materia de derechos humanos.

---

<sup>33</sup> SUÁREZ, Ximena; DÍAZ, Andrés; KNIPPEN, José y MEYER, Maureen. “El acceso a la justicia para personas migrantes en México. Un derecho que existes sólo en el papel”. Informe de Investigación. Julio de 2017. Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos. [https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia\\_Versionweb\\_Julio20172.pdf](https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia_Versionweb_Julio20172.pdf)

Cabe hacer mención que el elemento discordante, claramente identificado entre los sistemas español y mexicano, es la estructura orgánica y procedimental en las cuales están asentadas sus respectivas competencias, toda vez que mientras el derecho español se rige bajo una superestructura metaconstitucional, la cual está inspirada en el circuito de legislaciones y tratados, así como resoluciones vinculantes del derecho de la Unión Europea y cuyo procedimiento de construcción, legislación, vigilancia, ejecución y reforma depende, primordialmente, de los consensos que los Estados miembros concedan y reconozcan, a través de la Eurocámara y del Consejo de Europa, así como del razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, primando la armonización procedimental de la articulación de las legislaciones de los Estados que integran la UE, en específico la ya citada legislación española en este caso.

Dicha diferencia se acentúa desde el momento en que los sistemas latinoamericanos, y concretamente el mexicano, adopta una posición de supremacía de los valores y principios de nuestro ordenamiento constitucional sin más jerarquía formal y material que la que establece el artículo 76° y 133<sup>o34</sup> de la constitución mexicana, los cuales referencian en su conjunto la obligatoriedad en la aplicación de tratados internacionales, protocolos y demás instrumentos que el estado mexicano signe y reconozca dentro de su sistema de normas, no existiendo mayor supremacía de aplicación, tutela y acceso del derecho al asilo que lo razonado por los jueces constitucionales mexicanos en estricta invocación del control convencional que se ejerce en la defensa de los derechos humanos desde la constitución como instrumento de guía y medida del debido proceso en México.

## V. EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN MÉXICO

---

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México del año 2011 originó un partaguas para el sistema jurídico mexicano, dentro de esta reforma el artículo 11 de la Constitución Política incorporó a nivel constitucional el derecho humano a solicitar asilo, el cual señala que “toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus

---

<sup>34</sup> México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 5 de febrero de 1910.

procedencias y excepciones”.<sup>35</sup>

La redacción de este artículo hace referencia a dos figuras jurídicas, asilo y refugio, siguiendo con la tradición latinoamericana en donde se diferencian estos conceptos utilizando el asilo solo como político, cuando en el derecho internacional se refieren a “solicitantes de asilo” a las personas que buscan la protección que en nuestro país conocemos como refugio.<sup>36</sup>

Lo correcto sería referirse a “solicitante de asilo”, pero en nuestro derecho el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado consagrado en la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político lo que hace es reconocer no a la persona refugiada y con base en este reconocimiento, otorgar la protección del Estado.

La Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político en su artículo segundo define el asilo político como:

la protección que el Estado Mexicano otorga a un extranjero considerado perseguido por motivos o delitos de carácter político o por aquellos delitos del fuero común que tengan conexión con motivos políticos, cuya vida, libertad o seguridad se encuentre en peligro, el cual podrá ser solicitado por vía diplomática o territorial. En todo momento se entenderá por Asilo el Asilo Político.<sup>37</sup>

El citado artículo es la clave para afirmar que, dentro del territorio nacional, la figura del asilo únicamente contempla a los extranjeros que solicitan acogerse bajo esta protección por persecución con motivos políticos, que sigue con la tradición del Sistema Regional latinoamericano que separa a las figuras del asilo y del refugio, otorga al primero a los perseguidos por razones políticas, y al segundo cuando son perseguidos por su raza, nacionalidad, religión, orientación sexual, entre otras categorías.

De igual suerte, la Ley sobre Refugiados en su artículo segundo, fracción II define a la persona asilada como “el extranjero que encontrándose en el supuesto establecido en el artículo 61 de la Ley recibe la protección del Estado Mexicano”, este supuesto, se refiere a que el solicitante de asilo (de tipo político) tiene que ser perseguido por ideas o actividades políticas directamente relacionadas con su perfil público, y carezca de la

---

<sup>35</sup> México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 5 de febrero de 1910, p. 16.

<sup>36</sup> MACÍAS DELGADILLO, Alejandra. *Personas solicitantes de Asilo y Refugiadas. La figura en México*, 2012. [en línea]. México: Sin Fronteras IAP, 2012. [consulta el 12 de noviembre de 2023]. ISBN: 978-607-95760-4-2, p. 8. Disponible en: <https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/Personas-solicitantes-de-asilo-y-refugiadas.-La-figura-en-M%C3%A9xico.pdf>

<sup>37</sup> Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político 2011, p. 22

protección de su país, y tiene que solicitar el otorgamiento de asilo político ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, no ante la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados como debe hacerlo un solicitante de refugio.

Este ordenamiento define la condición de refugiado como el estatus jurídico del extranjero que encontrándose en los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Ley de Refugiados,<sup>38</sup> es reconocido como refugiado por la Secretaría de Gobernación y recibe protección como tal.

El artículo 13 delimita los supuestos bajo los cuales se reconocerá a un extranjero como refugiado, los cuales son:

1. Porque debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera por dicho temores acogerse a la protección de su país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
2. Porque la persona extranjera ha huido de su país de origen, ya que su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público,
3. y finalmente, como tercer supuesto, que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La definición de refugiado del artículo mencionado permite una mayor apertura al reconocimiento del derecho al refugio en cuanto a sus causas, aunque el reto que presenta es que sea efectivamente reconocido mediante la resolución que en el

---

<sup>38</sup> Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político 2011, p. 4-5.



procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado emita la COMAR.

Dentro de la estructura orgánica del estado mexicano, se encuentran el Instituto Nacional de Migración (INM o INAMI) y la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), estas dos instituciones se encargan de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley de Migración; Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político y su Reglamento, las cuales, entre diversas funciones, regulan el tránsito de personas extranjeras en el territorio nacional, otorgando protección, asistencia, y en algunos casos efectuando el reconocimiento de la condición de refugiado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>39</sup> (Tesis I.18o.A.42 A (10a.), mayo de 2018) ha confirmado que en caso de que un solicitante de refugio no actualice la hipótesis de la fracción I del artículo 13 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, para que se le reconozca la condición de refugiado, debe verificarse si encuadra en la diversa establecida en la fracción II del mismo precepto, previamente señalado, Esto es, debe verificarse si se actualizan los criterios más amplios o definiciones ampliadas de refugiado que se confeccionaron en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que adoptó la fracción II citada, lo que exige ponderar aspectos contextuales conocidos y documentados e interpretaciones normativas que de los instrumentos internacionales ha hecho la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como las presunciones que, en ánimo de hacer efectivo el derecho al refugio, sugieren sus directrices.

Tanto la Ley sobre Refugiados como su reglamento establecen las pautas respecto al desarrollo del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, el cual es gratuito y da inicio al momento en que un extranjero solicita ser reconocido como refugiado mediante un escrito que debe presentar ante la COMAR en un plazo de 30 días hábiles desde el día hábil siguiente al que entra al país y de manera excepcional fuera del plazo de los 30 días hábiles, cuando acredite que por causas ajenas a su voluntad no le fue materialmente posible presentarla dentro del plazo antes señalado.

---

<sup>39</sup> México. Tesis: I.18o.A.42 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, libro 54, mayo de 2018, Tomo III, p. 2773.

Ante una situación tan alarmante como la planteada en el Informe de Acceso a la justicia para las personas migrantes, la cual describe que entre 2014 al 2016 ha aumentado un 575 % los migrantes que han obtenido la regularización de su situación migratoria en México por haber sido víctimas de delito o testigos de delitos graves en el país, confirmando el incremento de delitos en su contra como grupo vulnerable. Tomando en cuenta que, de un total de 5,824 delitos contra migrantes en Chiapas, Oaxaca, Tabasco, Sonora, Coahuila y en general al nivel federal solo existe evidencia de 49 sentencias lo que equivale a la impunidad de 99%.<sup>40</sup>

Entre el gran abanico de derecho con los que cuentan las personas solicitantes, tienen derecho a recibir información clara, oportuna y gratuita sobre el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, así como del recurso de revisión y posteriores instancias que pueden agotar.

De igual forma, las autoridades mexicanas se encuentran obligadas a tomar las medidas necesarias para asistir a los solicitantes que se encuentren entre los grupos vulnerables, tales como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes no acompañados, personas adultas mayores, personas con discapacidad, víctimas de tortura u otros tratoso penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas, etc.

En muchos casos los solicitantes comparecen representados por asociaciones u organizaciones de la sociedad civil encargadas de velar por los derechos de las personas en contexto de movilidad humana, lo cual ha sido fundamental en el impulso y la protección de los derechos de las personas migrantes.

## VI. CONCLUSIONES

---

Con basen en los artículos 1 y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario cambiar el paradigma de las políticas públicas para los migrantes, transitando de políticas migratorias a políticas sociales para los migrantes,

---

<sup>40</sup> SUÁREZ, Ximena, Díaz, Andrés, Knippen, José, Meyer, Maureen. “El acceso a la justicia para personas migrantes en México. Un derecho que existes sólo en el papel”. Informe de Investigación. Julio de 2017, p. 4. Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos. [https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accessoalajusticia\\_Versionweb\\_Julio20172.pdf](https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accessoalajusticia_Versionweb_Julio20172.pdf)

con base a las estadísticas que vimos sabemos que México es un país con gran flujo de migrantes, sabemos que muchos migrantes son deportados, pero también sabemos que muchos migrantes se quedan en México y en España.

El fenómeno de la migración es uno de los principales problemas a enfrentar en esta segunda década del siglo XXI, teniendo en cuenta el aumento de factores que causan la movilización de grupos de personas, como lo son las guerras, el hambre, la pobreza y los factores climáticos, esto para garantizar que las personas migrantes tengan una vida digna, al igual que sus familiares, procurando condiciones óptimas como un hogar en donde vivir, que sus hijos puedan ir a una escuela, además de la salvaguarda de sus derechos humanos, a través de marcos normativos competentes que permitan la justiciabilización de sus derechos fundamentales.

## VII. REFERENCIAS

---

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) [en línea]. “Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2019”. Organización de las Naciones Unidas del Alto Comisionado para Refugiados, 2020. [Consulta el 12 de noviembre de 2023]. Disponible en: [https://www.acnur.org/5eeaf5664#\\_ga=2.30222137.704746651.1606624972-113723194.1606624972](https://www.acnur.org/5eeaf5664#_ga=2.30222137.704746651.1606624972-113723194.1606624972)

Asamblea General de las Naciones Unidas (1950): XI Resolución 428 (V). Establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 14 de diciembre de 1950.

BOLAÑOS MARTÍNEZ, Jorge. “Convención de Kampala: El duro camino hacia la protección efectiva de los refugiados africanos”. [en línea] Pre-bie3, (6), 18. [consultado el 11 de noviembre]. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. 19 de diciembre de 2012, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7472566>

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. y MARTÍNEZ MORENO Alfredo, (2003): *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, Tomo 1. 65 p. ISBN: 9977-36-116-9. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Disponible en:

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/doctrinal.pdf65>

Colombia. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. 1948.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Anual 1993”. Organización de los Estados Americanos. 1993.

Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR). Datos al Cierre de diciembre de 2020. 7 de enero de 2021. [consulta el 11 de noviembre de 2023] Disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/493180/REPORTE\\_CIERRE-DE-AGOSTO-2019.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/493180/REPORTE_CIERRE-DE-AGOSTO-2019.pdf)

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Escobar Hernández, Concepción (coord.) 8va. Edición. España: Tecnos. 2013, ISBN: 978-84-309-5341-7.

España. Constitución Española. Congreso de los Diputados y Senado. Agencia Estatal. *Boletín Oficial del Estado*. 27 de diciembre de 1978.

España. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho al asilo y de la protección subsidiaria, *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 263, p. 28.

Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), 14 de diciembre de 1950, capítulo II, inciso 6.

Francia. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948.

MACÍAS DELGADILLO, Alejandra. *Personas solicitantes de Asilo y Refugiadas. La figura en México*, 2012. [en línea]. México: Sin Fronteras IAP, 2012. [consulta el 12 de noviembre de 2023]. ISBN: 978-607-95760-4-2. Disponible en: <https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2018/12/Personas-solicitantes-de-asilo-y-refugiadas.-La-figura-en-M%C3%A9xico.pdf>

MARTIN, María. “España es el país de la UE con más peticiones de asilo por la presión de Latinoamérica”. [en línea]. España: *El País*. 22 de febrero de 2020. [consultado el 11 de noviembre de 2023]. Disponible en: [https://elpais.com/politica/2020/02/22/actualidad/1582400826\\_726947.html](https://elpais.com/politica/2020/02/22/actualidad/1582400826_726947.html)

México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados

del H. Congreso de la Unión. 5 de febrero de 1910.

México. Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe, 10 y 11 de mayo de 1999, parte II, inciso 6).

México. Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político *Diario Oficial de la Federación*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 27 de enero de 2011, p. 23.

México. Tesis: I.18o.A.42 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, libro 54, mayo de 2018, Tomo III, p. 2773.

NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú: Instituto de Estudios Internacionales. 2001. 199 p. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8953.pdf>

ONU. *Las políticas migratorias estadounidenses presionan el sistema de asilo en México*. Noticias Migrantes y Refugiados. 1 de octubre de 2019. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/10/1463202>

PRIETO GODOY, Carlos Alberto. “Apuntes de Actualidad sobre el concepto del derecho de asilo, refugio y protección complementaria, con ocasión de la nueva ley mexicana sobre refugiados y protección complementaria de 27 de enero de 2011 y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011”. En Irina Graciela Cervantes Bravo, Aldo Rafael Medina García (Coords.), *El constitucionalismo que viene. Perspectivas teóricas desde la convencionalidad*. España: Marcial Pons. 2015.

RODRÍGUEZ DE ITA, Guadalupe. Tres asilos otorgados por México a un mismo antitrujillista. *Tzintzun* [online]. 2010, n.52 [consultado el 15 de noviembre de 2023], pp.101-142. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-28722010000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-28722010000200004&lng=es&nrm=iso)

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. La protección jurídica de los refugiados en la región centroamericana, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, [consultado el 15 de noviembre de 2023] Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 20, 1990-1991. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa->

[interna/criterios\\_editoriales.pdf](#)

SAN JUAN, César. y MANLY, Mark. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Franco, Leonardo (Coord.) Universidad Nacional de Lanus. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Costa Rica: Editorama S. A. 2004, 556 p. ISBN 9977-88-095-6. Disponible en:

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>

STEINER, Christian y URIBE, Patricia, (Eds.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentada*. Colombia: Konrad-Adenauer. 2014, 1049 p.

Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13530>

SUÁREZ, Ximena; DÍAZ, Andrés; KNIPPEN, José y MEYER, Maureen. “El acceso a la justicia para personas migrantes en México. Un derecho que existes sólo en el papel”. Informe de Investigación. Julio de 2017. Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos.

[https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia\\_Versionweb\\_Julio20172.pdf](https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/07/Accesoalajusticia_Versionweb_Julio20172.pdf)

Uganda. Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África. Convención de Kapala. 22 de octubre de 2009, p. 18.

Uruguay. Convención sobre Asilo Político. *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 1933, p. 3.

Uruguay. Tratado sobre Derecho Penal Internacional. Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. 23 de enero de 1889.



# Universidad Autónoma de Sinaloa

CUERPO ACADÉMICO DERECHO CONSTITUCIONAL  
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN