

# UACM

Universidad Autónoma  
de la Ciudad de México

NADA HUMANO ME ES AJENO

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES  
LICENCIATURA EN DERECHO

**Omisiones legislativas desde la sinergia constitucional.  
Crítica de la ineffectividad de los medios de control constitucional  
en México para la creación del derecho**

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

**Ulises Lotan Rodríguez Herrera**

Directora de Tesis

**Mtra. Mylai Burgos Matamoras**

Ciudad de México, septiembre 2025.

## **SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN**



### **UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA**

#### **RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES**

#### **DERECHOS RESERVADOS<sup>©</sup>**

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

***“...Tengo que aprender a ser luz entre tanta gente detrás...”***

*Luis Alberto Spinetta, Canción para los Días de la Vida.*

***Para Maya:***

*Porque al día de hoy, eres la razón que impulsa mis días*

*Y lo seguirás siendo al final de ellos.*

*Porque agradecerte por tu tierna paciencia, apoyo y amor es poco.*

*Porque desde el primer día que te conocí, me continúas enseñando que la vida  
tiene un significado más grande del que alguna vez pude haber imaginado.*

*Porque te debo todo y porqué este trabajo también es tuyo.*

*Porque eres a quien más amo.*

*Porque eres tu quien me lleva a mi de la mano, en momentos felices y otros difíciles.*

*Porque son tus sueños, risas y forma de ser lo que dirigen mis actos.*

***Para Ana y Marcos, mi madre y mi padre:***

*Porque por ustedes soy lo que soy.*

*Porque sin su apoyo, sus experiencias y forma de ser ningún logro se hubiese  
concretado.*

*Porque a pesar de la dificultad y todas las batallas, seguimos juntos.*

*Porque continuar, sigue siendo posible a través de ustedes.*

*Porque siguen creyendo en mí.*

***Para Alan, Logan y Miriam:***

*Porque son parte de mi ser.*

*Porque me entregaron su consejo, su  
incondicionalidad y motivación.*

*Porque han formado mi vida desde la fraternidad y el amor.*

***Porque ustedes estructuran  
mi mundo, gracias.***

***“...Dar media vuelta y ver qué pasa allá afuera, no todo el mundo tiene primaveras...”***

***Fito Páez, Giros.***

***Mylai:***

*Porque su apoyo desde el primer día permitió encausar mi formación, hasta hoy.  
Porque me enseñó que el derecho es un instrumento de liberación y transformación.  
Porque sin su visión crítica, paciencia y compromiso este trabajo no hubiese sido posible.  
Por su compromiso con la formación crítica de todos los que recibimos sus enseñanzas.  
Por su incondicionalidad en tiempos difíciles.  
Por ser mi directora, mi maestra y un ejemplo a seguir.*

***Luz Janet:***

*Porque siempre ofreció su apoyo académico de forma incondicional.  
Porque ayudo a encaminar este trabajo a lo que es hoy.  
Por sus consejos en momentos difíciles.  
Por su apoyo en la lectura y corrección de este trabajo.*

***Michelle:***

*Porque siempre estuviste ahí para ayudarme, escucharme y caminar fraternalmente.  
Porque siempre me ofreciste tu cariño para continuar.  
Por ser mi amiga, compañera de clases y colega.  
Porque recorrimos codo a codo nuestra formación.*

***Alessandra:***

*Porque siempre ofreciste sin condición todo tu apoyo.  
Por tu sinceridad y cariño.  
Porque recorrimos un importante camino académico juntos.*

***Aldo, Daniel, Edgar y Jorge:***

*Porque me han acompañado ahora y siempre, codo a codo.*

***A la Universidad Autónoma de la Ciudad de México:***

*Porque por su apoyo institucional la conclusión de este trabajo es posible.  
Por ser un espacio de formación crítica y una luz de inclusión para muchos que se ven excluidos.*

***A mis lectoras, maestra Hasyadeth y maestra Miroslava:***

*Porque prestaron atención a este humilde trabajo y encontraron tiempo entre su incesante trabajo como docentes para su lectura.*

***A ustedes, por llegar y convertirse en parte de mi vida, gracias.***

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCCIÓN.....                                                                                                                                        | 5   |
| <b>CAPÍTULO I. Constitucionalismo: el discurso teórico de la democracia garantista.</b><br>.....                                                         | 17  |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                     | 18  |
| 2. Garantías y poder. ....                                                                                                                               | 22  |
| 3. Constitucionalismo garantista. ....                                                                                                                   | 27  |
| 4. El discurso de lo indecible. ....                                                                                                                     | 46  |
| 5. Funciones garantes de los poderes constituidos .....                                                                                                  | 55  |
| 6. Representación y legislación. ....                                                                                                                    | 60  |
| <b>CAPÍTULO II. Constitucionalismo transformador: discurso del constitucionalismo latinoamericano.</b> .....                                             | 69  |
| 1. Introducción .....                                                                                                                                    | 70  |
| 2. El poder. ....                                                                                                                                        | 74  |
| 3. Constitucionalismo Latinoamericano. ....                                                                                                              | 85  |
| 4. Democracia instituyente. ....                                                                                                                         | 109 |
| 5. Consenso exigente.....                                                                                                                                | 114 |
| <b>CAPÍTULO III. Omisiones legislativas en el Estado Constitucional Mexicano: actitud anti democrática garantista de los poderes constituidos.</b> ..... | 120 |
| 1. Introducción.....                                                                                                                                     | 121 |
| 2. Medios de control de lo constitucional.....                                                                                                           | 123 |
| 3. Mecanismos de participación popular en el control constitucional mexicano.....                                                                        | 135 |
| 4.1 Amparos contra omisiones legislativas.....                                                                                                           | 169 |
| 4.2 Acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa.....                                                                                        | 184 |
| 4.3 Iniciativas populares.....                                                                                                                           | 196 |
| <b>CONCLUSIONES.</b> .....                                                                                                                               | 204 |
| Bibliografía .....                                                                                                                                       | 211 |

## INTRODUCCIÓN.

La sociedad mexicana y sus instituciones, al día de hoy, se escinden entre dos modelos constitucionales que tienen posiciones distintas sobre cómo, cuándo y quiénes son los sujetos autorizados para decir, y funcionar como fuente del derecho. El primero de estos modelos se asienta en el plano jurídico como un supuesto esquema garantista, adoptado a partir de la reforma de derechos humanos de 2011, el cual es la evolución del paradigma positivista-liberal del constitucionalismo occidental basado en una perspectiva negativa del poder -tanto popular como público-, al cual, para evitar el desbordamiento de sus actos y la consecuente violación del programa primigenio constitucional, deben imponérsele límites, vínculos y obligaciones *normativas*, que paradójicamente, son la consecuencia de la potestad democrática, delegada al Poder Legislativo, para producir y transformar el derecho.

Por otro lado, en el plano ideológico-práctico social, se encuentra un radicalismo democrático, que deviene de luchas y participación desde lo popular. Éste ha influido, en cada una de las narrativas, discursos y prácticas históricas orientadas a cimentar democráticamente, las paredes de la estructura institucional desde la independencia colonial en el siglo XIX, hasta la revolución social del siglo XX. A lo largo de dicho caminar -materializado en sucesivos ejercicios constituyentes desde 1814 hasta la fecha- dicho radicalismo se ha transformado desde la uniforma de la democracia liberal-procedimental que legitima la producción del derecho a través del voto y del Congreso, hasta los diversos mecanismos de participación que en el 2012, se ampliaron con la reforma de derechos políticos, introduciendo el derecho/poder de iniciar y proponer, a través de la ciudadanía, leyes y reformas constitucionales.

Por las características de cada modelo, su coexistencia se da en constante tensión, pues el garantismo se decanta por una relación de verticalidad institucionalizada que desconfía de la política, pero que al mismo tiempo se autorreferencia desde la norma como fuente de poder a la representación política y

la hegemonía de las instituciones públicas sobre el pueblo, acentuando que la única vía de intervención en la producción legislativa, sea a través de órganos legislativos y la judicatura mediante interpretación. Mientras que en el radicalismo democrático, se adopta un semblante constitucional basado en una relación de horizontalidad que se expresa constantemente a través de hechos y juicios de necesidad, materialidad e históricos, articulados por la sociedad civil, la ciudadanía y las personas. Esta perspectiva se evidencia en sus relaciones, que buscan transformar mediante un consenso continuo, extensivo, amplio, y práctico, las formas hegemónicas de lo constitucional y la democracia, abriendo paso a un sistema de participación social que permita interferir en la dimensión jurídica y crear derecho.

Como señalamos, en nuestro país convergen ambas perspectivas, las cuales, generan problemáticas cuando legislar se convierte en un imperativo que se demanda desde la propia norma constitucional y la interpelación popular. El poder constituido, gracias a una hegemonía constitucional, sobreentiende que su función se ensimisma en construir, desde los cauces del primer constituyente, toda la estructura jurídica, negando la existencia toda una dinámica institucional más compleja que tiene, tanto caracteres garantistas, como de democracia participativa.

Esta cuestión se hace evidente, por ejemplo, cuando existen y persisten injusticias legales con la intención de preservar estructuras jurídicas discriminatorias, excluyentes y racistas en el acceso de derechos básicos. Tal es el caso de la conservación de la penalización del aborto, las negaciones implícitas o explícitas para el acceso a derechos sociales de grupos migrantes o desplazados; cuando se permite la monopolización de servicios básicos como la energía eléctrica o el internet; o incluso, cuando se busca resguardar al servicio público de responsabilidades frente a la ciudadanía al no contemplar en la legislación mecanismos de reparación integral por su actividad irregular, etc.

No obstante, en estos ejemplos subyace una violación directa que, más que derivar de una actividad positiva, proviene de la omisión. Mientras que en el sentido positivo la afectación en la esfera de las personas proviene de un actuar del poder público que tiene efectos visibles -respaldado por prácticas autorizadas por la

legislación- y que obstaculiza el acceso a derechos a través de lo ya instituido. En cambio, una actitud pasiva y omisiva, específicamente a la hora de legislar genera problemas de quiescencia. Está entendida como un acto con talante negativo aun cuando el Poder Legislativo está mandatado, facultado y obligado para emitir derecho, y logrando con ello restringir una dinámica constituyente e instituyente para transformarlo.

Las omisiones legislativas, entonces, tienen un efecto constrictor frente al que difícilmente se podría esgrimir argumento jurídico en contra, pues si los términos constitucionales se desenvuelven en la perspectiva hegemónica del positivismo y el constitucionalismo liberal, los programas de derecho tendrían ya un esquema de previsión ante las variables históricas, que sólo podría ser manejado por medio de lo instituido, el trabajo judicial interpretativo y técnico de la legislatura. En este marco, el control sobre la creación del derecho se convierte en una posibilidad exclusivamente constituida, y nunca democrática, afirmando injusticias legales y condenando al proyecto garantista a simples enunciaciones formales de límites, vínculos y obligaciones sin efectos prácticos.

Y es precisamente a través de mecanismos de control como pueden transformarse e impugnarse las omisiones legislativas, sustituyéndolas por actos positivos que garanticen y logren satisfacer derechos. Para que dichos mecanismos tengan un efecto más o menos congruente con una democracia participativa, deben surgir de acciones populares que articulen, desde las voces de los más necesitados, las prescripciones, descripciones y enunciaciones que el derecho positivo requiere para convertirse en un instrumento democrático, radical y garantista.

En México, la Constitución contempla diversos mecanismos de control que a partir de las reformas de 2011 y 2012, han logrado empoderar formal y sustancialmente para que la ciudadanía se instaure como fuente legítima del derecho. Entre ellos se encuentra el juicio de amparo, que experimentó una transformación significativa desde la reestructuración de sus principios y nudos normativos, como de la propia actividad interpretativa, convirtiéndose en un mecanismo de impugnación también aplicable a las omisiones legislativas.

Asimismo, destaca la iniciativa popular, que en términos de participación democrática, tiene un lugar destacado por su apertura a la intervención de los diversos colectivos ciudadanos para construir y proponer cuerpos de derecho positivo. Incluso, en el ámbito de las entidades federativas, algunas constituciones locales han incorporado mecanismos específicos para impugnar omisiones legislativas o normativas que contravengan sus propias disposiciones constitucionales.

Sin embargo, el resultado de las prácticas legislativas y judiciales que resuelven dichos controles populares-garantistas, puede evidenciar una eventual condena de ineffectividad cuando se sostiene una lógica hegemónica constitucional de encapsulamiento, tanto del proyecto garantista, como del radicalismo democrático social, para prevenir transformaciones, cuestión que debe resolverse en un sentido sinérgico, es decir, de articulación de las fuerzas constitucionales diversas que se encuentran presentes en el sistema constitucional mexicano y que pueden dirigirse a tratar un problema en común: las omisiones legislativas a través de medios de control constitucional participativos.

El interés de esta investigación se centró precisamente en el fenómeno de la quiescencia y la omisión en el ejercicio del poder de la producción del derecho. Para ello, partimos de una pregunta inicial, formulada en términos abstractos: ¿Son las omisiones legislativas producto de una práctica constitucional hegemónica y procedimentalista de los poderes legislativo y judicial? Lo anterior lo hemos contextualizado a través de la siguiente hipótesis: *en México existen y se practican medios de control constitucional cuyo efecto es la creación de un derecho más congruente con la realidad social, activados desde la participación popular que se ven obstaculizados por un pragmatismo hegemónico de lo constitucional por los poderes legislativo y judicial, lo cual se evidencia en la forma en que estos resuelven tales controles, y que da lugar a la aparición del fenómeno de las omisiones legislativas.*

Como preguntas específicas partimos por cuestionarnos lo siguiente: ¿Es el garantismo, desde su dimensión democrática, un consecuente de la hegemonía

europea en el constitucionalismo? ¿Constituye el constitucionalismo latinoamericano una forma ideológica, ética y práctica de contrahegemonía del paradigma constitucional occidental?; por último, ¿Puede una concreción sinérgica del garantismo y el constitucionalismo latinoamericano, actuar para desentrañar a la omisión legislativa como un fenómeno práctico, ideológico y procedimental sostenido por la visión constitucional hegemónica?

Con el objetivo general de demostrar que *“las omisiones legislativas constituyen un fenómeno propiciado por el sostenimiento de prácticas constitucionales hegemónicas por parte del poder público, para obstaculizar la participación del pueblo como fuente de creación del derecho, mediante la negación de efectividad de los medios de control constitucional activados por la ciudadanía mexicana.”*

Para sustentar nuestras conjeturas y dar respuesta a los cuestionamientos planteados, hemos desarrollado dos capítulos de carácter teórico y uno de enfoque mixto (teórico, dogmático y práctico). Estos abordan, respectivamente, la dimensión democrática del garantismo, el constitucionalismo latinoamericano y los medios de control constitucional para, en consecuencia, analizar desde diferentes perspectivas el fenómeno de la omisión legislativa.

En el primer capítulo, nos hemos dado a la tarea de explicar la dimensión democrática de la teoría garantista. Si bien esta perspectiva busca fortalecer normativamente a los derechos humanos a través de una disciplina constitucional del Poder Legislativo, también llega a menoscabar la fuerza del pueblo como sujeto mayoritario en la toma de decisiones respecto a la construcción de los sistemas jurídicos. Esto se debe a que su anclaje histórico se encuentra dentro del positivismo jurídico, el cual actúa como única base de legitimidad para la actividad del poder público, por lo que hace una valoración cerrada de la norma constitucional como fundamento de las decisiones democráticas. Además, en el capítulo se aborda la propuesta garantista de reestructuración de la clásica división de poderes y sus argumentos en torno a la delegación popular mediante la representación política,

que tiene como objetivo configurar un sistema democrático que proteja derechos humanos frente al exceso de las mayorías.

En el segundo capítulo, abordamos la vertiente del constitucionalismo latinoamericano del cual extraemos las herramientas teóricas, prácticas e históricas que colocan a la actividad popular como el fundamento democrático y constitucional de la legalidad. Consideramos que este enfoque reivindica una posición positiva del poder político y de las mayorías, avalado por hechos históricos que dieron origen y sustento a las naciones latinoamericanas independientes.

Siguiendo con los discursos críticos generados por dicha corriente, incorporamos los aportes de diversos autores que han estudiado los paradigmas demo constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela, ya que estos modelos fortalecen las dimensiones constituyente, consensual e instituyente del poder, legitimando, ponderando y reafirmando a los pueblos como sede fundamental del poder político con la capacidad de controlar la actividad de los poderes constituidos.

Finalmente, en el tercer capítulo analizaremos, a partir de múltiples casos prácticos nacionales, la efectividad e ineffectividad de los distintos medios de control constitucional a nivel federal y local -como el juicio de amparo, la iniciativa popular y las acciones por omisión legislativa o normativa- que han sido promovidos por asociaciones civiles, grupos de ciudadanos y ciudadanos de forma individual, que fueron utilizados con el propósito de superar la quiescencia legislativa y crear derecho desde lo popular. Esto al trabajar de manera sinérgica los aportes del constitucionalismo latinoamericano y la teoría garantista utilizando elementos dogmáticos de la Constitución mexicana, instrumentos convencionales ratificados por el estado y normatividad de diversas entidades federativas; observando, tanto los argumentos como efectos prácticos sostenidos por los poderes públicos cuando se impugna, desde lo popular, la quiescencia y omisión del Poder Legislativo de producir un derecho positivo justo.

Metodológicamente, trabajamos desde un enfoque cualitativo. Esto responde a que nuestra concepción del derecho no radica en la observancia objetiva propia del positivismo jurídico centrado en la cuantificación de hechos depurados de

valores, principios o prácticas ideológicas. Por el contrario, entendemos el derecho desde una perspectiva sociológica como campo relacional en el que intervienen distintas realidades subjetivas que participan activamente para su creación y transformación. Este proceso alcanza su máxima expresión dentro del campo constitucional, el cual se arquitecta precisamente a través de valores, principios, ideologías, y sobre todo, por prácticas que no son conmensurables ni susceptibles de medición o cuantificación (políticas, culturales, familiares, ambientales, sociales, etc.).

Debido a que nuestro objeto de estudio es la omisión legislativa, la abordamos como un fenómeno que afecta la realidad jurídica y social, y que se reproduce a partir de la inadecuación e ineffectividad práctica de medios de control participativos dentro del paradigma hegemónico del Estado constitucional en México, lo que nos impulsó a valorar críticamente las experiencias generadas -y aún vigentes- en las prácticas institucionales de los agentes constitucionales y los constitucionalismos estudiados, para observar sus efectos en las sedes legislativas y judiciales del país, para dotar de integralidad y calidad al análisis desarrollado.

A su vez, esta investigación parte desde una perspectiva crítica, pues nuestra visión sobre la teoría no se clausura con su refrendo como dogma que rige la práctica. Por el contrario, el estudio aplicado, interroga desde una postura crítica aquello que ha sido expulsado, prohibido, excluido y abstraído sin una justificación de hecho o epistémica válida. Ello se debe a que muchas veces las prácticas que se dan en el ejercicio institucional develan que la democracia, por ende, lo que se expresa desde lo constitucional, es producto de la convergencia de proyectos colectivos, personales y grupales que expresan dimensiones de la realidad más complejas que aquellas reconocidas por los enfoques científicos positivistas, los cuales tienden a reducir o invisibilizar dichas expresiones al construir teorías funcionales a un orden determinado. Así, cuando se privilegia la abstracción para codificar, tecnificar y dar objetividad sin justificación ética ni política al derecho, lograremos solo producir versiones, estáticas, procedimentales y clausuradas de los sistemas jurídicos y la teoría que no permiten convertir a las instituciones en

verdaderos generadores de conocimiento socialmente eficaz. En este sentido, lo hegemónico opera al universalizar sistemas, modelos y paradigmas presentados como consensuales, basados aparentemente en intereses generalizados o supuestos bienes comunes, cuyo origen se encuentra muchas veces en construcciones dogmáticas, teóricas o jurídicas que pretenden erigirse como voluntad de verdad.

Esto se debe a que en los trabajos científicos de autores especializados en materia de omisiones legislativas como *La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano* de Sofía Verónica Ávalos Díaz; *Omisiones Legislativas y el Juicios de Amparo* de Felipe Borrego Estrada; *Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, Derechos Humanos y Amparo* de Laura Rangel Hernández; *La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en las Decisiones de la Suprema Corte de México* de Carlos Báez Silva; así, como en la recopilación de ensayos *En busca de las normas ausentes* coordinado por Miguel Carbonell, tienden a reducir el análisis del fenómeno de la omisión legislativa a un imaginario jurídico centrado exclusivamente en la figura de la inconstitucionalidad.

Este enfoque tiene como consecuencia la hipersubjetivización de la Constitución como solipsismo normativo desde el cual se pretenden resolver autosuficientemente los cauces del desarrollo social, lo que disiente con nuestra perspectiva crítica y de sinergia democrática constitucional, pues los mencionados trabajos ignoran cínicamente que la legitimidad del actuar constituido, proviene de la soberanía popular y no únicamente de la norma como parámetro exclusivo que puede atraparse estáticamente en el tiempo. Es decir, que con ello se privilegia el juicio de inconstitucionalidad como reacción frente a actos contrarios a la norma y no a las aspiraciones, demandas, prácticas y experimentaciones democráticas que llegan exigir el reconocimiento de las omisiones legislativas como fallas frente al dinamismo de la voluntad popular.

Por lo tanto, esta investigación recurre a la técnica de análisis documental, haciendo uso de diversos textos teóricos e instrumentos jurídicos. Claramente nuestra área de estudio radicó en la disciplina constitucional, de tal manera que,

respecto a la dogmática jurídica se analizaron la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; instrumentos convencionales que integran el bloque constitucional del Estado; constituciones de entidades federativas seleccionadas; leyes federales; normativa local en materia constitucional; sentencias y jurisprudencia emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y resoluciones de Tribunales Constitucionales locales. A partir de ellos fue posible identificar y analizar las formalidades, procedimientos, principios, mecánicas y resultados prácticos de los controles constitucionales que circundan a la figura de la omisión legislativa.

Es importante señalar que en lo que respecta a la iniciativa popular, las evidencias documentales disponibles son limitadas, ya que de la búsqueda realizada en los repositorios institucionales de las Cámaras de Diputados y Senadores, no se ha encontrado información pública que dé cuenta de las resoluciones o dictámenes emitidos respecto de las propuestas de ley o proyectos de reforma constitucional que a la fecha ha interpuesto la ciudadanía. Ante esta carencia, hemos recurrido como referencia práctica a dos trabajos específicos: *La iniciativa ciudadana en México. Estudios de caso* de Lorena Vázquez Correa y *Mecanismos de participación ciudadana a nivel federal en los que intervienen la Cámaras del Congreso de la Unión* de Arturo Garita Alonso, Mario López García y Oscar Isaac García Martínez publicados en 2018 y 2023 respectivamente, ambos publicados por el Senado de la República; ya que estos documentos describen los procesos y resultados de las que, al día de hoy, son las únicas iniciativas populares que han sido debidamente presentadas, requisitadas y puestas al conocimiento del Congreso General.

En el espectro teórico, partimos por desentrañar la teoría garantista en su dimensión democrática desde las obras textuales de Luigi Ferrajoli, especialmente en *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, la compilación de artículos *Democracia y Garantismo* y su macro obra *Principia Iuris. Tomo II. Teoría de la Democracia*. Estos textos permitieron comprender los fundamentos normativos del garantismo y su propuesta de una democracia estructurada en torno a la protección

de los derechos fundamentales frente a los excesos del poder, incluida la voluntad mayoritaria.

En lo que respecta al constitucionalismo latinoamericano, se adoptó como influencia principal el trabajo del constitucionalista crítico Alejandro Medici esencialmente en sus libros *Constitución Horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial* y *Otros Nomos: Teoría del Nuevo Constitucionalismo Democrático*, así como en algunos artículos de su autoría y de diversos autores. Esta línea de investigación nos permitió analizar las problemáticas de la perspectiva hegemónica del constitucionalismo occidental desde una perspectiva contrahegemónica, histórica y decolonial.

Asimismo, se incluyeron posturas críticas del garantismo normativo desde el pensamiento de autoras y autores como Mylai Burgos Matamoros en sus textos *Herramientas teóricas para la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales* y *La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos*; en Gerardo Pisarello, especialmente dentro de su obra *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* y Christian Courtis en su trabajo *la Protección judicial de los derechos sociales*.

Es importante señalar que parte de la influencia crítica de esta investigación como lucha contrahegemónica de la práctica y el discurso dentro de la disciplina constitucional, deviene de los textos *El orden del discurso*, *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico* y *Renovar la crítica y reinventar la participación social*, de Michel Foucault, Manuel E. Gandara Carbadillo y Boaventura De Sousa Santos, respectivamente. Dichas obras ofrecen herramientas fundamentales para cuestionar los marcos normativos establecidos, visibilizar las exclusiones estructurales del orden social y constitucional vigente y proponer horizontes alternativos de legitimidad desde la pluralidad social y epistémica.

Finalmente, esta investigación se ha realizado a partir de la convicción de que la teoría constitucional que actualmente se enseña en las aulas de clase de la Licenciatura en Derecho, se encuentra sesgada por perspectivas hegemónicas del

constitucionalismo liberal. Esta versión teórica reduce la norma constitucional a términos procedimentales, la trata como una simple enunciación programática y abstrae su semblante político-democrático, vaciándola de contenido transformador.

Tal enfoque limita profundamente la concepción del derecho, al reproducir una lógica constitucional que autorreferencia el poder de crear el derecho positivo en lo constituido y a través del paradigma positivista, al cual, sólo consideramos como un instrumento que refleja, pero que también puede garantizar las prácticas relacionales, culturales, políticas, económicas, ambientales, etc., de la sociedad.

De ahí que la motivación de este trabajo radique en la necesidad de restablecer el papel del derecho constitucional, como el referente práctico de un ejercicio institucionalizado de la democracia participativa. Un derecho que empodere, ponga en manos el poder en la sociedad y faculte a los pueblos para dar voz a los que han sido históricamente empobrecidos, excluidos, violentados, discriminados y racializados; aquellos que sufren día a día las injusticias de una legalidad justificada en procedimientos exagerados por la profesionalización de la política, el monopolio de los tiempos legales -y por lo tanto biológicos- de los que no gozan dichos grupos sociales para concretar aspiraciones, proyectos y realizaciones de vida digna.

También creemos que es responsabilidad de quienes tenemos la oportunidad de educarnos en aulas universitarias, cuestionar y reconvertir lo que la teoría hegemónica legítima como objetivo y producto de razonamientos autorizados, y que no es más que un exceso de abstracción sobre experiencias dadas fuera de sus círculos científicos. En este sentido proponemos un acto de sinergia entre posiciones que, si bien parecen antagónicas, pueden dialogar: por un lado, el garantismo como proyecto que institucionaliza la desconfianza en el poder político, pero que rigidiza la dimensión constitucional normativa, y con la cual se puede garantizar institucionalmente derechos, y por otro, el constitucionalismo latinoamericano que reivindica el papel de la política como fuente legítima de las instituciones y el poder, así como de los contenidos del derecho, enraizados en los

juicios y criterios productivos y reproductivos de vida que solo pueden ser dichos por sujetos sociales, vivos que sufren, disfrutan y practican la realidad.

En atención a todo lo anterior, este trabajo pretende contribuir, desde su perspectiva teórica, a una forma alternativa de comprender los fenómenos institucionales prácticos, a partir de visiones críticas e inclusivas de experiencias entre paradigmas distintos. La finalidad es abrir camino a nuevas líneas de investigación que se enfoquen en una dimensión pre violatoria de los derechos, es decir, que permitan identificar las fallas legislativas que condicionan su eficacia y atender las condiciones estructurales que preceden a la vulneración. En este sentido, se plantea que los controles constitucionales, cuando se ejercen desde una democracia participativa, pueden convertirse en instrumentos que rectifiquen a lo popular como fuente del derecho y sujeto garante, esto al ser elementos que convergen dentro de un mismo sistema político, judicial y legislativo en el Estado mexicano.

## **CAPÍTULO I.** Constitucionalismo: el discurso teórico de la democracia garantista.

## 1. Introducción.

El complejo teórico del constitucionalismo es parte esencial en el desarrollo del poder público. Su comprensión de conceptos como constituyente, constitución, pueblo, democracia, poder y representación política, pueden condicionar profundamente las formas en que los poderes constituidos actúan, así como definir qué prácticas se consideran legítimas. En el plano práctico, el poder tiende a utilizar estratégicamente los postulados teóricos del constitucionalismo europeo hegemónicos que permiten que las actuaciones u omisiones del poder sean funcionales para determinados intereses en el campo del derecho<sup>1</sup>, y que en efecto, tengan una mayor trascendencia en la disciplina constitucional como punto de articulación de los campos prácticos de una sociedad<sup>2</sup>.

La posibilidad de que ocurran acontecimientos contrarios a la certidumbre - es decir, aleatorios, innovadores o liberadores- puede obstaculizarse por la forma doctrinal, dogmática y práctica que adopte un determinado sistema constitucional. En consecuencia, su capacidad para dar respuesta a fenómenos políticos, jurídicos o democráticos queda condicionada. El control de los hechos se encuentra moldeado por los términos teóricos sobre los que se erige la organización constitucional; así, cuando la fuente del derecho se encuentra anclada en determinada corriente y legitimada por sujetos autorizados, se abre una brecha entre la posibilidad de inhibir o de ofrecer respuestas eficaces frente a problemas sociales.

Un claro ejemplo de la dilatación teórica del constitucionalismo hegemónico, se manifiesta en las corrientes conocidas como *neoconstitucionalismos*<sup>3</sup>, los cuales tienen fuerte influencia en los sistemas constitucionales más allá de los países hegemónicos de occidente. Sin embargo, existe una corriente que, si bien comparte

---

<sup>1</sup> Gándara Carbadillo, Manuel E. (2019), *Los derechos humanos en el siglo XXI*, CLACSO, p. 68

<sup>2</sup> Medici, Alejandro (2016), *Otros nomos: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, UASLP, p.53

<sup>3</sup> En 2003 Miguel Carbonell coordinó una compilación de ensayos entre los que figuraban los escritos por autores como Ricardo Guastini, Robert Alexy y el propio Luigi Ferrajoli publicados por la editorial Trotta bajo el título de *Neoconstitucionalismo(s)*. Obra que expone las diversas corrientes en las que se cimenta la visión contemporánea del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, sin embargo, desde el reflejo de la experiencia exclusivamente de autores europeos.

algunos elementos con este enfoque, busca distinguirse de él: el garantismo de Luigi Ferrajoli, cuya proyección democrática es materia de análisis en el presente capítulo.

La relevancia del garantismo radica en su actitud crítica frente al poder político del cual que desconfía y al que busca someter a una feroz vigilancia institucional. Su objetivo es prevenir la posibilidad de crisis, decadencia y vaciamiento del paradigma del Estado de derecho, así como preservar y proyectar los logros de las revoluciones jurídicas que han impulsado la evolución del constitucionalismo moderno. En este sentido, el garantismo se muestra como defensor de la fuerza normativa de la legalidad, a la que impulsa a intervenir activamente en los espacios de la democracia para conducir los mandatos de lo popular dentro de los límites de lo jurídico. Requiriendo básicamente la extracción de *vicios*<sup>4</sup> normativos derivados del ejercicio discrecional del Poder Legislativo y la representación política, a fin de evitar el debilitamiento del vínculo normativo entre Estado de derecho y Constitución, entendido como la dualidad que sujeta la legalidad al derecho, y el poder al derecho<sup>5</sup>.

Sin embargo, como señala Albert Noguera la realidad de los Estados constitucionales<sup>6</sup> contemporáneos, es por más que compleja, insuficiente para materializar plenamente un modelo garantista. Esto se debe a que el *nexo indisoluble* entre democracia, derechos humanos y Constitución, corre el riesgo de ser instrumentalizado como una justificación del poder desde arriba; es decir, como una forma de autorreferencia del poder constituido que se legitima a sí mismo<sup>7</sup>, en lugar de representar un canal efectivo para la realización de las aspiraciones políticas de los ciudadanos, los grupos sociales, colectivos y los más débiles. Relación que supone a la Constitución, y por lo tanto también el discurso de la

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2 teoría de la democracia.*, Trotta, pp. 645-646

<sup>5</sup> Medici, Alejandro (2011), *El malestar en la cultura jurídica: Ensayos sobre política del derecho y derechos humanos*, Universidad Nacional de la Plata, p. 159

<sup>6</sup> Noguera, Albert (2020), *Crítica al constitucionalismo garantista de Ferrajoli como proyecto político*, Revista Isonomía, p. 115

<sup>7</sup> Dussel, Enrique (2006), *20 tesis de política*, Siglo XXI Editores, p. 14

disciplina, como espaciopreciado, ambicionado y deseado por su concentración de directrices y normatividades que condicionan el ejercicio del poder y la producción de la legalidad, con la posibilidad de abrir paso a concentraciones ilegítimas, creando nudos entre el poder público y privado para hacer efectivos sus intereses.

El garantismo es preciso al sostener que la democracia puede fortalecer los límites del poder mediante una revaloración, tanto de su dimensión jurídica formal, como de su contenido sustancial. Sin embargo, su apuesta resulta ambiciosa e incluso arriesgada, al subordinar las valiosas posibilidades del ejercicio popular democrático, a una lógica estricta de juridificación, poniendo en tensión su propio programa normativo. En su afán por evitar una crítica profunda a la experiencia constitucionalista europea, el garantismo tiende a ignorar la complejidad del poder en la realidad, reproduciendo -con tal de evitar el diagnóstico crítico de la experiencia constitucionalista europea- prácticas que conserven rasgos hegemónicos: excluyentes, obstaculizadores y formalizadores de procesos políticos populares. Así, contribuye a una autolegitimación institucional que privilegia la certeza jurídica -asegurando la certidumbre<sup>8</sup>- por encima de la innovación legislativa y de la efectiva garantía de los derechos humanos. Por estas razones, consideramos indispensable que la teoría garantista dialogue críticamente con otras tradiciones constitucionales y democráticas, especialmente aquellas que ofrecen lecturas contrahegemónicas del *nexo* que existe entre la democracia, el constitucionalismo y los derechos humanos.

En efecto, consideramos que las experiencias derivadas del nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>9</sup> son esenciales para la construcción de una teoría de la democracia fuerte, capaz de evitar la legitimación de la pasividad del poder político frente a su deber de legislar conforme a medios de control democrático que sean participativos, continuos y extensivos<sup>10</sup>. Esta corriente propone una lectura dinámica del texto constitucional, en la que las exigencias

---

<sup>8</sup> Gándara Carbadillo, Manuel E. (2019), *Óp. Cit.*, p. 59

<sup>9</sup> Teoría desarrollada por Alejandro Medici en sus obras *Constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial* (2011); *Otros nomos: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano* (2016).

<sup>10</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 198

históricas impulsan *innovaciones institucionales* y mecanismos de control sobre los riesgos inherentes a la representación formal mediante el *consenso exigente*. Su fuerza reside en la crítica directa a los rasgos hegemónicos del constitucionalismo europeo, en tanto productores de discursos que dominan la práctica de la democracia al concebir a la Constitución como un *pacto fundante* agotado en una convención de pluralidades antagónicas en tensión<sup>11</sup>. Frente a ellos, el constitucionalismo latinoamericano plantea una resignificación del constitucionalismo como proceso abierto, que redefine de forma continua los alcances del poder, los procedimientos de su legitimación, las formas de la representación y sus límites, vínculos y obligaciones. Esta postura exige comprender la Constitución desde una perspectiva compleja<sup>12</sup>, que recupere los avances del discurso jurídico hegemónico, pero que también dialogue con otras experiencias constitucionales que promuevan el dinamismo de la normatividad, la democratización de los controles al poder y la reivindicación de la *fuerza* del poder público y el derecho, en la soberanía popular.

En suma, en el presente capítulo nos proponemos explicar los términos en los que se construye el garantismo como una teoría de la democracia a través de su articulado teórico. Esto nos permitirá aclarar la relación que mantiene con el discurso constitucionalista hegemónico, reconociendo sus aportaciones en la reconfiguración de controles normativos dirigidos al poder público. Con ello, abrimos el camino para que en el siguiente capítulo podamos dar entrada al giro crítico propuesto por el constitucionalismo latinoamericano, construyendo así, un puente teórico que refuerce el papel del mando popular en el cumplimiento de las expectativas democráticas, así como de las obligaciones y vínculos que recaen sobre la representación política en gran parte descansada, sobre la función legislativa.

---

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi (2013a), *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia 1. Teoría del derecho*, Trotta p.10

<sup>12</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, pp. 51-56

## 2. Garantías y poder.

El *garantismo* es al igual que otros pensamientos constitucionalistas, la corriente jurídica centrada en la sistematización de los límites al poder. Su desarrollo es relativamente reciente y tiene como principal exponente al jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien ha defendido con fuerza las tesis garantistas que circundan a los derechos humanos. A partir de la influencia de su pensamiento, autores como Perfecto Ibáñez han rastreado los orígenes del *garantismo* en la historia de las corrientes teórico político jurídicas liberales y sociales de la Europa decimonónica<sup>13</sup>. El primer antecedente se encuentra en la ideología liberal, la cual postulaba la existencia de un conflicto entre fuerzas públicas y privadas -absolutistas y liberadoras- que hicieron de la legalidad un arma para frenar la intervención estatal en las dimensiones de la política y la economía de la vida social e individual. Esta visión se consolidó dentro del constitucionalismo mediante la tutela jurídica de la propiedad, la empresa, la libre competencia y los derechos individuales, especialmente a través de las sanciones penales y civiles. Por otro lado, se vislumbra una conexión inconclusa con la tradición socialista, impulsada particularmente por la defensa de los derechos a la subsistencia, la seguridad y el acceso a condiciones mínimas de vida digna. No obstante, estos derechos han sido incorporados al discurso jurídico de manera débil, siendo concebidos en muchos casos como simples principios orientadores y no como límites efectivos al poder.

Es importante señalar que el concepto de “garantía” que soporta al *garantismo* como neologismo se diferencia notablemente de sus antecedentes aun cuando recoge elementos de las posturas liberal y social. En la teoría de Luigi Ferrajoli las garantías son una expresión netamente jurídica: son mecanismos jurídico formales -impulsados siempre por una actividad legislativa- mediante los cuales se asegura la tutela efectiva de derechos subjetivos<sup>14</sup>. Esta noción se estructura desde una relación de verticalidad entre el Estado y la sociedad, es decir, entre gobernantes y gobernados, en la cual el poder soberano se compromete

---

<sup>13</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés (2024), *Garantismo: funciones e instituciones de garantía*, Tirant Lo Blanch, p. 147

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Democracia y garantismo*, Trotta, p. 60

jurídicamente a la materialidad de los derechos humanos por acción estatal. A diferencia de la tradición jurídica privada o romanista -correspondiente a la tutela en el espacio de las relaciones entre particulares-, las garantías ferrajolianas están dirigidas exclusivamente al poder público y constituyen el contenido normativo de expectativas legítimas de satisfacción o de no lesión de los derechos humanos, es decir, de obligaciones o prohibiciones dirigidas al poder público.

Ferrajoli plantea esta concepción de “garantía” como una respuesta crítica a la ingenuidad de las teorías liberales de la política y la economía que atribuyen a la mano<sup>15</sup> de los más fuertes -el mercado o las mayorías económicas- la supuesta capacidad para conducir a las sociedades al camino de la eficacia y el desarrollo de los derechos. Frente a esta falacia, el autor denuncia que millones de personas en la actualidad<sup>16</sup>-especialmente aquellas que viven fuera de occidente- son víctimas de la mano protectora que las encadena a la pobreza, el hambre, la enfermedad, el racismo, exclusión estructural, institucional y social, incluso en sociedades supuestamente democráticas<sup>17</sup>. Estos hechos, para Ferrajoli, evidencian una regresión hacia formas de ejercicio ilimitado del poder, y que refuerzan la necesidad de formalizar vínculos jurídicos que articulen un constitucionalismo socio-liberal para hacer frente al carácter negativo que el poder público suele vestir.

Tales circunstancias, según la teoría garantista, son consecuencia de un desbordamiento y una inversión en las prácticas mediante las cuales se construye originalmente el poder público. Este extravío justifica el entendimiento de los derechos como instrumentos de resistencia generados por el uso negativo de las facultades estatales. Para ilustrarlo, Ferrajoli recurre a una metáfora que identifica a los derechos humanos como “artificios” creados expresamente para reducir el dolor infligido y sufrido.

En este sentido, los derechos de libertad se orientan a la protección de la vida y la integridad personal frente a las agresiones derivadas de delitos, y su

---

<sup>15</sup> Smith, Adam (2017), *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza editorial, p. 324

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, pp312-315

<sup>17</sup> *Ibid.* pp. 318

garantía se materializa a través de la regulación y la aplicación del derecho penal. Así la potestad punitiva del Estado -al legislar, imponer, sentenciar y ejecutar penas- se concibe como el mecanismo reductor del dolor que se inflige entre hombres. Incluso otras ramas del derecho sancionador, como el administrativo, actúan dentro de esta lógica.

Por otro lado, los derechos sociales actúan como respuestas frente al dolor sufrido, y buscan garantizar condiciones sociales mínimas de existencia digna ante los peligros naturales o estructurales, tales como enfermedades, desastres naturales, el hambre o la indigencia. En este caso, es el Estado el obligado a implementar políticas públicas en materia de educación, salud, trabajo, asistencia social y subsistencias para minimizar o mitigar dichas formas de sufrimiento. En consecuencia, los derechos humanos desde la perspectiva garantista, son herramientas jurídicas para reducir tanto el dolor infligido como el dolor sufrido, a través de una arquitectura normativa que discipline al poder público.

En este sentido, la postura del garantismo frente al poder público es de un talante negativo dado, pues considera que muchos de los peligros -naturales o artificiales- que enfrenta la sociedad son imputables al ejercicio negligente, abusivo, controlador y lacerante de las potestades, facultades y competencias estatales. Esta crítica se emparenta con el pensamiento de Michel Foucault<sup>18</sup> particularmente en su concepto de biopolítica, que describe una forma de racionalidad instrumental propia de occidente, surgida tras la conciencia de lo biológico a la postre de la peste, el hambre y las revoluciones industriales, jurídicas, institucionales y sociales del siglo XVIII. Según Foucault la vida biológica se convirtió en un objeto susceptible de ser administrado, cuantificado, disciplinado y gestionado por el poder político. Colocándolo como campo transformable a las aspiraciones del poder convirtiéndose en objeto del que se puede disponer, administrar, cuantificar, disciplinar y que hace un supuesto fundamento de su ejercicio. En sus palabras, el soberano "...tiene que vérselas con seres vivos, y el dominio que pueda ejercer sobre ellos deberá

---

<sup>18</sup> Foucault, Michel (2007), *La historia de la sexualidad. 1 la voluntad de saber*, Siglo Veintiuno Editores S.A. de C.V., p. 85

colocarse al nivel de la vida misma...<sup>19</sup>". Es decir, el poder ya no se ejerce únicamente mediante el *derecho de hacer morir*, si no también y -sobre todo- mediante la capacidad de dejar vivir, gestionando la vida, prolongandola y condicionandola.

Este *biopoder* opera a través del control de los cuerpos, estableciendo una paradoja en su ejercicio. Por un lado, el Estado se justifica como protector al enfrentar amenazas externas -como guerras u otras formas de violencia interestatal- que lo obligan a mandar al súbdito a combatir para "salvaguardar" su vida. Por otro lado, autolegitimándose desde una posición de protector y guardián de la vida de los ciudadanos cuando sean ellos mismos en sus relaciones cotidianas los que se infligen dolor aplicando penas trascendentales a los criminales monstruosos<sup>20</sup> que atenten contra la normalidad social.

Posteriormente, durante los movimientos sociales y revolucionarios de los siglos XIX y XX, las masas populares comenzaron a contraponerse al absolutismo del derecho soberano de disponer de la vida y la muerte. Estas luchas - especialmente en los ámbitos laboral, agrario y social- cambiaron profundamente los términos del ejercicio del poder. La exigencia de derechos colectivos y condiciones de vida digna obligó al Estado a reformular su papel: ya no bastaba con el control represivo era necesario ahora presentarse como garante del bienestar.

En este contexto, el poder dejó de sostenerse exclusivamente en la amenaza de muerte, y comenzó a administrar la vida, procurando su reproducción, desarrollo y prolongación. Sin embargo, esta transición no significó una renuncia al control, sino una sofisticación del mismo. El antiguo derecho *hacer morir y dejar vivir* fue sustituido por el de *hacer vivir y rechazar la muerte*, lo que permitió al poder simular una función protectora para reafirmar su legitimidad y sostener su función soberana. Con ello, implementando el discurso de la vida digna, sin perder de vista su fin

---

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 85

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 82

instrumental a través de la regulación, la vigilancia, la formalización y la normalización de los cuerpos y las sociedades.

El objetivo del poder público en relación con la vida no es realmente aliviar el dolor sino administrar su distribución. Las instituciones encargadas de procurar la vida aparentan responder a las demandas sociales en áreas relevantes para el desarrollo humano; sin embargo, terminan instrumentalizando los cuerpos. Así orientan a las personas hacia fines funcionales al capital, educándolas en la docilidad frente al derecho sancionador y fomentando la aceptación de la desgracia, la pobreza y el hambre como consecuencias naturales de los procesos económicos<sup>21</sup>,

De este modo, el poder se sirve del ciclo interminable de lo biológico -del nacimiento, la salud, la enfermedad y la muerte- mediante una satisfacción paliativa de derechos que no transforma las condiciones estructurales de injusticia. Como advierte Michel Foucault, elementos como la "...proliferación, la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida, la longevidad..."<sup>22</sup> son asumidos como instrumentos técnicos para alcanzar fines políticos y económicos. Para que el poder público obtenga los efectos deseados de racionalidad *biopolítica*, las instituciones jurídicas o administrativas -el derecho, la justicia, la legislación, la burocracia- artificios creados para eliminar el dolor deben cambiar de sentido: de mecanismos de garantía a dispositivos de control.

En este giro, el derecho deja de ser un instrumento de liberación para convertirse en una tecnología de dominio que permite controlar los acontecimientos sociales, calcular el valor y utilidad de las personas para las ambiciones del poder. Lo que hace de la vida una lucha política<sup>23</sup> entre fuerzas que se resisten a los designios de un poder en sentido negativo y las que se excusan de su delegada soberanía para evadir las obligaciones que implica la satisfacción de derechos como instrumentos que alivien el dolor de las personas.

---

<sup>21</sup> Foucault designa cronológicamente esta característica en el siglo XVII durante la revolución industrial.

<sup>22</sup> *Ibid.* p.83

<sup>23</sup> *Ibid.* p.86-87

A partir del conjunto de posiciones analizadas, puede concluirse que la vía más sólida para controlar al poder es la vía jurídico-normativa, tal como lo plantea la teoría garantista. Esto se debe a que el poder -como lo advierte Foucault- tiene la capacidad estructural de producir más sufrimiento del que está dispuesto aliviar, lo cual exige la imposición de límites formales y sustanciales. En este sentido, los derechos, entendidos como artificios normativos para reducir el dolor sufrido e infligido por el poder, constituyen el eje central de esa contención. Ferrajoli sostiene que dichos límites encuentran su expresión más robusta en la constitucionalización del paradigma de los derechos humanos, donde el derecho se convierte en una herramienta para normar el poder y garantizar su ejercicio en términos democráticos y de justicia. Esta propuesta que vincula el poder público con obligaciones jurídicas precisas, desde el constitucionalismo, será desarrollada en los siguientes párrafos.

### **3. Constitucionalismo garantista.**

La fase embrionaria del garantismo se encuentra en la primera gran revolución institucional del derecho y la política durante el constitucionalismo occidental (europeo y usamericano) del siglo XVIII. En este contexto, se edifican las primeras sociedades organizadas bajo el derecho positivo, y se consolida la visión simbólica de la Constitución como el derecho del más alto nivel normativo. A través de ella, se define la estructura orgánica del Estado, así como los procedimientos y competencias que regulan el ejercicio del poder. Esta transformación se acompaña de la instauración de la legalidad como fundamento, producto y límite del poder público, estableciendo un nuevo orden jurídico en el que los parlamentos emergen como máxima expresión de legitimidad democrática y la función legislativa. Dichas asambleas son concebidas como la encarnación de la soberanía popular, lo que les confiere una autoridad casi omnipotente en la tarea de crear derecho positivo y configurar el marco normativo social.

La importancia que reviste este momento histórico, en relación con el garantismo como técnica jurídica, es dado que, durante su decurso se incorporan por primera vez al texto constitucional un catálogo de derechos *universales*, formulados desde un horizonte axiológico centrado en la preservación efectiva de

los derechos naturales y las libertades fundamentales<sup>24</sup>. Estos derechos se orientaban principalmente a proteger la vida biológica<sup>25</sup> de los ciudadanos frente a los peligros de la inseguridad social interna y las amenazas externas de las relaciones interestatales. Su eficacia descansaba en la garantía básica de la legalidad, impuesta como límite al ejercicio de los poderes públicos. No obstante, esta visión terminó por verse empañada por la sacralización de la propiedad privada como derecho fundamental inviolable<sup>26</sup>. Este giro normativo y político benefició principalmente a los sectores mercantiles y burgueses quienes gracias a su capacidad social y económica, lograron introducir sus intereses en la esfera de lo público<sup>27</sup> presentándolos como el camino natural e inevitable para alcanzar el desarrollo y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Por consecuencia, en este contexto no se dieron las condiciones para dimensionar la totalidad de la revolución política que las constituciones y los derechos humanos ofrecían para enfrentar a los excesos del poder. Incluso durante las discusiones parlamentarias que antecedieron a la Declaración francesa de derechos de 1789, los derechos sociales fueron deliberadamente excluidos a pesar de los esfuerzos de figuras como Emmanuel Sieyès, Guillaume Villeneuve y Thomas Paine quienes abogaron por incorporar el derecho a la subsistencia y a la asistencia social<sup>28</sup> como componentes fundamentales del nuevo orden jurídico. Una contienda similar se dio años antes en el contexto usamericano sufriendo similar destino. No es sino hasta la efímera experiencia del gobierno jacobino en 1793 que se introducen por primera vez los derechos relativos a la subsistencia, asistencia social y el trabajo. Sin embargo, estos nunca llegaron a implementarse de manera

---

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 33.

<sup>25</sup> Vitale, Ermmano (2007), *Contractualismo y derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, p. 9. Para el autor, existe una interpretación más sólida sobre el fundamental derecho a la vida en Hobbes, no sólo desde el de conservación biológica de los individuos que se ven en expuestos por los riesgos externos e internos de los confines sociales y estatales, sino que también a la formación de vivir dignamente dentro de la convivencia social.

<sup>26</sup> Expresiones literales que califican al derecho de propiedad en el artículo 17 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789.

<sup>27</sup> Cruz Parceró, J.A (et. al.) (2019), *Derechos económicos: una aproximación conceptual*, CEPAL/CNDH, pp. 23-31

<sup>28</sup> *Ibid.* pp. 30-32

efectiva, ante la caída del gobierno de Robespierre y el fin del proyecto revolucionario radical. Dentro de esta visión del constitucionalismo europeo, no será sino hasta la unificación de la República de Weimar en Alemania -particularmente en el artículo 163 de su constitución- que el derecho al trabajo es advertido de forma explícita proyectando al primer estado de bienestar impulsado por el socialismo en el continente.

Entonces, el decurso del nacido estado de derecho se trazó mayormente en un sentido *liberal legalista* en correlación con el positivismo y su postura aséptica del derecho. Logrando expulsar las posibilidades jurídicas de vinculación a las *libertades* y los derechos *sociales* dirigidas a las instituciones estatales, ya que, con la construcción de los sistemas positivos se concretó la composición del derecho como orden jerarquizado de normas jurídicas que solo eran reguladoras de la conducta única y exclusivamente de las relaciones entre hombres y frente a la comunidad de hombres<sup>29</sup> más nunca obligatorias para los poderes públicos.

Este esquema teórico condujo a la conformación de un *Estado Legislativo de Derecho*<sup>30</sup> de carácter monista en el que la legalidad se convirtió en la regla de reconocimiento de las pretensiones de la comunidad política, reduciéndolas a cuestiones de forma, procedimiento y sanción. Las normas se dirigían a los particulares, mientras que las funciones y competencias estatales eran descritas en términos generales de poder, dejando a los derechos sin mecanismos de exigibilidad. En consecuencia, el Poder Legislativo reafirmó, gracias al positivismo jurídico, un amplio margen discrecional en tanto era concebido como el único órgano facultado para la producción del derecho positivo, dotado además de una legitimidad reforzada por su origen representativo. Esta atribución le permitió asumir una la antes descrita omnipotencia normativa, al ser considerado la voz de la voluntad popular, y por ende, el único capaz de definir el contenido de la norma jurídica.

Sin embargo, la importancia garantista de este momento de edificación institucional radica en el despliegue de la certeza a través de la afirmación de los

---

<sup>29</sup> Kelsen, Hans (1982), *Teoría pura del derecho*, UNAM, pp. 44-46

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi (2011), *Poderes Salvajes. Crisis de la democracia constitucional*, Minima Trotta, p. 31

enunciados prescriptivos: el derecho positivo. En este contexto, nada podía contrariar formalmente lo dispuesto por la ley, ya que toda actuación -tanto de los agentes estatales como de los sujetos particulares- debía someterse a lo que establecen. De esta manera, se consolidó el principio de legalidad como uno de los pilares del nascente Estado de derecho, constituyendo un límite formal al poder y una herramienta de previsibilidad normativa que, aunque limitada en cuanto a contenidos materiales de justicia, representó un avance significativo en términos del control institucional.

El siguiente momento histórico relevante para el garantismo, se sitúa en la conformación contemporánea de los constitucionalismos europeos después de la conclusión de la segunda guerra mundial. El ascenso del fascismo y del nazismo mostró que las mayorías parlamentarias, aún operando dentro de un marco legal aparentemente legítimo, fueron capaces de legalizar prácticas profundamente autoritarias y violatorias de los derechos humanos de los más débiles<sup>31</sup>. Frente a este panorama surgió la necesidad de replantear el papel de las constituciones como instrumentos de carácter político social<sup>32</sup> y jurídicamente vinculantes, superando la concepción liberal decimonónica que las concibe principalmente como mecanismos de organización del poder y solo garantes de las libertades individuales. En respuesta se revalorizó el contenido material de los textos constitucionales, introduciendo un margen de protección social expreso integrado por principios, derechos sociales y controles normativos más robusto que limitarán, y principalmente obligarán efectivamente el ejercicio del poder, incluso cuando éste emana de mayorías democráticamente electas.

Este cambio entre uno y otro paradigma es esencial para el garantismo, pues los derechos humanos consagrados durante la conformación del corpus iuris internacional<sup>33</sup> durante la posguerra expresaron la insuficiencia de priorizar únicamente a las libertades frente al estado, la autoridad y el poder público. Ante la

---

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 36

<sup>32</sup> Cruz Parceró, J.A. (et. al.) (2019), *Óp. Cit.*, p. 31

<sup>33</sup> Incluyen en su base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949 y *Los pactos* de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966.

presencia de los horrores del autoritarismo, el genocidio y la guerra, las naciones de la comunidad internacional reconocieron que las desigualdades estructurales - fundadas en la exclusión, la opresión y el empobrecimiento de los más débiles- representaban otras tantas necesidades que debían sanarse en las esferas sociales de la salud, el trabajo, la educación y la subsistencia<sup>34</sup> obligando a la política a tomarlos en serio<sup>35</sup>.

De tal manera, que se hacen más o menos reales las sujeciones de la actividad estatal a las normas sustantivas constitucionales. Este cambio transformó la naturaleza del derecho vinculándolo a la política -en un sentido normativo- y no a la inversa, como en el antiguo paradigma, donde prevalecía la legitimidad formal de las mayorías legislativas al servicio de intereses burgueses, capitalistas y económicos. Este nuevo enfoque constitucional abrió la posibilidad, aunque incipiente, de restaurar la soberanía popular como la *fuerza* de la producción del derecho en la soberanía popular, fortaleciendo el *nexo* entre constitucionalismo, derechos y democracia.

Para Ferrajoli, este giro paradigmático representa el rescate del carácter instrumental del aparato estatal y del derecho, tal como es enunciado en el imaginario hobbesiano<sup>36</sup>, donde las instituciones, el derecho, la política, lo judicial y lo administrativo son concebidos como artefactos artificiales, es decir, construcciones convencionales producto de un pacto social. Desde esta perspectiva, el Estado -entendido como un entramado de reglas, agentes y titulares constituidos- no posee una legitimidad natural, sino que su existencia y operatividad están subordinadas a la voluntad de la normativa de la sociedad. Así, el derecho deja de ser un simple reflejo del poder y se convierte en un mecanismo de contención: un sistema convenido de garantías que limitan al ejercicio del poder a

---

<sup>34</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 36

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 38

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 33. Según Ferrajoli "...se trata de un fruto de la idea contractualista- formulada por Hobbes y desarrollada posteriormente por el pensamiento jurídico ilustrado- según la cual el Estado y el derecho no son, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural..., sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades y derechos naturales..."

través de normas jurídicas procedimentales y sustanciales que tienen como fundamento último a los derechos humanos, en tanto obligaciones y fines del Estado.

Para dar mayor claridad a esta posición, Ferrajoli sostiene que los poderes constituidos -Legislativo, Ejecutivo y Judicial- son, en su naturaleza jurídica y política radicalmente distintos al poder constituyente. Mientras este último representa la voluntad originaria por la que se funda el orden jurídico, aquellos son derivaciones formales cuya existencia depende enteramente de su creación por el poder constituyente. En este sentido, los poderes constituidos carecen de autonomía ontológica, pues no se justifican por sí mismos, ya que reciben su legitimidad y estructura de la voluntad popular escrita en la Constitución. Así, su existencia está predefinida por normas que mandan su construcción, sus facultades y competencias, y que regulan su actuación, lo cual implica su sometimiento a parámetros de juridicidad. Con ellos su operatividad debe filtrarse a través de los principios sustantivos y procedimentales de lo constitucional, quedando subordinados al derecho.

La diferencia fundamental respecto del poder constituyente radica en que este representa un acto originario de carácter político, entendido como fuente, principio y expresión directa de la voluntad popular. A diferencia del poder constituido, el constituyente es ejercido por sujetos *no artificiales* -personas de carne y hueso- que se expresan colectivamente para estructurar jurídicamente su voluntad y constituir orgánicamente al Estado, así como dar contenido sustancial a sus mandatos. En virtud de su naturaleza originaria, el poder constituyente no se encuentra sometido a norma preexistente, ni actúa bajo ninguna directriz positiva; por el contrario, es capaz de construir libremente la forma jurídica de la sociedad, la cual sólo es reconocible a posteriori mediante la Constitución textual<sup>37</sup>. Esta característica define su capacidad de traducir jurídicamente las necesidades, intereses, finalidades, valores, voluntades *extraestatales* y *metajurídicas* de las

---

<sup>37</sup> Luigi Ferrajoli, (2013a), *Óp. Cit.*, pp. 805-807

personas<sup>38</sup> para dar fundamento y fuerza de legitimidad a las actuaciones de los poderes constituidos. Habilidad que no está presupuestada dentro de la organización constituida, cuyo marco de acción depende de los designios constituyentes.

Claramente la Constitución es un armonizador del discurso garantista. Así, la teoría Ferrajoliana complejiza a tal instrumento dotándolo de dos sentidos, derivados del salto histórico entre los paradigmas -liberal y social- antes explicados.

La primera acepción de constitución, está basada en una visión supremacista legalista derivada de su naturaleza normativa. Desde esta perspectiva, se le otorga al texto constitucional el vértice más agudo dentro del complejo jerárquico de los sistemas positivistas, al fungir como la estructura piramidal que da jerarquía jurídica, siendo el parámetro de validez y reconocimiento de toda expresión normativa de nivel inferior. Esta posición permite su refrendación como norma suprema y justifica su rigidez frente a actos u omisiones contrarios a sus enunciados, asegurando la estabilidad de sus contenidos a través de procedimientos estrictos de reforma que impidan una discreción ilimitada del poder<sup>39</sup>.

En este sentido, el texto constituyente es el “*sistema de reglas sustanciales y formales, que tienen como destinatarios a los titulares del poder*”<sup>40</sup> con especial énfasis en la función legislativa. Está por un lado conectada a la observancia de procedimientos formales preestablecidos para la producción del derecho positivo; por otro, está fuertemente vinculada a la coherencia sustancial, ya que debe dar consistencia a la legislación conforme a los valores y principios contenidos en la constitución. Es decir, la función legislativa se ve limitada tanto en su forma como en su fondo, siendo la Constitución el instrumento encargado de establecer los márgenes dentro de los cuales debe operar en la elaboración, discusión, aprobación y promulgación de leyes.

---

<sup>38</sup> Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, p. 903

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi, 2008, *Óp. Cit.*, p. 29

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 32

Así es como se articula el denominado *punto de vista interno* del derecho, propio del rozamiento jurídico garantista, el cual le permite examinar y declarar la invalidez al Poder Judicial de toda norma legal que no se armonice con la norma suprema. Esta evaluación se da, por un lado, a través de un análisis jerárquico que contrasta las disposiciones de rango inferior con las constitucionales, y por otro, frente a omisiones normativas que surgen cuando “*una norma requerida por una norma constitucional*”<sup>41</sup> no ha sido expedida.

En este sentido, el *punto de vista interno* se relaciona con la identificación de antinomias y lagunas que violan directamente la estructuración positiva al evidenciar una discordancia entre los contenidos normativos sustanciales de la Constitución y las prácticas efectivas del poder público. Ferrajoli denomina estas fallas normativas como *vicios*, estructurales en tanto, que comprometen la coherencia y legitimidad del sistema jurídico, al permitir la perpetuación de actos o inacciones que contravienen el diseño garantista del Estado constitucional de derecho.

A su vez, esta conceptualización normativa de la Constitución permite someter a valoración la legitimidad de la producción legislativa, dado que los *vicios constitucionales* son siempre imputables a dicha facultad, siendo su gravedad mayor o menor según la posibilidad de “...*que no sean observadas la prohibición y la obligación de producir*”<sup>42</sup>...” derecho positivo. Las antinomias supondrán la coexistencia de normas de rango inferior en contradicción formal o sustancial con las de rango superior<sup>43</sup> sustancial o formalmente, lo cual exige para su eliminación requiere un juicio de validez aplicado mediante interpretación judicial. Este, si bien no puede derogar directamente la norma en cuestión, puede condenarla al desuso a través de la inaplicación reiterada, en tanto no se realice su derogación o armonización legislativa.

En cambio, las lagunas son producto de la omisión legislativa, es decir, de la falta de desarrollo de reglas secundarias que desarrollan una *norma sobre la*

---

<sup>41</sup> Ferrajoli, Luigi, 2013b, *Óp. Cit.*, p. 646

<sup>42</sup> *Ibid.* p. 645

<sup>43</sup> *Ibid.* p. 646

*producción* -exigidas por un mandato constitucional- sea de carácter formal (de procedimientos) o sustancial (de derechos humanos). Su subsistencia implica la violación de la obligación constitucional de legislar, y por tanto consiguiendo la inaplicación de un derecho<sup>44</sup>. Cuestión que irremediablemente debe corregirse por una acción del legislador, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de relegar al programa jurídico garantista a una situación de ineffectividad práctica, dejando vacíos que debilitan la estructura del Estado constitucional de derecho.

El segundo sentido de Constitución en la teoría garantista se sitúa en su dimensión de la democracia, y su implicación es principalmente teórica, en tanto se agota en el momento del ejercicio constituyente y con la redacción normativa. Desde el enfoque democrático, la Constitución sólo es producto de un instante de práctica directa política y popular, pues pierde su carácter activo cuando queda fijado el texto constitucional.

Este sentido contrasta y al mismo tiempo se complementa de manera negativa con la dimensión jurídico-normativa anteriormente descrita. Debido a que el *punto de vista interno* del derecho -caracterizado por la rigidez, la supremacía jerárquica y los límites vinculante propios del positivismo jurídico- permite la operatividad diaria del sistema jurídico, pero su eficacia sustancial depende de un momento anterior: el acto constituyente, expresión originaria de la voluntad popular.

Sin embargo, la voluntad constituyente, que otorga la legitimidad democrática al orden constitucional, termina sometida a los mismos límites jurídicos de lo constituido. Es decir, que aunque la Constitución nace de una expresión democrática del pueblo soberano, su positivización implica que incluso el pueblo, en sus manifestaciones posteriores, queda vinculado a los límites del texto constitucional. De este modo, la Constitución se convierte en una norma que rige y limita no sólo a los poderes constituidos, sino también al propio sujeto constituyente, hasta tanto no se active nuevamente un proceso que le permita reformular su soberanía en nuevos términos.

---

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 646

Esta tensión se hace evidente en la concepción garantista de la democracia, en tanto Ferrajoli sostiene que ésta sólo es asimilable desde el contractualismo. En esa lógica, el autor italiano reconoce que tanto el derecho como la política también cuentan con un *punto de vista externo* que se consensua previamente a la formación de los Estados constitucionales y que se funda en las necesidades, intereses, finalidades y valores *extraestatales* que orientan la legitimidad de las instituciones, las normas constitucionales y el poder.

A diferencia del *punto de vista interno*, que se limita a evaluar la validez formal de las normas dentro del sistema, este enfoque externo condiciona la legitimidad del derecho y las instituciones a su eficacia para cumplir los fines que les dieron origen: la protección de los derechos.

En este marco, Ferrajoli afirma que el derecho y las instituciones -al ser herramientas originadas por y para el pueblo- deben estar subordinadas a fines democráticos y axiológicos. Sin embargo, al mismo tiempo considera que no pueden quedar en manos de las mayorías eventuales, ya que son susceptibles a ser transformadas a discreción o por sus caprichos, lo que puede vaciar el orden valorativo fundado en los derechos humanos.<sup>45</sup> Es decir, que aunque las mayorías son la expresión de la voluntad popular no deben tener el poder de cambiar el orden jurídico de garantías convenidas, pues tal decisión no puede quedar plenamente a los deseos transitorios de las mayorías, ya que son capaces de justificar la injusticia en nombre del sentimiento del pueblo.

Siguiendo esta línea, el concepto *pacticio-democrático* que desarrolla el garantismo parte del reconocimiento de que no existe de hecho una verdadera homogeneidad social. Por el contrario, el acto constituyente es concebido como producto de la distensión entre pluralidades antagónicas<sup>46</sup> coexistentes en un momento determinado. Ferrajoli entiende que, durante el momento deliberativo sobre la construcción de una Constitución -especialmente en las cartas de derechos- se dan tensiones entre intereses que dejan ver que en cada acto

---

<sup>45</sup> Ferrajoli, Luigi (1995), *Óp. Cit.*, p. 904

<sup>46</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b) *Óp. Cit.*, p. 51

constituyente no existe un consenso mayoritario. Desde esta perspectiva, el garantismo asume que el proceso constituyente no refleja unanimidad, sino que es más bien una forma de distensión del conflicto a través del pacto constitucional normativo, que aunque define de manera imperfecta las necesidades sociales, al menos, trata de garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad. Así, la Constitución se erige como el último espacio donde se pretende, de una vez por todas, sostener un compromiso consensual para asegurar la paz mediante la estabilización jurídica de la potencial conflictividad inherente a toda sociedad plural. La Constitución, entonces, más que ser la expresión homogénea de la voluntad del pueblo, se admite como el acuerdo racional y normativo que pone límites a la lucha política, consagrando reglas y derechos que deben mantenerse estables.

Por tanto, la función democrática de una Constitución sería tutelar la real heterogeneidad social y política velando por que se establezca un plan convenido de garantías universales mediante las que se busque la reducción o remoción de las desigualdades formales y materiales estipuladas en los derechos, con los cuales la sociedad se opone a una convención disfrazada de mayoritarismo social en favor de intereses ajenos, o de los más fuertes, dado que cada garantía, derecho, interés y necesidad inscrito equivale a múltiples “fragmentos de soberanía que corresponden a cada uno de sus participantes<sup>47</sup>”-diversos, plurales, desiguales- que avalan la legitimidad del texto final.

En consecuencia, el efecto democrático-garantista debe ser la institucionalización tanto de la esfera pública como del pueblo. La primera, comprende el espacio político donde se tutelan los intereses colectivos, concebidos como derechos humanos, a través de acciones u omisiones por parte de órganos públicos obligados, por lo que está contrapuesta a la *esfera privada* donde se desenvuelven los intereses individuales. Por su parte, el pueblo, desde una perspectiva jurídica, es una construcción normativa que unifica a los sujetos en virtud de su igual titularidad de expectativas construidas como derechos<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibid.* p.55

<sup>48</sup> *Ibid.* p.52

otorgándoles una cierta homogeneidad que sólo puede alcanzarse a posteriori del contrato social.

Empero, para Ferrajoli, la *esfera pública y el pueblo* no son actos naturales, sino construcciones artificiales instituidas por el derecho positivo, es decir, que no existen por sí mismas y por esto sólo adquieren existencia jurídica a través de normas convirtiéndolas en entes normativos sujetos también a límites y obligaciones. Esta condición artificial implica que, como cualquier otra forma de poder, pueden y deben estar limitados todos sus actos para evitar su desbordamiento.

Como hemos señalado en párrafos anteriores esta concepción termina por subordinar la fuerza democrática de la Constitución a su dimensión lógico-normativa, priorizando la tutela constitucional como tarea de los poderes constituidos, en detrimento del poder transformador del pueblo. Está atribución de condición sintética<sup>49</sup> del pueblo deriva de una versión restringida del constituyente, sobreentendida por Ferrajoli como un momento único, excepcional e irrepetible, que solamente puede aparecer cuando hay un rompimiento radical con el poder negativo, orillando al establecimiento de un nuevo consenso. Desde esta óptica, el *pueblo* no es partícipe activo del constituyente, sino que aparece sólo después como una figura institucionalizada dentro del orden constitucional vigente, cuya función es brindar legitimidad democrática a los herederos del programa constituyente -los poderes constituidos- sin tener una posibilidad real de apropiarse del aparato estatal ni de transformarlo por medios ordinarios.

Debido a esto, el *pueblo* es observado negativamente dentro de la teoría garantista, ante la posibilidad latente de conformarse en mayorías que avalen la incorporación de intereses individuales, patrimoniales y excluyentes de la *esfera pública*. Esta desconfianza activa la necesidad de imponer prohibiciones, límites y

---

<sup>49</sup> Esta afirmación parte del sentido normativo que se da al *pueblo* en las constituciones. Por ejemplo, la Constitución mexicana reconoce la titularidad colectiva del *pueblo* de ciertos derechos: en el artículo 39 a *alterar o modificar la forma de su gobierno*; en el artículo 40 expresando su voluntad de conformarse en *república representativa, democrática, laica y federal*; y en el artículo 41 considerando su latencia como poder, al delegar su *soberanía a los poderes públicos* para su ejercicio, siempre que esto sea su voluntad expresarlo.

obligaciones jurídicas para su libre desenvolvimiento dentro del orden constitucional.

Sin embargo, esta perspectiva entra en tensión con el hecho de que el pueblo no puede ser una abstracción normativa, sino colectividad concreta conformada por personas de carne y hueso partícipes de los procesos políticos y sociales previos al Estado. Como tal, su protección depende de que los derechos consagrados originalmente se actualicen y garanticen universalmente a cada nueva generación según las necesidades que imponga el tránsito histórico como herederos del poder de transformación del programa fundacional.

No obstante, este programa primigenio -sustentado por condiciones de igualdad política, cultural y pluralidad- no puede ser transformado por ellos en la lógica garantista, pues precisamente en ese carácter, se considera a la Constitución un pacto cerrado y normativamente blindado. Esto contradice el dinamismo social y político inherente a la vida democrática, que exige la constante reformulación de la esfera pública, no solo como espacio de derechos, sino también como proceso de construcción de una *identidad colectiva*<sup>50</sup> que garantice una integración social efectiva.

Por lo tanto, la relación entre estos elementos deriva una reacción en cadena que se reafirma históricamente sin variables considerables, ya que la distensión de conflictos se da por sanada en el momento constituyente, presuponiendo que tales necesidades no tienen razón de persistir posteriormente, al considerarse asegurados -ya mediante garantías constitucionales- los intereses de todos.

A raíz desde esta articulación el garantismo se contrapone a la expresión de diversas voluntades mayoritarias, al entender que estas buscan esgrimir un falso diagnóstico de heterogeneidad social, política, cultural y económica como condición garante de la efectividad material del texto constitucional. Es decir, que presupone que al subjetivizar voces de colectivos o grupos sociales se corre el riesgo de que los derechos y principios ya determinados en las constituciones se conviertan en

---

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 53

conectores de aspiraciones de vida basadas en la economía, el mercado, el racismo, la discriminación y la opresión política; consintiendo, así, que solo la técnica legislativa y la interpretación judicial sean los encargados de desarrollar o permitir la emergencia de nuevos derechos. Lo anterior se justifica, en la medida en que, con la intervención política de pluralidades que se vuelvan mayoritarias, podría generarse una regresión al modelo *liberal-legalista*, teniendo como agente principal a un parlamento omnipotente que haga legítima la normativa de una Constitución únicamente con la sola aceptación cuantitativa dominante de individuos. Aunque dicha aceptación puede ser necesaria para alcanzar un consenso más o menos común sobre los términos constitucionales- y con ello estabilidad o fuerza vinculante- no sería suficiente para esgrimir argumentos de hecho válidos que determinen su legitimidad desde los valores, intereses, necesidades y aspiraciones de una sociedad constitucional.

Ya que dicho paradigma -si recordamos- reduce la producción del derecho únicamente a una función abstracta de legislar, haciendo que sea legítima la concreción discrecional de contenidos cuando haya un consenso mayoritario de representación política. Sin embargo, para establecer una validez fáctica garantista, sería necesario realizar un juicio axiológico colectivo que no podría sustentarse exclusivamente en el principio de mayoría posterior al momento constituyente. Esto se debe a que tal principio tiende a degenerar en la exclusión de los *fragmentos de soberanía* que también se expresan en los sectores más *débiles o minorías*, quienes a pesar de pugnar por sus derechos, podrían ser desplazados por una voluntad mayoritaria que no necesariamente representa el interés general ni los valores fundamentales de una sociedad constitucional.

A consecuencia de ello, Ferrajoli señala la necesidad de transformar la antropología del derecho, actualmente basada en la exclusión<sup>51</sup>. Dicha exclusión fue inherente a los orígenes liberales del constitucionalismo, los cuales dependían de la formación de políticas de segregación e identificación de subjetividades que no cumplieran con los requisitos del mercado, la economía, la religión y la política.

---

<sup>51</sup> Ferrajoli, Luigi (2008) *óp. Cit.*, p. 306

Esta práctica caracteriza la visión del poder negativo, que *dejaba y hacía morir* a quienes se veían imposibilitados de incorporarse a sus reglas. Según Ferrajoli, esta lógica persiste en la actualidad y se manifiesta en la exclusión de todos aquellos que no se encuentren bajo el espectro de los derechos de la ciudadanía, como ocurre con los migrantes aglutinados en las fronteras de las democracias occidentales<sup>52</sup>. Estas personas son víctima de la violencia, el hambre, la enfermedad, las crisis ambientales, el racismo y todas aquellas políticas de muerte<sup>53</sup> producidas por la negación de la condición humana en nombre de la pacificación, la lucha contra el terrorismo, la seguridad del Norte y la inferioridad antropológica de los pueblos del Sur global. Frente a ello, la respuesta debe encontrarse en el establecimiento de los principios metajurídicos de la paz y esencialmente de la igualdad “...como garantía de todas las diferencias de identidad personal...”, étnicas, nacionales, religiosas, lingüísticas, sociales, políticas y económicas...donde se funda la percepción de otros como iguales y como asociados...<sup>54</sup> del *pacto social*. Sólo así podrá conformarse una identidad colectiva única, fundada no en la homogeneidad, si no en la necesidad infranqueable de garantizar mínimos de vida digna reclamados por los derechos humanos.

Sin embargo, Ferrajoli se opone a evaluar a la Constitución en los términos del iuspublicismo alemán que se limitó a la forja *organicista* de los pueblos en tanto unidad política<sup>55</sup>” unificada en partidos, lo que tuvo como consecuencia el desmantelamiento de la pluralidad parlamentaria y favoreció el hiperpresidencialismo característico de los regímenes nazis y fascistas. Para el garantismo, esta postura resulta problemática, pues omite distinguir entre la pluralidad real existente en lo social y aquella representada formalmente en los Congresos, pasando por alto la diferencia, el conflicto y las tensiones sociales, políticas, culturales y económicas. En este sentido, concluye que una Constitución será efectiva cuando haya sido consensuada por al menos una parte significativa

---

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 314

<sup>53</sup> *Ibid.* p. 313-316

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 50

<sup>55</sup> Ferrajoli, Luigi, (2013b), *Óp. Cit.*, p.54

de la población; sin embargo, será ilegítima cuando ignore las garantías universales primigenias de los derechos de todos, ya que en su ausencia estos derechos quedan vulnerables ante consensos mayoritarios que pueden terminar por suprimirlos.

Bajo estos aspectos, la forma garantista de una Constitución democrática o *pacticia* que nace de la perspectiva contractualista se entiende como:

...pactos de convivencia, es decir, como contratos sociales en forma escrita, tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas son las diferencias personales que están llamadas a tutelar, cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas cuya convivencia deben garantizar y cuanto más vistosas e intolerables son las desigualdades materiales que tienen la tarea de remover o reducir.<sup>56</sup>

De esta manera, la Constitución democrática se caracteriza por ser no solo la voluntad, sino también la garantía de todos; no únicamente por representar una aceptación formal sino por implicar el reconocimiento de la titularidad universal de derechos. Es decir, no se trata solo de que "...nadie esté excluido de su estipulación...sino porque en ella se pacta la no exclusión de nadie..."<sup>57</sup>.

La razón del discurso garantista de escindir en dos concepciones a la Constitución y al acto constituyente radica en la necesidad de tratarlas en conjunto, con el fin de dar paso a una corriente *iusconstitucionalista* que abarque tanto la democracia como la política, pero condensándolas dentro de la normatividad positiva del derecho. Esto se logra mediante el contraste que devela el sentido normativo como un orden de prohibiciones, límites, obligaciones y vínculos jurídicos al poder, que forman parte del andamiaje fundamental de la teoría del derecho estructurada piramidalmente desde la Constitución y descendente hacia las instituciones y el ejercicio del poder dentro del Estado de derecho. A su vez, esta estructura se fundamenta en la convención social que consagra garantías rígidas, indubitables, universales, inviolables e indisponibles institucionalizadas a través de

---

<sup>56</sup> *Ibid.* p.54

<sup>57</sup> *Ibid.* p. 55

normas jurídicas que imponen de conductas prohibitivas, limitativas, obligatorias y vinculantes, oponibles frente a las instituciones legislativas, judiciales y ejecutivas, consolidando así una auténtica teoría política y democrática. En este sentido, el *iusconstitucionalismo* implica, en palabras de Ferrajoli, "...una teoría constitucional de los límites y los vínculos jurídicos internos impuestos a cualquier otro poder normativo por los derechos constitucionalmente establecidos..."<sup>58</sup>.

Esta corriente propuesta por el garantismo consiste en la visión de un derecho positivo fuerte, que cuestiona el tránsito de la democracia entendida como un "sistema frágil y complejo de separación de y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación contra sus violaciones"<sup>59</sup>. Ya que, dicho sistema siempre termina superado por la formalidad de sus mecanismos, al prevalecer la desconfianza en dejar las decisiones públicas en manos de una soberanía popular sin garantías efectivas ejercidas por los poderes públicos.

Así para Ferrajoli la democracia implica forzosamente derecho, y sin embargo, también sostiene que el derecho positivo puede subsistir sin democracia. La primera afirmación se aclara mediante una distinción fundamental entre *derechos secundarios o de autonomía y derechos primarios*.

Los derechos secundarios son aquellos vinculados a la autodeterminación individual, y se proyectan tanto en ámbito político como en el civil. En el ámbito político comprenden el ejercicio del sufragio, la libertad de conciencia, de opinión, de expresión, de información y la posibilidad de aspirar a cargos públicos, intrínsecos de la *esfera pública*. En el ámbito civil, se refieren a las relaciones entre particulares caracterizadas por actos contractuales, negociables y patrimoniales -es decir, los derechos reales y personales propios de la economía y el mercado- los cuales delimitan la *esfera privada*.

---

<sup>58</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p. 35

<sup>59</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 27

Por otro lado, los *derechos primarios* incluyen a los derechos sociales a la salud, la educación el trabajo, la subsistencia, además de las libertades personales, de tránsito, de disponer sobre la propiedad, de religión, etc., que designan las necesidades, intereses y fines de sus titulares<sup>60</sup> caracterizados por ser innegociables, indisponibles, irrenunciables e indivisibles.

En su conjunto ambos tipos componen las condiciones de la posibilidad democrática con ciertas diferencias:

- Los derechos secundarios en su dimensión política funcionan como mecanismos instrumentales formales para la participación.
- En la dimensión civil estableciendo qué aspectos se encuentran dentro de las discusiones públicas, en los cuales puede intervenir el Estado limitando o prohibiendo su fuerza excesiva para garantizar a los anteriores o a los derechos primarios.
- Finalmente, los *derechos primarios* garantizan las necesidades materiales mínimas que hacen viable la capacidad de interés y de participación en las deliberaciones políticas. Por tanto, sin la garantía efectiva de estos, la democracia deviene en una formalidad vacía, carente de contenido real, ya que solo quienes tienen cubiertas sus necesidades básicas pueden ejercer plenamente sus derechos secundarios.

El segundo juicio reviste para Ferrajoli la constatación histórica que significó el nacimiento de los regímenes totalitarios en Europa durante la primera mitad del siglo XX, los cuales, aunque actuaron por medio del derecho positivo, fueron productores de sistemas jurídicos antidemocráticos, y por lo tanto, excluyentes del propio sistema de garantías que representa la democracia.

Estas formulaciones clarifican que la relación entre democracia y Estado de derecho suele estar problematizada por el actuar de los poderes constituidos, a causa de la débil significación de la Constitución como pacto construido desde lo popular. Pues el poder de controlar la producción normativa, dejado totalmente en

---

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, pp. 19-20

manos del legislativo implica desconocer que la voluntad popular es la antesala del derecho positivo, la democracia y la Constitución; y de ello se deriva que la soberanía deba, forzosamente, delegarse para dar posibilidad material a la dimensión positivista del derecho. Esto conlleva una sujeción flexible y contingente de que la praxis del poder público -especialmente del de carácter político- a la satisfacción del mandato constituyente, revelando que siempre existe una amenaza latente: que el encargado de la producción legislativa pueda desobedecer, inobservar e ignorar las exigencias populares de expedir reglas para hacer efectivas las órdenes constitucionales, lo que supondría una permanente ilegitimidad de su investidura.

De esta manera, el discurso constitucional garantista, en tanto límite y expresión de desconfianza hacia el poder basado en los derechos<sup>61</sup>, reconoce y formula para la soberanía popular ciertas garantías frente a su eventual delegación mediante la representación, y posteriormente, en la facultad de legislar. Esta noción garante de la soberanía pasa por un doble sentido: uno negativo y otro positivo.

En sentido negativo, la soberanía no se concibe como resultado de un consenso mayoritario, sino un poder indivisible de todos. Así, cada individuo, como fragmento de la totalidad soberana, impide que dicho poder pueda ser apropiado o usurpado totalmente a través de la representación<sup>62</sup>. Sólo mediante procedimientos democráticos de representación institucional proporcional puede detentarse legítimamente, y así nunca en su totalidad, garantizando que siempre exista quien reivindique su sede originaria en el pueblo.

En sentido positivo, la soberanía popular emana del ejercicio garantizado de los derechos humanos para todos<sup>63</sup>, tanto de los llamados *secundarios* como de los *primarios*. Son estos los que permiten desplegar la soberanía como poder dirigido a asegurar los intereses, necesidades y condiciones de la vida social, y no como

---

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 12

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 13-14

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 14

herramienta de abuso desde la artificialidad de una representación política que se pretenda discrecionalmente soberana.

Bajo este tenor, la soberanía popular es un poder latente que, aunque necesariamente deba ser delegado en la representación legislativa, vincula su ejercicio y funciones a dimensiones ulteriores: los derechos humanos y los procedimientos constitucionalmente establecidos para su legítimo depósito.

Que el poder soberano deba estar asegurado como garantía revela la existencia de un *nexo indisoluble* entre democracia, Constitución y derechos. Este nexo impide que la soberanía se transforme en una autolegitimación de sí misma y que la supremacía formal de los procedimientos, junto con la simple elección de representantes, se erijan como fuente exclusiva de la producción legislativa. De lo contrario se corre el riesgo de que se niegue el desarrollo de los contenidos sustantivos de la Constitución bajo la excusa de la detentación legítima de la soberanía por principio de mayoría.

A causa de esta posibilidad, el nexo garantista se articula como un esquema decisional sustentado en los derechos humanos, cuya principal función es imponerse como límite y orientación al ejercicio de los poderes políticos.

#### **4. El discurso de lo indecible.**

De acuerdo con lo anterior, para el modelo constitucional garantista, la democracia formal no puede constituirse como el fundamento final de la legitimidad de las prácticas y decisiones de todos los órganos constituidos, ya que resulta insuficiente para dar cuenta, en los hechos, de la efectividad de la normativa constitucional<sup>64</sup>. Esto se debe a que la perspectiva garantista sobre la democracia liberal la concibe como inherentemente débil, debido a la alta carga política que conlleva la conformación de Congresos electos por *mayorías*. Por ello, esta postura insiste en que la única fuerza capaz de imponer frenos y límites al poder reside en la Constitución, los derechos y la apertura de la democracia hacia esquemas de

---

<sup>64</sup> Ferrajoli, Luigi, (2013b), *Óp. Cit.*, p. 15

decisión que distingan entre lo legítimamente *decidible*, y lo lícita e ilícitamente *indecidible*.

Este sistema decisional parte de la clasificación garantista de los derechos: por un lado, los *derechos secundarios* que conforman la base formal de las decisiones; por otro lado, los *derechos primarios* que componen su dimensión sustancial. Los primeros -derechos civiles y políticos- actuando como garantía negativa de la soberanía popular, en tanto permiten a los ciudadanos mediante procedimientos democráticos y de autonomía personal, oponerse a la apropiación absoluta e ilegítima del poder soberano, así como a la introducción de intereses privados incompatibles con los fines de la *esfera pública* en las decisiones legislativas. Los segundos -derechos económicos, sociales, culturales y ambientales- constituyen la garantía positiva, ya que imponen las condiciones básicas de igualdad, universalidad y paz que deben regir las decisiones adoptadas por los poderes constituidos, siempre sostenidas en términos de legalidad conforme a los derechos humanos.

De tal manera, que ambos grupos de derechos, en su articulación, buscan salvaguardar la soberanía popular frente a las mayorías y los órganos del poder constituido. Cuestión que sólo es posible si el discurso democrático se produce, necesariamente, a través de la constitución.

Para explicar mejor lo anterior Luigi Ferrajoli sostiene que la democracia y el Estado de derecho mantienen una relación que condiciona tanto la *forma de gobierno como la estructura del poder jurídico*<sup>65</sup>. La primera se define mediante el ejercicio de derechos civiles y políticos -*secundarios*- a través de los cuales se puede designar a *quienes* ejercerán las funciones públicas. Es decir, que mediante la celebración de elecciones formales, periódicas y directas se puede convenir o reconvenir *como* conformar determinado sistema político-institucional.

De esta manera se pone en marcha, por un lado, la aplicación del sistema de reglas constitucionales procedimentales, mediante las cuales se describen,

---

<sup>65</sup> Ferrajoli, Luigi (1995), *Óp. Cit.*, p. 858

facultan, delimitan y regulan las formas en que se designan las competencias del poder. A la mayoría se le permite, legítimamente, elegir *quien* representa sus intereses y necesidades, también el *cómo* será la fórmula política mediante la cual dicha representación se ejercerá. Según Ferrajoli, esto define el discurso de *lo decidible*, pues desde la democracia formal se abren las posibilidades de la conformación de los órganos institucionales de una sociedad determinada. Esto, a su vez, sólo puede impulsarse a través de los derechos de autonomía, los cuales implican *poderes individuales* capaces de tener consecuencias en el espacio personal de otro.

En ese sentido, se distingue la autonomía política, que desemboca en la posibilidad de otorgar legitimidad a la representación, siempre y cuando se garanticen y ejerzan libremente derechos como el sufragio, a la participación política, la oportunidad de postulación y aspiración de cargos públicos y la libertad de expresión y asociación. Estos derechos, considerados fundamentales, indisponibles e inviolables pertenecen a la *esfera pública*<sup>66</sup>, en la que se busca dar desarrollo a las necesidades e intereses sociales mediante funciones constituidas por los poderes públicos.

Por otro lado, la autonomía civil, perteneciente a la *esfera privada* se expresa en las relaciones horizontalmente estructuradas mediante los derechos reales consagrados en los códigos civiles. Estos se caracterizan por ser excluyentes, disponibles y negociables, y se relacionan con la lógica del capital, el mercado, las cosas y las relaciones de dominación entre particulares.

Esta distinción sitúa a los derechos *secundarios* como la regla de reconocimiento del *cómo y quién* decide, sobre *quiénes y de qué manera* se dará desarrollo a las dimensiones de la política y el mercado. Además, clarifica -por sus rasgos- el papel que el garantismo constitucional asigna a estos derechos: el delimitar su función, restringir su poder y asegurar la coherencia de sus actos con lo legítimamente decidible.

---

<sup>66</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p. 162

La conformación de la dimensión de lo *decidible* es, por tanto, la consecuencia del ejercicio -y del eventual abuso- de las posibilidades ofrecidas por democracias puramente formales. Ferrajoli apunta que esto se deriva del uso ideológico y práctico que los poderes políticos, económicos y del mercado hacen del modelo de la *democracia liberal*, lo cual ha conducido al agotamiento de la fuerza positiva de las mayorías y a una ultra valoración de la representación como única regla de reconocimiento de las decisiones.

Por una parte, esto ocurre porque la simplificación de la democracia al mero procedimentalismo derivó en el aprovechamiento de las mayorías para legitimar crímenes de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Antes de este momento histórico, el propio Ferrajoli considera que la *democracia liberal* replicaba un modelo garante de "...libertades individuales, por el respeto del disenso y de las minorías, por la defensa del estado de derecho y la división de poderes..."<sup>67</sup> el cual terminó degenerando, por la fuerza, en un absolutismo político. Por otra, este mismo proceso propició un desprecio por las reglas, límites y prohibiciones impuestas al mercado, la empresa y el capital respecto de los derechos *primarios*, abriendo camino al crecimiento de la pobreza, el hambre y la explotación laboral, fenómenos que llegaron a sobrepasar la capacidad de contención de los sistemas democráticos en el Sur Global o fuera de occidente<sup>68</sup>.

En consecuencia, el *pacto social* que justifica la vida civil -fundado en la conservación de la vida, la libertad y la intervención popular en las decisiones- se ve transformado por un absolutismo de los poderes públicos y privados, interesados en obtener un oportuno dominio de la producción del derecho positivo. Está, en su papel de artificio, termina siendo contraria al saneamiento de los tantos riesgos artificiales de la vida en sociedad causantes de *dolor*: los infligidos, cuando son ocasionados o mandados por particulares o poderes públicos, y se sostiene por contradicciones normativas, dónde normas de jerarquía menor contradicen a las de rango ulterior. Ejemplos de esto son la sobrevaloración de la pena de prisión del

---

<sup>67</sup> Ferrajoli, Luigi (2008) *Óp. Cit.*, p. 26

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 59

sentenciado frente al derecho de reparación del daño a la víctima, la injustificada aplicación o prolongación de la prisión preventiva, o incluso la monopolización de la libertad de expresión por parte de medios de comunicación con gran influencia económica y política, controlando la incertidumbre con relación a los escenarios legislativos y democráticos, condicionando votos a través de la filtración de información presentada como verdadera, generando decisiones públicas - regulatorias o desregulatorias- a favor de intereses privados. Sufridos, en tanto se naturalizan cada vez más los peligros estructurales causados por la urbanización, la exclusión del campo y el racismo en las sociedades, manifestados "...como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia"<sup>69</sup>. Todos estos fenómenos derivan de la inobservancia de las obligaciones y vínculos jurídicos que representan los derechos sociales, o incluso de la ausencia de garantías legislativas en las leyes o en la propia Constitución.

En suma, se trata de violaciones a derechos humanos imputables directamente a la actividad legislativa -ya sea por acción u omisión- pero que se tornan irremediables mientras la legitimidad de la representación se siga avalando únicamente a través del procedimiento del voto. Esta legitimidad aparente, que se presenta como la expresión de los intereses de la mayoría o del pueblo, termina por abrir paso a voces parlamentarias anti garantistas en función de los deseos patrimoniales del mercado y los institucionalmente excluyentes de la política.

Así, mientras las libertades y derechos de *todos* permanezcan subordinados al discurso ideológico del mercado, la democracia formal será instaurada como un mero mecanismo de discrecionalidad del poder. No obstante, no se niega que lo *decidibe* sea, per se, un *sine qua non* de la posibilidad democrática; más bien, lo que se persigue es limitar sus efectos sobre las esferas primarias de los demás.

En este sentido, las normas procedimentales constitucionales sobre lo que sí puede decidirse sólo deben entenderse como válidas para la delimitación de funciones y como vínculos operativos dirigidos a orientar las decisiones sociales

---

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 123

hacia la satisfacción de derechos, sin que exista facultad de discreción para impedir su reconocimiento legal. Estas normas deben contemplarse exclusivamente para hacer valer y fundamentar decisiones de carácter formal o procedimental por consenso mayoritario; sin embargo, no para decidir si la *esfera privada* debe tener primacía sobre la pública.

Este *nexo* entre lo decidible y la forma de gobierno permite que la función del poder político se configure como la expresión de la voluntad popular y, en sí misma de las mayorías. No obstante, existe otro nexo más fuerte que proviene de los elementos sustanciales que conforman tanto la soberanía como los derechos humanos, y que no sólo agudiza las funciones del poder, sino que también otorga legitimidad garantista a sus actos.

De este modo, la concreción de la voluntad mayoritaria a través de las formas procedimentales y de lo *decidible* -a través de la representación y la legislación- debe estar subordinada al rango normativo superior que ocupan los derechos humanos. Estos derechos, en cuanto normas primarias, confieren titularidad inmediata a *todos* sin condición alguna, y son inviolables e indisponibles dado que protegen bienes fundamentales<sup>70</sup> que no pueden ser objeto de apropiación ni quedar desprotegidos del andamiaje legal necesario que prohíba su apropiación o del que obligue a satisfacerlos institucionalmente frente a los espacios discrecionales de los *derechos-poderes* civiles y políticos.

Por lo tanto, la discrecionalidad del poder representativo debe estar mayormente arraigada en la sustancialidad del derecho, siempre que la legislación sea capaz de negar todo contenido normativo que pretenda subordinar los derechos humanos a los intereses de la *esfera civil* de la democracia. Esto implica que los derechos no deben limitarse a otorgar poder, sino que deben empoderar, es decir, constituirse como límites y posibilidades materiales que impidan que las capacidades económicas o el individualismo político sean consideradas como

---

<sup>70</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b) *Óp. Cit.*, p. 255

fundamento legítimo del poder público o privado para transformar la legalidad arbitrariamente.

Ante esta posibilidad, Ferrajoli introduce una nueva dimensión frente a la insuficiencia de la democracia formal. Esta dimensión, al estar vinculada al *nexo indisoluble* entre Constitución y derechos humanos, establece que sean estos los que prevalezcan y delimiten los alcances de las esferas de lo político y lo privado. Mientras que la anterior dimensión se identifica en su relación con el Estado de derecho por su *forma política*, esta nueva constituye la condición sustancial que legitima la *estructura del derecho*, en tanto sea capaz de ajustarse a los términos de la soberanía popular; es decir, a la igualdad de todos en el acceso, satisfacción y garantía de los derechos humanos.

En resumen, la democracia formal identificada con la tradición *legalista* representante del monismo productivo del derecho, derivó en la exclusiva observancia de los procedimientos de confección de leyes. Estos procedimientos se volvieron posibles a través del ejercicio de la función legislativa, consecuencia directa de la elección parlamentaria. Así, se terminó por consagrar la superioridad jurídica de los procedimientos sobre la sustancia de los derechos humanos.

Ante esta postura del *legalismo* Ferrajoli reubica su naturaleza formal dentro de la *esfera de lo indecible*. Esta se estructura a partir del reconocimiento de los textos constitucionales como normas de máxima jerarquía jurídica, en cuanto productos de la democracia constituyente. Dichas normas, al agregarse a la dimensión procedimental establecen los límites y vínculos que definen la naturaleza de los derechos humanos -en tanto normas jurídicas- y a su vez, los espacios donde no es lícito decidir o dejar de hacerlo.

Como consecuencia, se afirma un principio fundamental: la simple legalidad debe someterse al derecho constitucional; la política al derecho y, por tanto, el poder a los contenidos sustantivos de los derechos humanos<sup>71</sup>. Esta concepción del derecho enuncia que su estructura normativa es el primer frente social de defensa

---

<sup>71</sup> *Ibid.* p. 32

ante las violaciones del programa constitucional, la cual encuentra su fundamento en el discurso histórico de las revoluciones obreras del siglo XIX -que lucharon establecer los espacios inviolables por la empresa y el capital- y en las constituciones sociales del siglo XX, que consagraron derechos para las minorías tradicionalmente excluidas de la política mayoritaria.

Al tratarse de la condición de la *estructura del derecho*, lo *indecidible* compone para Ferrajoli una *noción jurídica* apuntalada en el *punto de vista interno* del sistema normativo. Básicamente definida desde la tradición liberal que impone límites legales al poder, desde la decisión de las mayorías hasta las de la representación política extrayéndoles la facultad de reformar a discreción a la Constitución. Esto mediante una doble dimensión de indecibilidad: *absoluta* cuando se pretende suprimir en su totalidad el contenido sustantivo de la Constitución, por su importancia en el esquema de derechos humanos; y *relativa* cuando su transformación, aunque tenue, tenga por objeto modificar el programa primigenio agravando los procedimientos<sup>72</sup> de reforma.

Por otro lado, lo *indecidible* al reconocer el carácter de *poderes* de autonomía a los derechos de carácter patrimonial -que pueden representar riesgos frente a los *bienes fundamentales* o los *derechos primarios*- delimita un espacio prohibido al *que no* pueden acceder el mercado y los particulares incluso en función de intereses de la mayoría. Así, frente al uso ideológico de la *democracia liberal*, lo *indecidible* impide que la política y el capital diluyan la frontera de separación entre la *esfera pública* y la *privada*. Ya que de lo contrario, se reducirían las diferencias entre la representación de los intereses de *todos* y los intereses de particulares, convirtiendo a la producción legislativa en un espacio de negociación entre quienes detentan funciones públicas y quienes concentran la mayor fuerza económica<sup>73</sup>.

No obstante, su cara prohibitiva-limitativa sobre *lo que debe no decidirse*, sea en la dimensión democrática o en las prácticas de las regulaciones legislativas, lo *indecidible* es también la función operativa de las obligaciones del poder público en

---

<sup>72</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, pp. 102-103

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 272

cuanto tengan *qué no dejar de decidir* sobre las condiciones sociales y de libertad de los derechos. Para Ferrajoli, el valor trascendental de lo *indecidible* radica precisamente en esa doble dimensión: por un lado, *lo que no puede decidirse*, por qué involucra derechos y libertades *-bienes fundamentales-* que el mercado tiende a mercantilizar y convertir en objetos de apropiación, especialmente cuando carecen de una regulación sólida o son desregulados bajo el amparo de la legalidad; por el otro, *lo que no puede dejar de decidirse* que constituye el campo obligatorio de acción del Poder Legislativo en función de los derechos sociales, cuya satisfacción de garantías fuertes -al tratarse de expectativas prestacionales- vinculadas a lo relativo<sup>74</sup> de lo *común y lo social*<sup>75</sup>.

En consecuencia, estos derechos que por su importancia y naturaleza componen límites y obligaciones sustanciales frente a las decisiones de la democracia formal, actúan como *contra-poderes*<sup>76</sup>. A mayor garantía de su efectividad, exigibilidad y materialidad -cuyo cumplimiento recae principalmente en la función legislativa-, mayor será también la capacidad de medir el grado de ilegitimidad o de invalidez de las decisiones del poder constituido, incluida la representación política. Por ende, se amplía el margen de defensa de los derechos frente a las estructuras de dominación de los más fuertes<sup>77</sup>.

El discurso de la democracia constitucional, en los sentidos expuestos, constituye una respuesta defensiva frente a las amenazas tanto de las mayorías como de los particulares más fuertes económicamente, quienes tienden, de forma natural, a establecerse en las formas del absolutismo. Estas les permiten controlar, mediante el poder de la representación política la dimensión sustancial de la democracia, especialmente cuando los derechos se reducen a meras enunciaciones normativas sin un respaldo legislativo que garantice su efectividad material.

---

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 103

<sup>75</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p. 255

<sup>76</sup> Ferrajoli, Luigi (2011), *Óp. Cit.*, p. 36

<sup>77</sup> Ferrajoli, Luigi, (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, p. 273

Desde la perspectiva garantista, por tanto, deben existir estructuras normativas sólidas que legitimen y delimiten el ejercicio del poder, recurriendo al juicio clásico de Montesquieu, quien afirmaba que:

Para que no pueda abusarse del poder, es absolutamente preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder. Una constitución puede ser tal que todos se vean obligados a hacer lo que la ley no les manda, y a no hacer lo que les permite<sup>78</sup>.

En esta línea, lo *indecidible* es hermético y no disponible para las decisiones discrecionales del poder, precisamente por mandato de los contenidos constitucionales, que constituyen normas fundamentales emanadas de los *fragmentos de soberanía* en tanto fuente original del derecho. Estas normas, al ser impuestas como obligaciones y prohibiciones al poder constituido, condicionan las decisiones que deben adoptar para sus garantías.

En consecuencia, la representación política -principalmente delegada en el legislativo- está vinculada a estos contenidos constitucionales bajo pena de ilegitimidad e invalidez, siempre que, contrariando tales normas de rango superior, convierta la producción legislativa en un instrumento para erosionar el alcance de los *contra-poderes* frente a los derechos *exclusivos* y a los supuestos contrapesos entre el poder público.

## 5. Funciones garantes de los poderes constituidos

Las *esferas de lo decidible y lo indecidible* también operan como un criterio para reestructurar<sup>79</sup> la clásica división de poderes fundamentada en el pensamiento de Montesquieu. Según la distinción realizada por el filósofo francés en los Estados regidos por una Constitución se configuran tres tipos de poderes<sup>80</sup>:

---

<sup>78</sup> Montesquieu, (2018), *El espíritu de las leyes*, Ediciones y Recursos Tecnológicos S.A. de C.V., p. 160

<sup>79</sup> Ferrajoli, Luigi, (2008), *Óp. Cit.*, p. 126

<sup>80</sup> Montesquieu, (2018) *Óp. Cit.*, p. 161

- El legislativo facultado para la expedición de leyes confiado en la magistratura<sup>81</sup>;
- El ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes con funciones de seguridad interna, externa y diplomáticas ejercidas por el gobierno administrativo;
- El ejecutivo de las cosas que pertenecen a lo civil o también llamado Poder Judicial encargado de la tutela penal y la resolución de controversias entre particulares.

Esta división tiene como principal función la de garantizar la libertad política de los ciudadanos, la cual -a juicio de Montesquieu- no puede considerarse segura si alguno de estos poderes converge total o parcialmente en una sola persona o cuerpo colegiado<sup>82</sup>. Esta aseveración, influyó decisivamente en la inclusión de la división de poderes como principio esencial de las primeras cartas de derechos y en el constitucionalismo europeo<sup>83</sup> de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo a la luz de los criterios que establece el garantismo - particularmente la distinción entre lo procedimental y lo sustancial en el plano constitucional- resulta necesario evaluar si la tesis montesquiana sigue siendo suficiente, en el actual paradigma de la democracia constitucional, para garantizar los derechos humanos.

De acuerdo con el esquema tradicional, la división permite distinguir entre los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) responsables de la producción normativa y de la administración pública, y el judicial encargado exclusivamente de la interpretación de las leyes. Esta separación buscaba asegurar la independencia entre el legislativo y el judicial frente al poder absoluto del monarca, príncipe, presidente, etc<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Esto es en el sentido romanista que designaba a un cuerpo de ciudadanos para ejecutar un mandato político o de gobierno, situado en el pensamiento de Montesquieu con el objeto de la producción legislativa.

<sup>82</sup> Montesquieu (2018), *Óp. Cit.*, p. 162

<sup>83</sup> A manera de esbozo, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en su artículo 19 sentenciaba: *“Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”*.

<sup>84</sup> Ferrajoli, Luigi (2008), *Óp. Cit.*, p. 105

No obstante, la noción de lo *indecidible* en el marco garantista introduce funciones no teorizadas en aquel modelo. Por un lado se identifican las *funciones de garantía*, ligadas a la esencia del poder independiente -básicamente el judicial- y a su sujeción estricta al principio de legalidad. Estas funciones son propias del ámbito de lo *indecidible*, es decir, de aquellas zonas normativas que no están disponibles para la discrecionalidad de la representación política.

Por otro lado, las funciones ligadas a lo *decidible* se estructuran en torno a las acciones u omisiones del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, es decir, las funciones de gobierno, susceptibles de ser orientadas por la mayoría, pero siempre limitadas por el marco normativo de los derechos.

Para Luigi Ferrajoli, la partición de las funciones del poder responde a la necesidad de reestructurar el modelo ilustrado de la división clásica, al considerarlo inadecuado -cuando no insuficiente- dentro del paradigma de la democracia constitucional, por al menos dos motivos.

En primer lugar, por la complejidad que supone la incorporación de los derechos sociales al texto constitucional. Estos, por su naturaleza prestacional no son fácilmente identificables ni garantizables mediante las funciones clásicas de gobierno atribuidas al legislativo y al ejecutivo. Esta insuficiencia se vuelve evidente al considerar, que en el Estado de derecho contemporáneo es precisamente el Poder Ejecutivo el encargado de poner en marcha las acciones positivas necesarias para la realización de derechos como la educación, la salud, la seguridad social, etc. Sin embargo, dichas funciones terminan siendo delegadas a los órganos de la administración pública entendidos como instituciones auxiliares del poder de gobierno del ejecutivo.

Esta estructura clásica genera una contradicción práctica: si bien el Poder Ejecutivo tiene un origen y finalidad centrados en la ejecución de políticas de seguridad (interna y externa) y en funciones fiscales -ellas propias de la esfera de lo *decidible*-, se le encomienda, sin embargo, la realización efectiva de derechos humanos que pertenecen a la esfera de lo *indecidible*. Estos últimos requieren ser desarrollados a través de *funciones de garantía*, orientadas exclusivamente al

cumplimiento de los mandatos constitucionales y no al arbitrio político o presupuestario.

De ahí que resulta inadecuado que las funciones de la administración pública dependan jerárquicamente del Poder Ejecutivo, pues ello condiciona la materialización de los derechos sociales a una lógica política y fiscal que distorsiona su naturaleza garantista. La subordinación administrativa a estructuras de poder típicamente decisionales compromete la autonomía técnica, jurídica y presupuestaria necesarias para garantizar derechos fundamentales sin interferencias. Además, este modelo es también insuficiente, al quedar expuesto a los condicionamientos políticos derivados del *spoil system*<sup>85</sup> -la distribución de cargos públicos con fines partidistas- que introducen una lógica clientelar en instituciones llamadas a actuar con neutralidad constitucional.

Por otro lado, esta misma relación de dependencia compromete seriamente la separación real de poderes, pues en la práctica el presidencialismo, al ser el producto de la democracia formal altamente ideologizada, facilita el sometimiento de los órganos legislativos al ejecutivo, o bien, la *coparticipación*<sup>86</sup> entre ambos poderes para bloquear programas de contenido garantista.

El segundo motivo radica en la distinción entre las fuentes de legitimación de los poderes y el carácter de sus funciones. Los poderes políticos están anclados a la puesta en marcha de las funciones de gobierno, las cuales requieren del respaldo de lo *decidable* -esto es, de la legitimidad derivada del principio de mayoría- para ser válidamente instituidas. En este sentido, el voto es su fuente de legitimación, y de él se derivan la actividad legislativa como la ejecución política a través del ejecutivo y su aparato administrativo dependiente.

En cambio, los poderes independientes -el judicial y las instituciones de la administración pública- que en la reestructuración ferrajoliana configuran *funciones*

---

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 105. El autor toma de ejemplo el fracaso del Estado social en los Estados Unidos. A consecuencia de la implementación del *spoil system*. Si bien, Ferrajoli no explica su composición puede sumariamente describirse como el desarrollo de una política que permita establecer en puestos públicos y de gobierno a los simpatizantes de la que se encuentra en turno, con el objetivo de hacer perdurar sus fines.

<sup>86</sup> *Ibid.* p. 106

de *garantía*, encuentran su legitimación no en el consenso electoral, sino en la sujeción infranqueable a la ley sustancial contenida en la constitución. Es decir, su autoridad no proviene de una mayoría circunstancial sino del mandato normativo de lo *indecidible*, que establece los contenidos inviolables de los derechos humanos y los límites materiales al ejercicio del poder.

Así, puede deducirse que para el avance performativo de un esquema de separación y división de poderes en talante garantista, es imprescindible diferenciar con precisión las funciones de cada poder. Para Ferrajoli, los poderes de garantía, al estar investidos de tareas sustanciales, requieren el uso de acciones cognoscitivas, las de aplicación de criterios racionalidad práctica y sustantiva, más allá de una obediencia directa a la simple legalidad. No obstante, esta capacidad interpretativa no les confiere legitimidad para producir derecho pues su función es la de aplicación e interpretación conforme a los contenidos constitucionales.

Por su parte, los poderes políticos, revestidos de *funciones de gobierno*, conservan un “...*poder de disposición* y de producción e innovación jurídicas, legitimado por el consenso popular”<sup>87</sup>, como señala el propio Ferrajoli. Pero esta legitimidad fundada en lo *decidible*, no autoriza su intervención discrecional en el ámbito de lo *indecidible*. Al contrario, les impone una estricta sujeción a los límites constitucionales, de los cuales derivan obligaciones normativas concretas e inderogables.

No obstante, esta configuración no cierra totalmente el campo de lo *decidible* en el marco del garantismo. Por el contrario, reconoce su función medular en la dimensión proyectiva e innovativa del ordenamiento jurídico, en tanto la legislación tiene la tarea de construir y dotar contenido institucional a los derechos garantizados en la constitución. Todo derecho humano requiere, para convertirse en garantía efectiva, de una acción normativa que lo inscriba en el derecho positivo y les otorgue fuerza vinculante frente a los poderes constituidos.

---

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 107

Por lo tanto, la función legislativa se revela como eje decisivo del sistema garantista, no sólo por su rol en la formalización jurídica de los derechos, sino también porque de su acción -o inacción- depende en gran medida el grado de legitimidad práctica del sistema jurídico en su conjunto<sup>88</sup> y la posibilidad de innovar tanto las instituciones estatales como el derecho positivo.

## 6. Representación y legislación.

Ahora bien, la función innovativa del legislativo debe estar enfocada a la instrumentalización de la legalidad como garantía, no sólo para reforzar la *esfera pública*, sino también para dar cumplimiento al amplio esquema de necesidades e intereses del pueblo. Es decir, que el rol del derecho positivo y la legislación no sólo se reduce a fortalecer el programa jurídico que sustenta las funciones de los poderes garantes; más aún, y a pesar de las transformaciones en clásica división de poderes, dicha función innovativa constituye la base para edificar un Estado constitucional democrático y de derecho en vías de satisfacer las exigencias normativas del constituyente.

Son precisamente estos intereses y necesidades del constituyente - entendidos como el mandato fundacional del poder soberano originario- los que deben guiar dicha función legislativa. De tal manera, que adquieren una especial relevancia al imponer las pautas para estructurar un derecho que refleje las expectativas materiales de una vida digna. Y es en atención a esta orientación normativa, que con vistas a garantizar, en parte, una participación formal en la construcción del derecho, que la teoría garantista también responde a las implicaciones que sustentan a la representación del pueblo en los espacios de la política.

Para Luigi Ferrajoli, la representación política es un *poder de decisión* de carácter normativo, el cual se inscribe en el marco del *iusconstitucionalismo*, y se presenta como una *convención* destinada a resolver el conflicto estructural entre

---

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 109

democracia y Estado de derecho. Dicho conflicto reside en la tensión entre el poder soberano del pueblo para dictar su voluntad mediante la legislación y el carácter heterónomo, monista y cerrado del derecho positivo.

En primer lugar, el *poder de decisión* es comprendido como una modulación deóntica, esto es, como la capacidad normativa de calificar determinados comportamientos como obligatorios, permitidos o prohibidos. En este sentido Ferrajoli distingue dos formas de representación según el carácter de los intereses que tutelan.

La primera se refiere a los llamados *derechos-potestades*, aquellos que habilitan a los sujetos para realizar determinados actos jurídicos, sin facultar la alteración de su contenido ni sus efectos, los cuales ya están predeterminados por preceptos jurídicos. Ejemplo de ellos son el derecho al voto, el derecho a contraer matrimonio o el derecho de disposición sobre la propiedad privada. Se trata de derechos cuyo ejercicio se circunscribe en la esfera individual de los sujetos -que actúan en nombre propio-, y por tanto, vinculados a los *derechos secundarios o de autonomía*, y caracterizados por su disponibilidad, su contenido relacional y su operatividad en el marco de la libertad personal.

A diferencia de ésta primera modalidad- que por su naturaleza deóntica, constituye una *facultad individual*- Ferrajoli distingue el *poder de decisión* que deriva del efecto constitutivo de las decisiones de autonomía en colectividad, es decir, aquellas adoptadas por convención de múltiples sujetos. Ejemplo de ello son las potestades delegadas para representar a una persona jurídica, o las de carácter político, que se insertan en el deber materializar la voluntad del pueblo.

La representación política en este marco, es conferida a agentes que intervienen activamente en el desarrollo de la *esfera pública*, y que tienen a su cargo la tutela de los intereses de *todos*<sup>89</sup>. A diferencia de un derecho subjetivo o potestativo -ejercido en interés propio por la autonomía del sujeto-, la representación política comporta una *función* que, en palabras del propio Ferrajoli, consiste en:

---

<sup>89</sup> Ferrajoli, Luigi (2013a), *Óp. Cit.*, p. 570

“...todo poder imputado a un sujeto con la obligación de ejercerlo para satisfacer las expectativas y los intereses de otros sujetos...<sup>90</sup>”.

Esta forma de representación, a su vez produce *poderes discrecionales*, esto es, poderes de configuración normativa mediante las funciones institucionales de *gobierno y disposición* de la legislación. Tales poderes son propios del legislativo, cuya tarea consiste en edificar el andamiaje jurídico del Estado, y por tanto diferentes de las funciones *de garantía*, que necesitan una base jurídica constituida para su correcta operación y vinculación a la sustancialidad de la ley.

Sin embargo, el Poder Legislativo no es absoluto, ya que se encuentra condicionado tanto formal como sustancialmente por la constitución. Esta doble sujeción implica, primero, un límite impuesto derivado de las autonomías políticas al establecer las reglas de representación y procedimiento; y segundo, una restricción sustantiva al momento de legislar, pues toda producción normativa debe respetar los límites y mandatos de la Constitución<sup>91</sup> y los derechos humanos que esta consagra.

Esta articulación deóntica del *poder de decisión* permite comprender que la facultad que detenta la representación política para deliberar sobre los intereses que le han sido conferidos debe ejercerse con plena fidelidad a la sustancialidad democrática y constitucional. Es decir, los intereses públicos que preceden al acto de legislar, deben estar plenamente representados al momento de la discusión parlamentaria, mientras que los intereses de carácter individual o privado -propios de la esfera de la autonomía- debe ser excluidos con el fin de evitar los *conflictos de intereses*<sup>92</sup>, la captura institucional o los sometimientos del poder de legislar a las demandas de actores privados o las motivaciones patrimoniales de los individuos a los que se delega la representación.

Así surge una obligación ambivalente: al tiempo que el ejercicio de la representación política es una potestad conferida por la ciudadanía, su

---

<sup>90</sup> *Ibid.* p. 571

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 568

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 572

incumplimiento da lugar a una ilegitimidad -e incluso invalidez- del acto y las decisiones legislativas. El silencio o la omisión de la función representativa frente a las expectativas normativas para las que fue conferida, constituye una violación a la obligación de dar "...garantía de las expectativas e intereses para cuya tutela son conferidos..."<sup>93</sup>, siempre que tal discreción no haya sido permitida explícitamente por el constituyente.

Por tanto, la validez del ejercicio del Poder Legislativo está sujeta a dos condiciones sustanciales: que su actividad se ajuste a los procedimientos establecidos para la producción jurídica del derecho positivo, y que sus decisiones sean parangonables con el significado sustantivo de la constitución.

La segunda noción del constitucionalismo garantista sobre la representación política es la que le confiere el carácter de *convención social*. Está como hemos señalado, constituye para Ferrajoli la consecuencia del conflicto entre la voluntad del pueblo y la producción de derecho positivo. La convención -al igual que la Constitución- es efecto de un proceso democrático, aunque solamente formal, dado que la regla de la mayoría, si bien es su principio de reconocimiento, constituye también su mayor debilidad al permitir que los intereses pueblo puedan ser fácilmente subrogados por la discrecionalidad<sup>94</sup> de los representantes.

Desde esta perspectiva, resulta para Ferrajoli insuficiente -además de contrario a la visión garantista- suponer la existencia de una voluntad unívoca, firme y sostenida por parte de los gobernantes para desarrollar los intereses de los gobernados. De hecho, considera que la representación no puede equipararse a un mandato imperativo mediante el cual el representante estaría jurídicamente obligado a ejecutar fielmente la voluntad de los electores, y así satisfacer sus intereses<sup>95</sup>. Esta concepción idealista se acerca más a una noción rousseauiana de una democracia plena, la cual es de hecho nunca realizable, ante la imposibilidad

---

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 572

<sup>94</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p 165

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 166

práctica de que el pueblo se reúna<sup>96</sup> de forma constante y directa para decidir el contenido de la ley.

Así, aunque la regla de la mayoría constituye el mejor mecanismo para concretar la democracia directa, no es, sin embargo, el más adecuado para expresar la voluntad popular en la producción normativa. Al tratar esta problemática, Ferrajoli recupera la tesis de Kelsen, quien denuncia la falacia contenida en el imaginario político que concibe al pueblo como legislador<sup>97</sup>, cuando en realidad no es más que la compresión de votos para la creación del órgano legitimado para realizar esta función.

Esta tesis sirve para desenmascarar otras falacias comúnmente atribuidas a la formación de la representación política, fundadas en una concepción excesivamente *potestativa* del sujeto político individual que termina por asumir erróneamente, la posibilidad de una unificación absoluta de la voluntad<sup>98</sup> popular. Ferrajoli, identifica cuatro errores fundamentales en esta visión:

- a) la creencia de que la representación formal es la voluntad unitaria de todos los electores;
- b) La suposición de que la voluntad de la mayoría de los representantes refleja automáticamente la voluntad mayoritaria de los representados;
- c) la idea de que la voluntad de la mayoría de los elegidos sirva para expresar la voluntad unitaria de todo el pueblo, y
- d) la noción -propia del imaginario populista- según la cual representantes políticos electos encarnarían orgánicamente a la mayoría misma, actuando como su manifestación natural y directa, e incluso como la voluntad del pueblo personificada.

Este articulado de expresiones falsas sirve para ocultar la radical tensión, que desde el concepto de Constitución pacticia, se ha venido presentando como un

---

<sup>96</sup> Rousseau, Jean-Jacques (2003), *El contrato social o principios de derecho político*, Editorial La Página S.A., p. 146

<sup>97</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p. 167

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 173

*conflicto* persistente entre los intereses comunes o de todos, y los intereses patrimoniales o particulares. Una tensión que atraviesa toda la estructura del poder representativo y que no excluye, ni puede excluir a los propios funcionarios elegidos<sup>99</sup>. Así, la idea de que los representantes son la encarnación automática del pueblo, más que reflejar una realidad democrática, sirve de herramienta ideológica que empaña la conciencia frente a la posibilidad de subordinación de la legislación a intereses privados, y que debilita el carácter garantista de la democracia constitucional.

El riesgo de concluir que la democracia es simplemente la expresión de la mayoría deriva en una ideología según la cual los representantes electos afirman ser la forma orgánica del pueblo y que inevitablemente pueda visualizarse en significado totalitario<sup>100</sup>. Ferrajoli sostiene que, para prevenir la aparición de estas distorsiones democráticas, la mejor garantía consiste en eliminar los sistemas de escrutinio uninominal, ya que por su naturaleza, excluyen sistemáticamente a las minorías, haciendo irrelevante su participación dentro de un esquema mayoritario<sup>101</sup>. Este método no haría más que auto legitimar a la parte vencedora y rechazar a los “sistemas de mediaciones, vínculos, controles, contrapesos y equilibrios de poderes que forman la sustancia de la democracia constitucional<sup>102</sup>”.

En cambio, el sistema de escrutinio proporcional sería la forma más adecuada de democracia representativa, al constituir “...la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación...”<sup>103</sup>. Este sistema permite vincular a la representación a las exigencias deónticas garantistas, haciendo posible que aunque de manera discrecional se sometan a deliberación diversos intereses en el espacio legislativo, se asegure que los funcionarios electos mediante la intervención de múltiples partidos políticos sean “...intérpretes y por así decirlo en órganos de su base social e instrumentos de la participación de los ciudadanos en la vida

---

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 173

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 172

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 179

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 174

<sup>103</sup> *Ibid.* p. 180

política<sup>104</sup>". Así la pluralidad, la heterogeneidad social de intereses y el conflicto - que constituyen el presupuesto mismo de la democracia- estaría representado, y no reducidos a la formación de voluntades unitarias y generales, muchas veces superadas por intereses patrimoniales que tratan de fraccionar a la complejidad social.

De esta manera, la democracia parlamentaria proporcional representa la posibilidad de actuación de todo el pueblo como *fragmentos de soberanía*, al abrir la posibilidad de que sean escuchadas las voces de las minorías y sin perder, por mandato del constituyente, el principio de igualdad, la satisfacción mínima de derechos y el derecho mismo a participar en la producción legislativa mediante la elección de sus representantes. Contrario a ello, unificar la voluntad de todos bajo un sistema uninominal implicaría negar las garantías constitucionales a la representación de intereses, lo que provocaría "...la concentración en las mismas manos de los poderes de gobierno, de un enorme número de intereses y de poderes económicos y financieros..."<sup>105</sup> difuminando a la política en los espacios del mercado. Esto conlleva a la disolución de la representación política en la ilegitimidad y al debilitamiento de las garantías constitucionales parlamentarias<sup>106</sup> que obligan a la expedición de leyes acorde a sus contenidos. Además, abriría la posibilidad de reformas con rasgos excluyentes o diseñadas exclusivamente en favor de grupos o colectivos más fuertes, haciendo de la sustitución de la *esfera pública* por la *privada* el primer paso de un proceso deconstituyente en manos de las mayorías<sup>107</sup>.

No obstante, Ferrajoli argumenta que la democracia directa, pese a ser cuestionada desde la perspectiva rousseauiana, no es en absoluto imposible de concretar ni de traducir en un mandato imperativo que exija la satisfacción de los intereses del pueblo, imponiendo al representante la obligación de realizarlos. En este sentido, bajo pena de incumplimiento pueden ser revocados los cargos representativos, haciendo que la regla de reconocimiento de la mayoría se

---

<sup>104</sup> *Ibid.* p. 180

<sup>105</sup> Ferrajoli, Luigi (2011), *Óp. Cit.*, p 53

<sup>106</sup> Ferrajoli, Luigi (2013b), *Óp. Cit.*, p. 182

<sup>107</sup> Ferrajoli, Luigi (2011), *Óp. Cit.* pp. 49-50

condense en una simple convención de representación jurídica, similar a la que rige en las sociedades mercantiles. Por ello sería riesgoso permitir la existencia de mecanismos de revocación que puedan ser apropiados por los grupos más fuertes -económica o políticamente- en detrimento de las comunidades o partidos políticos, ya que ello los dotaría una de ineffectividad de hecho<sup>108</sup>. En efecto, se ha señalado que el propio garantismo, no es ingenuo; por el contrario, es plenamente consciente de que los intereses que logran interponerse desde el origen en las *funciones de gobierno* son rara vez similares a los del pueblo. Además, la reglamentación de un mandato imperativo en la representación implicaría un desvalor para la regla de la mayoría, al limitar el alcance de lo que es legítimamente decidible en el marco democrático.

A causa de esto, según Ferrajoli, los representantes no son responsables por el incumplimiento de las expectativas de *todos*, salvo en aquellos casos en que la voluntad del pueblo sea negar el depósito de sus intereses a través del ejercicio electoral periódico directo. Esto se debe a la *ficción política*<sup>109</sup>, sobre la que descansa la fórmula de Kelsen, en la que la representación no es producto de la voluntad de los electores sino de todo el pueblo, garantiza al menos que estos sean responsables en la condición de que sean votados o no, y por lo tanto pueda darse la organización de los electores para la participación en la vida política de la sociedad, en las *funciones de gobierno* y en el control popular mediante el juicio electoral de la no reelección.

Así, el subrogado débil de la democracia directa en la representación política<sup>110</sup> puede, en cierta medida, aliviar la tensión entre las expresiones formales de voluntad de *todos* en la formación de la propia representación y el eventual ejercicio de *disposición* de la innovación normativa por la *función de gobierno* del Poder Legislativo a la que está constitucionalmente obligada. Debido a que al mismo tiempo, la representación política debe respetar sustancialmente los contenidos que son la materia prima de la democracia constitucional en la producción de la

---

<sup>108</sup> Ferrajoli, Luigi, (2013b), *Óp. Cit.*, p. 166

<sup>109</sup> *Ibid.* p 166

<sup>110</sup> *Ibid.* p. 165

legalidad, funcionando como garantía y refuerzo de las demás funciones de los poderes constituidos.

## **CAPÍTULO II.** Constitucionalismo transformador: discurso del constitucionalismo latinoamericano.

## 1. Introducción

Ahora bien, el discurso democrático garantista también puede entrañar un riesgo, especialmente si se adopta sin matices, reflejando ciegamente sus propuestas e implicaciones: el desechamiento, desperdicio o expulsión de experiencias e innovaciones surgidas de constituyente dinámico, fuerte y vivo establecido permanentemente en el pueblo.

Aunque sus aportes pueden, en mayor o menor medida, ofrecer respuestas relevantes a cuestiones jurídicas, políticas y democráticas es necesario puntualizar -con especial énfasis- que ni el constitucionalismo ni la democracia son proyectos acabados, ni mucho menos realizables únicamente a través de la intervención de los poderes constituidos.

Si nos limitáramos a adoptar el esquema de la democracia constitucional como un proyecto definitivo, sólido, excluyente e irreformable, estaríamos renunciando a la capacidad crítica de la democracia, esa que permite convertir a los derechos humanos, particularmente en su dimensión jurídica, en instrumentos efectivos contra la exclusión social. También estaríamos desechando su potencial para cuestionar fundamentaciones abstractas de universalidad, que son muchas veces ajenas a las realidades espaciales, históricas, geográficas y estructuralmente asimétricas<sup>111</sup> del mundo contemporáneo.

Además, se perdería la oportunidad de concebir a la democracia como un medio para redistribuir condiciones materiales de vida y justicia<sup>112</sup>, para abrir espacios dialógicos entre culturas diferentes con preocupaciones isomórficas<sup>113</sup>, y para activar su carácter verdaderamente participativo. Finalmente, terminaríamos

---

<sup>111</sup> Burgos Matamoros, Mylai (2014), *La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 51-52

<sup>112</sup> Fraser, Nancy (2000), *¿De la distribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista*, *New Left Review*, 1, p. 7

<sup>113</sup> Santos, Boaventura de Sousa (2002), *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, *El otro derecho*, pp. 68-69

conservando imaginarios dogmáticos en torno a supuestos pactos sociales inclusivos basados en igualdades meramente formales, priorizando la mecanización de procedimientos democráticos periódicos, distanciados, sin diálogo, sin formación popular ni participación social efectiva para la construcción de reglas que hagan de los derechos, realidades materiales.

Condiciones como estas son justamente las que el garantismo, en su formulación teórico democrática parece reforzar, al configurarse como un modelo de protección de derechos humanos exclusivamente desde la actividad del poder constituido. En ese marco, los sujetos titulares de derecho y la participación democrática quedan subordinados -e incluso inmolados- a una acción constituida ciega, muchas veces, insensible a las necesidades e intereses materiales de los sectores más vulnerables, reducidos por normativas empolvadas y prácticas jurídicas descontextualizadas.

A pesar de ello, consideramos que la democracia garantista aporta elementos valiosos, especialmente por su intento de vincular la legalidad con la democracia, concibiendo al derecho como su producto y no una negación de la voluntad popular. Se trata de una visión que, al menos en su aspiración, busca impulsar cambios sustanciales en las condiciones de vida mediante la aplicación de garantías jurídicas. Sin embargo, esta misma aspiración puede volver limitante cuando se traduce en una excesiva conservación de tradiciones constitucionales que hacen revalidar a la disciplina constitucional<sup>114</sup> como *voluntad de verdad* que sólo se distribuye por sujetos autorizados a interpretar, clausurar y distribuir el significado del texto constitucional. Impulsando así su instrumentalización como medio de control de lo que puede decirse y se hacerse desde su discurso, el garantismo corre el riesgo de reducir la legitimidad democrática a un *solipsismo normativo*<sup>115</sup>, encerrado en sí mismo, más preocupado por su coherencia interna que por su capacidad de validar materialmente las realidades sociales.

---

<sup>114</sup> Foucault, Michel (2005), *El orden del discurso*, Tusquets Editores SA, p. 33

<sup>115</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2020), *El arte de (des)hacer mundos. Estudios entorno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores*, UASLP, p. 83

Por lo tanto, será imperante, que, para concretizar un Estado constitucional verdaderamente garantista y democrático, sus dimensiones jurídicas abran a los elementos de una democracia con calidad, lo cual implica la construcción de innovaciones institucionales y procedimentales, así como de consensos sólidos cimentados en la participación social y popular, tanto en el ámbito de la representación como en la actividad legislativa. Estos son elementos aportados esencialmente por el discurso crítico.

Para Boaventura de Sousa Santos uno de los principales trabajos del pensamiento crítico es confrontar a lo hegemónico, pero partiendo precisamente, de lo hegemónico<sup>116</sup>. Es necesario conocer el centro y los conceptos que conservan y distribuyen como verdades universales, ya que estos tienden a excluir el acontecimiento aleatorio, la experiencia innovadora y la experimentación. Esto exige que la crítica se sostenga con un alto nivel de argumentación, capaz de proponer alternativas verosímiles y materializables. En el terreno del constitucionalismo y la democracia, esta exigencia crítica no puede eludir las formas jurídicas, los controles del poder ni el lenguaje de los derechos humanos.

A partir de esta reflexión, el desprecio, desperdicio o cínica expulsión de experiencias alternativas convierte al paradigma del Estado constitucional democrático -cuando queda reducido exclusivamente a la acción de los poderes constituidos- en un proyecto dirigido más a preservar la seguridad de la disciplina constitucional que a responder a las transformaciones sociales. Se erige así un obstáculo: la potestad legislativa deviene una credencial que encubre la quiescencia institucional, es decir, una pasividad discrecional legitimada por omisión que termina siendo leída como una normalidad del cauce constitucional. En otras palabras, se invierte la soberanía constituyente, transfiriéndola de facto a los poderes constituidos.

Las experiencias alternativas a este centro hegemónico son aquellas que emergen de los movimientos constituyentes del Sur Global, particularmente en el

---

<sup>116</sup> Santos, Boaventura de Sousa (2006), *Renovar la crítica y reinventar la emancipación social*, CLACSO, p. 72

contexto latinoamericano. Estas experiencias, visibilizadas en los procesos reconstituyentes de Ecuador, Bolivia y Venezuela en el siglo XXI se inscriben en una genealogía histórica que se remonta a los movimientos descolonizadores-independentistas en el decimonónico, desde Haití<sup>117</sup> hasta México.

Para esto es importante señalar que en el presente capítulo realizaremos un breve esbozo histórico sobre los procesos históricos independentistas en América Latina, abordados desde la perspectiva del discurso crítico, con el objetivo de revelar la influencia transformadora que han ejercido sobre las prácticas constitucionales. Nos interesa destacar, en particular, su papel en la formación de una democracia participativa y las alternativas que ésta ofrece para el control popular de los actos legislativos, con miras a obtener regulaciones funcionales para el desarrollo digno de la vida.

Este enfoque es recuperado y promovido por la teoría crítica para restablecer la sede de la soberanía popular, permitiendo así que el poder constituyente sea detentado de forma sólida mediante el ejercicio democrático de la participación, el consenso y la voluntad colectiva de vivir dignamente. Ergo, expondremos el discurso de corrientes de pensamiento que reivindican el papel activo del pueblo en la construcción constitucional, así como su protagonismo en torno a la constitución, el poder constituyente, la democracia, los derechos humanos y la representación política.

No obstante, nuestra intención no es que un discurso predomine sobre otro, sustituyendo la hegemonía tradicional por una nueva *voluntad de verdad*. Por el contrario, buscamos abrir la posibilidad de un diálogo entre saberes, lo que Boaventura De Sousa Santos denomina una *ecología de los saberes*.

...la posibilidad de que la ciencia entre no como monocultura sino como parte de una ecología más amplia de saberes, donde el saber científico pueda dialogar con

---

<sup>117</sup> Medici, Alejandro (et. al.) (2014), *Derecho político actual: temas y problemas*, Universidad de La Pampa, p. 63

el saber laico, con el saber popular, con el saber de los indígenas, con el saber de las poblaciones urbanas marginales, con el saber campesino<sup>118</sup>.

Y así, contribuir a la construcción de un discurso transformador desde el constitucionalismo, orientado al fortalecimiento de los controles democráticos sobre la producción legislativa capaz de generar prácticas constitucionales, que coloquen al derecho positivo al alcance de los sujetos titulares de los derechos humanos. Esto permitirá resignificar la función del derecho como herramienta de emancipación y no como mera formalización normativa.

De este modo se busca evitar que la disciplina constitucional -y sus implicaciones prácticas- se conviertan en: "...una producción controlada del poder, redistribuida, seleccionada por procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad<sup>119</sup>."

Recuperar la dimensión material de los derechos, su densidad histórica social y política es imprescindible para que el constitucionalismo deje de ser una técnica de clausura institucional del conflicto y se abra, en cambio, como campo de disputa legítima y creadora en manos del pueblo soberano.

## **2. El poder.**

La cuestión sobre el sentido y la forma del poder constituye un elemento esencial en el cauce y descarga de los contenidos jurídicos y políticos del constitucionalismo. La corriente originaria de esta disciplina, anclada profundamente en el pensamiento teórico moderno y monocultural del canon europeo y reflejada también en el pensamiento del garantismo, ha demostrado ser incapaz de redefinir, experimentar, o siquiera imaginar alternativas más allá de su visión institucionalista, limitada y formalista. Esta visión parte de un imaginario negativo que considera al poder estatal como un mal necesario, cuya única contención posible reside en su canalización a través de estructura normativas fijas y procedimientos legalizados.

---

<sup>118</sup> Santos, Boaventura de Sousa (2006), *Óp. Cit.*, p. 26

<sup>119</sup> Foucault, Michel (2005), *Óp. Cit.*, p. 14

Desde esta perspectiva, se promueve una *fe ciega* en la obra normativa constitucional, como si se tratara de una especie de “escritura sagrada”, que dicta las reglas y los roles de la cotidianidad y que, una vez codificada debe reproducirse *ad infinitum*, sin mayor apertura a la revisión profunda o al cambio estructural. Así, la esperanza de transformación para los menos afortunados queda restringida al acto de esperar que los árbitros institucionales -interpretes, reformadores y operadores constituidos del derecho- decidan por voluntad propia o apelando a la justicia, atender demandas legítimas de cambio desde los espacios sin regulación que crean las asimetrías, la exclusión y participaciones desiguales. Pero esta posibilidad, más que una garantía, es una excepción. En términos de legalidad, el principio que rige es claro: para el poder público está prohibido actuar lo que no está expresamente permitido. Así, el poder se convierte en custodio de lo ya instituido, mientras que lo no previsto -aunque necesario o justo- queda automáticamente excluido. Este modelo encierra una paradoja: los menos favorecidos solo pueden acudir a la regla ya existente, muchas veces clausuradas, ineficaces o incluso injustas. Y lo hacen, además, en un sistema donde los responsables de reformarlas o interpretarlas pueden perfectamente desatender su tarea sin consecuencias, legitimando una profunda desconfianza y alimentando el sentido negativo del poder.

Esta visión del poder, que en varias de sus aristas coincide con la biopolítica foucaultiana -donde el poder es esencialmente una tecnología de control de los cuerpos y la vida- resulta insuficiente para explicar las múltiples posibilidades de su ejercicio más allá del centro político europeo y usamericano. Aunque es cierto que el garantismo no predica un horizonte de cierre total frente a las transformaciones sociales, su fe ingenua en la adhesión de los poderes públicos a la norma constitucional, y su apuesta de un derecho positivo nacido puramente de la formalidad, lo convierte en un desacelerador de los impulsos democratizadores -y su fuerza crítica- para conservar lo ya instituido.

Las posibilidades prácticas del poder, entonces, dependen del modo en que este se comprende y se representa discursivamente. De este modo, su conceptualización influye directamente en su su práctica se vuelve conservadora o

crítica. En consecuencia, el lugar desde el cual se asuma su sentido -ya sea desde la biopolítica foucaultiana, los equilibrios de Montesquieu o desde prácticas populares inspiradas en la teoría crítica- marcará las formas y los límites de la intervención democrática.

La existencia estatal, así como su estructura y forma jurídica -compuesta por acciones, instituciones, principios, agentes y grupos- constituye un *campo* profundamente atravesado por relaciones de poder. Como afirma Enrique Dussel, el Estado está "...atravesado por fuerzas, por sujetos singulares con voluntad, y con cierto poder <sup>120</sup>", es decir, por relaciones asimétricas entre sujetos con distintos grados de empoderamiento para actuar. Estas relaciones están determinadas por el sentido político que una sociedad adopta -ya sea desde una semántica liberal, socialista, participativa, democrática formalista o garantista- lo que condiciona las posibilidades de realización de derechos y acceso a condiciones materiales de vida en ese campo político-jurídico.

Desde esta perspectiva, Alejandro Medici concibe la política como "...un sistema de relaciones humanas que se dan en torno al poder...<sup>121</sup>". Estas relaciones, en su forma predominante -casi universal-, se estructura bajo el paradigma del *poder estratégico* aunque este no agota todas las posibilidades del ejercicio político, Frente a este modelo, se plantea la posibilidad de una alternativa: un *poder positivo, consensuado y común* que pueda abrir horizontes democráticos más inclusivos.

El tipo de acción que cada noción de poder promueve determina el grado de apertura o contracción para los sujetos/agentes dentro de los campos de la política. El *poder estratégico* es definido por Medici como "...la posibilidad de o capacidad de producir consecuencias sobre ciertos objetos, de producir estados de cosas<sup>122</sup>" y se fundamentada en la racionalidad instrumental o con arreglo a fines<sup>123</sup>. En este

---

<sup>120</sup> Dussel, Enrique (2006), *Óp. Cit.*, p. 16

<sup>121</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 141

<sup>122</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 143

<sup>123</sup> Está es un tipo de acción social concebido en el pensamiento de Max Weber, en la que según el autor se: "actúa racionalmente con arreglo a fines quien oriente su acción por el fin, medios y consecuencias implicadas

modelo, el actor/agente -usualmente estatal o institucional- define los fines a alcanzar y manipular medios para lograr un resultado deliberado<sup>124</sup>. Esta racionalidad implica una visión en la que las personas y los grupos sociales<sup>125</sup>, son considerados objetos de intervención institucional, y no como sujetos activos del proceso político.

En el campo de la acción social, y por extensión del derecho, esta racionalidad se manifiesta en las prácticas institucionales que legislan, interpretan y ejecutan la legalidad. Estas acciones, diseñadas para alcanzar determinado estado de cosas, se dirigen hacia sujetos sociales que reciben, de forma pasiva, las *mediaciones* normativas del poder público (derechos humanos), quedando sus grados de libertad o participación determinados por los fines estratégicos del aparato estatal.

Medici sintetiza la acción estratégica del poder estatal, apoyado en los rasgos de la biopolítica a través de ciertas características:

- Distribución institucional de las relaciones de poder: donde el estado domina a través de instituciones ligadas a las necesidades sociales básicas, hospitales, cárceles, psiquiátricos, escuelas, fábricas, etc.,
- Gestión estratégica de lo biológico: mediante la cual se hace un control de los cuerpos aplicando el conocimiento de la ciencia y las disciplinas para incidir en la conducta individual y colectiva, permitiendo predecir el acontecimiento aleatorio y determinar estadísticamente el estado de las cosas,
- Acompañamiento estratégico del poder en los saberes: la utilización de los *saberes autorizados* por los gobiernos como dispositivos de control mediante una *voluntad de verdad*, que solo permite la expresión legítima a sujetos

---

en ella y para lo cual sopesa racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí...” ; la cual es para Alejandro Medici la racionalidad que impone el fundamento de la tecnocracia, el poder y la dominación estratégica en las instituciones y la política dentro del Estado.

<sup>124</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2013), *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*, Editorial Ítaca, p. 71

<sup>125</sup> Medici, Alejandro (2016), *óp. Cit.*, p. 144

autorizados pertenecientes a círculos científicos o institucionales. Se excluyen así las formas alternativas de conocimiento -lo popular, lo ancestral y lo comunitario- mediante disciplinas cerradas que limitan la participación de nuevos actores y restringen el ingreso de nuevas proposiciones al campo político-jurídico.

En consecuencia, cuando el derecho positivo opera bajo el modelo estratégico, no solo se transforma en un instrumento de dominación, sino que también se erige como un dispositivo de reproducción epistemológica del poder, que filtra lo que puede ser dicho, pensado o hecho dentro del derecho. Dicho fenómeno impide que este se abra al conflicto, al disenso y a la pluralidad de saberes que existen más allá del centro institucional.

Sin embargo, la capacidad del poder para alcanzar o imponer un fin deseado que define la realidad de las cosas está mediada por determinaciones mínimas, también analizadas por Alejandro Medici<sup>126</sup>. En primer lugar, el poder es producto de una relación de mando-obediencia, en la cual uno o varios sujetos se someten a los mandatos de otros permitiendo así su existencia. No obstante, como señala el autor, esta característica no es exclusiva de la versión estratégica del poder; sino es apenas un elemento para su posibilidad.

En segundo lugar, el poder implica el uso de la violencia de manera legítima, que no se limita al plano físico o material. Por el contrario, resultan más eficaces para la consolidación del mando-obediencia en el campo político del Estado las creencias, ideas y valores que producen una forma de obediencia internalizada y convertida en obligación, estabilizando a los gobiernos<sup>127</sup> y estableciendo la figura de la autoridad<sup>128</sup>, la cual legitima la coacción como instrumento estatal.

Por último, aunque el poder se encuentra distribuido formalmente en las normas constitucionales y legales no puede reducirse a una dimensión jurídica o

---

<sup>126</sup> *Ibid.* pp. 142-143

<sup>127</sup> *Ibid.* p.142

<sup>128</sup> Para Weber la relación mando-obediencia tiene como efecto la dominación, que es "...la posibilidad de obtener obediencia para mandatos específicos...esencial en toda relación auténtica de autoridad."

política. Su ejercicio se extiende a la instrumentalización de *mediaciones* ilegales, científicas y culturales, lo que demuestra que la concreción de sus fines opera incluso al margen o en contra del derecho positivo. Esta complejidad de relaciones revela que el incumplimiento de la norma jurídica puede ser parte funcional - cotidiana- del ejercicio del poder.

Estas determinaciones permiten comprender por qué la versión estratégica del poder se vincula fuertemente con el sentido negativo, que presentan tanto el garantismo de Ferrajoli como la biopolítica de Foucault. Ambos esquemas teóricos describen como la acción social es instrumentalizada por actores que persiguen fines de dominación política, económica y social, todos subsumidos en la lógica expansiva del sistema capital global<sup>129</sup>.

Ahora bien, frente a esta visión instrumental del poder, hemos señalado la existencia de una propuesta distinta, que propone un poder *positivo, consensual y común*. Este modelo no instrumentaliza el poder para fines ajenos a su fuente, sino que lo concibe como una forma de relación social cuyo fin es el poder mismo, entendido como una articulación del consenso, la cooperación y la vida en común. Esta es la otra cara del poder que se niega a caer en el suicidio de la racionalidad<sup>130</sup>, característica del capitalismo contemporáneo.

Alejandro Rosillo Martínez explica que existe una carencia de sentido de la acción, cuando los fines que se proponen los actores/agentes son alcanzados por una *irracionalidad de la racionalidad de la acción*, es decir, cuando se sacrifica todo -incluso la vida misma- para obtener al poder mismo. En el sistema capitalista, la acción racional queda subordinada al *criterio de competitividad*, lo cual significa que los agentes sólo actúan si el resultado es cuantificablemente rentable. Así, la acción racional se traslada al campo de lo puramente productivo, y pierde todo vínculo con el valor de uso o la necesidad social.

El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no por que alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y de abrigo, si su producción no es

---

<sup>129</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2013), *Óp. Cit.*, p. 71

<sup>130</sup> *Ibid.* pp. 129-130

competitiva. Con esta realidad virtual desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y los derechos humanos<sup>131</sup>.

Una vez alcanzadas estas dimensiones, la producción legislativa se convierte en un medio para ensanchar la esfera del poder, guiada por criterios de competitividad económica y expansión de márgenes de acumulación. Esto tiene como efecto, el menoscabo de la vida, tanto en sus formas naturales como humanas, y generación de crisis humanitarias<sup>132</sup> promovidas por las amplias libertades jurídicas de los agentes de la acción racional.

En este contexto, lo que Alejandro Rosillo Martínez denuncia como el suicidio de la racionalidad se presenta con claridad: cuando la vida -tanto la humana como la del entorno natural- son instrumentalizadas como medios para alcanzar el poder, el fin desaparece en el mismo acto. La vida al convertirse en medio, deja de ser el fin en sí misma, y con ello destruye la lógica natural que da fundamento a toda acción. Esta paradoja revela una contradicción estructural: si el agente, al actuar, destruye las condiciones que hacen posible la vida misma, y con ello genera la destrucción de los recursos naturales, provocando miseria, hambre, pobreza y exclusión, entonces su acción carece completamente de sentido<sup>133</sup>.

Frente a esta lógica destructiva, Alejandro Rosillo Martínez explica que para enfrentar a lo que se propone hacer del poder un fin en sí mismo, es necesario transformar el origen desde donde se posibilita la acción racional o de medio-fin: “La vida es la posibilidad de tener fines...”<sup>134</sup>.

Esto significa que el actor/agente debe concebirse como un sujeto que puede racionalizar finamente los medios -un ser ético- asumiendo que no existe un fin que valga el exterminio de su propia existencia, o peor, la de los demás. Desde esta conciencia el sujeto evitará realizar abstracción de todo lo vivo, y podrá razonar

---

<sup>131</sup> *Ibid.* p. 128

<sup>132</sup> Houtart, François (2015), *El bien común de la humanidad*, UASLP, p. 17

<sup>133</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2013), *Óp. Cit.*, p 130

<sup>134</sup> *Ibid.* p. 131

desde una voluntad de vivir<sup>135</sup>, haciendo del poder un medio para satisfacer sus necesidades básicas.

Desde este nuevo ejercicio ético, el sujeto transforma su acción: abandona la universalización del criterio de competitividad y se orienta por *criterios de producción y reproducción de la vida*, los cuales transforman a la acción y la forma en que se conciben las relaciones del dominio, la manipulación y el control hacia la *proximidad* y la alteridad en la relación entre seres humanos y entre humanos y naturaleza<sup>136</sup>.

El *criterio de producción y reproducción de la vida* se guía por juicios cualitativos, no cuantitativos. A diferencia del criterio de competitividad -basado en la maximización económica- estos nuevos juicios están propulsados por la dignificación de la vida y en las aspiraciones materiales y existenciales de los sujetos. No se oponen al conocimiento científico ni a las ciencias objetivas, pero exigen que sean condicionadas éticamente: su racionalidad debe estar subordinada a las necesidades vitales que producen y reproducen la vida, y no a intereses abstractos del mercado.

Desde esta perspectiva, el derecho como ciencia descriptiva y prescriptiva<sup>137</sup> debe someterse a este criterio de valoración vital. Las realidades que describe -y las normas que instituye- no pueden abstraerse del contexto histórico-social. Deben responder a él, configurando titularidades jurídicas que no sean meramente formales, sino materialmente efectivas, es decir, que otorguen poder real a los sujetos para realizar su existencia de manera digna apoyados de las instituciones normativas. Así, la dimensión legal del derecho se configura como un instrumento de mediación práctica y relacional, una herramienta al servicio de la convivencia humana en contextos de alteridad: "...a la esfera de la vida práctica y relacional de

---

<sup>135</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 156

<sup>136</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2013), *Óp. Cit.*, pp. 69-70

<sup>137</sup> Básicamente la ciencia garantista.

los seres humanos: es una mediación de la convivencia: y por tanto realidad compuesta por conductas humanas en alteridad social<sup>138</sup>".

De ahí la importancia que reviste el derecho constitucional como producto de la democracia, en tanto sede declarativa y normativa de la convivencia consensual y material. Pues se trata de una disciplina que se ocupa de "...descripciones, prescripciones, programas políticos, fines de contenido político, económico, ecológico, cultural, etc.<sup>139</sup>" y que, en consecuencia, dota al derecho positivo y a las leyes de un poder de (con)vivencia permitiendo que los sujetos/agentes dispongan de él como herramienta de acción y transformación.

Desde esta perspectiva, el poder contenido en la norma constitucional deja de ser un simple medio para alcanzar fines particulares -vinculados a la lógica acumulativa, patrimonial o económica del sistema capitalista y su racionalidad científico-conservadora- para convertirse en un potenciador de la dignidad humana al constituirse en posibilidad y mediación de los individuos para desplegar sus aspiraciones vitales. En suma, un poder positivo.

Partiendo de esta visión, es posible replantear las estrategias de producción legislativa, tanto en su contenido como en su procedimiento. La legalidad pasaría a ser una mediación de empoderamiento individual y colectivo, anclada en acciones organizadas institucionalmente<sup>140</sup> desde su fuente originaria: la comunidad política, es decir, la *potentia*<sup>141</sup> desde la que se da forma a la arquitectura constitucional. Como bien lo expresa Enrique Dussel: "Sin legitimidad el poder no tiene forma; sin voluntad de vida el poder no tiene contenido, sin institucionalización el poder se disuelve en la imposibilidad de su ejercicio<sup>142</sup>".

En consecuencia, la regulación positiva del derecho se transforma en un acto consciente, diseñado en función de los campos esenciales del constitucionalismo y

---

<sup>138</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 106

<sup>139</sup> *Ibid.* p. 116

<sup>140</sup> *Ibid.* p. 156

<sup>141</sup> Dussel, Enrique (2006), *óp. Cit.*, p 27

<sup>142</sup> Dussel, Enrique (2009), *Política de la Liberación. Volumen II. La arquitectónica*, Editorial Trotta, p. 265

la política, más allá del simple procedimentalismo, el voto ciudadano o la legitimidad periódica como poder democrático. Este enfoque permite repensar, éticamente, la imposibilidad rousseauiana de una reunión perpetua del pueblo soberano. A través de una delegación consciente y reflexiva del poder a los órganos constituidos, y bajo una racionalidad jurídica reformulada en términos ético-políticos, se evita que el constitucionalismo se convierta en una técnica de conservación que excluya a la participación popular de los espacios del derecho y favorezca la exclusividad tecnocrática de las élites legislativas o judiciales.

Cuando esto ocurre, se corre el riesgo de:

...encerrar la transformación de los marcos de convivencia consensual y factible dentro del fluir de lo mismo, ya que todo cambio constitucional está previsto en su forma y contenido por la programación del sistema mismo<sup>143</sup>

Esta previsión cerrada de lo constitucional termina debilitando el poder político de la comunidad, al depositar su cauce exclusivamente en una corriente política que se delega en los poderes constituidos. Según Enrique Dussel, a este poder delegado se le denomina *potestas*, mientras que su origen legítimo reside en la comunidad política, la *potentia*<sup>144</sup>. Si bien, la complejidad del campo político hace necesario institucionalizar esa *potentia*<sup>145</sup> su mera delegación no agota su legitimidad ni su fuerza originaria. Por ello, la institucionalización debe ir acompañada de una acción popular sostenida, que actualice constantemente los consensos y vigile que la *potestas* no se autonomic.

No obstante, en muchos contextos, esta *potestas* institucionalizada termina por autodeterminarse como sujeto exclusivo del poder político, reduciendo las constituciones a pactos cerrados en el pasado y anulando el poder constituyente como fuerza viva. Esta situación da lugar a lo que Enrique Dussel denomina fetichización, que consiste en una inversión de sentido: la *potestas* deja de remitirse

---

<sup>143</sup> Medici, Alejandro (2016), *óp. Cit.*, p. 195

<sup>144</sup> Dussel, Enrique (2006) *Óp. Cit.*, p. 27

<sup>145</sup> *Ibid.* p. 29-33

a su fundamento popular y se autolegitima<sup>146</sup> en su propio ejercicio, imponiendo su continuidad como si fuera incuestionable.

Esta inversión fetichista del poder genera dominación, al romper los consensos sociales y bloquear su renovación, reemplazándolos por burocracias técnicas, intereses corporativos y lógicas privadas. Así, se convierte la elección de sus dominadores<sup>147</sup> en un simulacro de participación, y se sustituye la voluntad popular por una acción estratégica racionalizada desde arriba, vaciada de contenido ético y político.

Y aun frente al peligro que representa la fetichización y las formas de dominación derivadas de su institucionalización autónoma, la delegación, la representación y la constitución de poderes no deben entenderse como mecanismo de clausura política. Por el contrario, pueden y deben ser asumidos como expresiones de la acción organizada, consensual y factible de la comunidad política. Es decir, como formas posibles de intervención democrática mediante las cuales los juicios materiales de producción y reproducción de la vida pueden ser incorporados al derecho positivo.

En este sentido, el trabajo legislativo puede manifestarse en la mecanización de mediaciones y en el desarrollo de métodos de democracia latente, orientados al control de contenido y a la actualización de la Constitución y la legalidad -muchas veces ancladas en estructuras antiquísimas- en respuesta a las exigencias de la realidad histórica de la sociedad. Por lo que, la responsabilidad de la disciplina constitucional no radica en la conservación de "...el orden, la estabilidad, la jerarquía, la plenitud, la coherencia, la seguridad como tales..."<sup>148</sup> de los enunciados normativos positivos, sino más bien en su capacidad para representar, significar y simbolizar mediaciones materiales que permitan alcanzar el fundamento positivo del poder. Esto dependerá, en última instancia, de las experiencias, las

---

<sup>146</sup> *Ibid.* p. 44

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 42

<sup>148</sup> *Ibid.* p. 100

prácticas, los sujetos o agentes involucrados, así como del sentido que adopte la teoría constitucional como referencia constructiva.

### 3. Constitucionalismo Latinoamericano.

La experiencia latinoamericana del constitucionalismo forma parte de esta concepción de poder de contenido consensual, radical y orientado a la expansión de realidades que garanticen una vida digna. Dicho enfoque ha sido articulado desde los orígenes independentistas de los países de la región hasta las refundaciones contemporáneas de algunos Estados del sur del continente. Es precisamente en función de los contextos gestados en el oscuro periodo de la colonialidad que este constitucionalismo ha mantenido un carácter sólido y crítico frente a las insistencias históricas del liberalismo, el neocolonialismo y el neoliberalismo.

Manuel Gándara Carbadillo señala en esta línea, que si bien, existen independencias formales o jurídicas de los Estados que sufrieron el aplastamiento cultural, social y económico impuesto por las colonias europeas, estas sociedades padecen los efectos persistentes de las *colonialidades del poder, el saber y el ser*<sup>149</sup>. Estas colonialidades actúan como justificadoras de procesos de subordinación, exclusión, explotación y dominación sobre poblaciones subalternizadas o periféricas, frente a la monocultura europea y usamericana. En un primer momento, la jerarquización racial y social de las poblaciones colonizadas se convirtió en el sustento del *poder*. Respaldado por argumentaciones pseudocientíficas<sup>150</sup>, dicho poder se concentró para fortalecer el imperialismo, el modo de producción capitalista y la universalización del modelo de división del trabajo, mediante la instrumentalización de las vidas consideradas salvajes, inferiores y ajenas a las leyes naturales y racionales del hombre.

La imposición de este modelo en las sociedades de las regiones colonizadas provocó que la esclavitud y la servidumbre fueran asumidas como *hechos naturales*,

---

<sup>149</sup> Gándara Carbadillo, Manuel E. (2019), *Óp. Cit.*, p. 41-43

<sup>150</sup> Medici, Alejandro (et. al.) (2014), *Óp. Cit.*, p. 51-52

legitimadas como acciones ejercidas por sujetos racionales en nombre del derecho, bajo la premisa de llevar una conversión del estado salvaje al estado civil. Esta conversión se justificaba por la supuesta falta de sentido de propiedad, acumulación y la explotación<sup>151</sup> en los pueblos originarios, lo que derivó en la supeditación al poder colonial. Así, quienes no eran *no-europeos*, fueron definidos como salvajes, bárbaros o incivilizados, otorgando dimensión ontológica a la colonialidad: la del ser.

En consecuencia las culturas, conocimientos y saberes propios de estos pueblos fueron relegados al ámbito de lo rechazado, lo prohibido, lo irracional, la locura, lo extraño, lo ingenuo y de lo falso<sup>152</sup>, mientras que la ciencia -sustentada en la neutralidad, la objetividad, la abstracción y la racionalidad instrumental- fue centralizada y legitimada como único conocimiento válido. De este modo, se justificó la manipulación de todo aquello que no respondiera a los intereses<sup>153</sup> de la cáustica totalidad capitalista, eliminando los saberes prácticos y despojándolos de su valor para los pueblos, lo que consolidó una colonialidad del *saber* en función del positivismo y la dogmática.

Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición será interpretada como un devenir natural de los acontecimientos, o como resultado del “ejercicio de la libertad” de sus miembros, que por ejemplo optaron por dejar de utilizar su lengua (es más competitivo hablar inglés que, digamos ñaño)<sup>154</sup>...

Este esfuerzo dimensional, activamente ejercido por la colonialidad, posibilitó la imposición de discursos constitucionalistas con la finalidad de reducir los complejos contextos latinoamericanos a las exigencias universalistas, monoculturales y dogmáticas de la cosmovisión liberal-conservadora capitalista.

---

<sup>151</sup> *Ibid.* p. 74

<sup>152</sup> Para Foucault estos son rasgos del principio de exclusión del discurso, mediante el que se busca separar y rechazar, oponer entre lo verdadero y lo falso a los discursos prohibidos, en búsqueda de dar voluntad de verdad a los que son expresados por instituciones estatales que siempre se encuentran reforzados por fuerza coactiva. Foucault, Michel (2005), *Óp. Cit.*, pp. 17-19

<sup>153</sup> Gándara Carbadillo, Manuel E. (2019), *Óp. Cit.*, p. 51

<sup>154</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (2013) *Óp. Cit.*, p. 128

Como consecuencia, se condicionaron las prácticas, los discursos y la propia forma constitucional de latinoamérica.

Medici, considera que el análisis del constitucionalismo en la región debe realizarse en la a partir de dos ejes, con el objetivo de identificar tanto los rasgos alternativos de las experiencias latinoamericanas como las inconsistencias provocadas por la adaptación de modelos constitucionales europeos y usamericanos: el ideológico-fundante (horizontal), vinculado con la formación de las naciones en proceso de independencia, y el descriptivo-normativo (vertical), relacionado con los textos constitucionales tradicionales.

En el terreno ideológico -al que también le denomina *radical*- se articulan las aspiraciones consensuales o de autogobierno propias de los movimientos independentistas, surgidos tanto del descontento mayoritario como del influjo del imaginario ilustrado liberal europeo. Estos procesos comparten elementos comunes:

- a) el ejercicio constituyente y
- b) con ello, el proyecto refundador o primigenio de nación.

No obstante, sus rasgos comunes, fueron los contextos en los que se buscó alcanzar el fin revolucionario o independentista los que marcaron las diferencias discursivas entre estas formas ideológicas. En el caso europeo, se consolidó como un esfuerzo refundacional orientado a terminar con el Antiguo Régimen (Ancien Régime) del poder monárquico o *legibus solutus*<sup>155</sup>, la iglesia y las desigualdades, económicas, profesionales y sociales cuestionadas por el pensamiento ilustrado, proveniente de las clases sociales medias-altas o burguesas privilegiadas.

El ejercicio constituyente, al emanar de estas clases, terminó por priorizar la instauración escrita del derecho como garantía de certeza y seguridad e igualdad jurídica; la universalización de las leyes del mercado; las libertades económicas, empresariales y contractuales; la secularización; y la institucionalización de poderes

---

<sup>155</sup> Tocqueville, Alexis (2018), *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial S.A., pp. 48-49

públicos con actitud arbitral, facultados para responder mediante la producción, ejecución y aplicación de la legalidad como garantía para todo lo concerniente a lo privado.

Por su parte, las condiciones coloniales que oprimían a los territorios en América impulsaron un entendimiento popular de los movimientos independentistas y constituyentes. La abolición y emancipación resonaron como las principales exigencias dentro de su narrativa, la cual fue asumida por protagonistas criollos, usualmente orientación clerical. Esto otorga un matiz particular a la ideología constituyente latinoamericana que, según Medici, se distingue por la presencia de un elemento subyacente: cultura común de espiritualidad, de derecho natural y gobierno consensual, heredada de la neoescolástica y el republicanismo novohispano. Esta corriente ideológica contradecía los impulsos de propiedad y esclavitud promovidos por figuras como Ginés de Sepúlveda<sup>156</sup>.

Un ejemplo claro de estas ideas de alternativas se dio en México, a través del pensamiento del clérigo militar José María Morelos y Pavón, autor de los *Sentimientos de la Nación* de 1813. Este documento, de carácter germinal, sentó las bases de lo que sería los valores constituyentes de la nación naciente: la proscripción de la esclavitud, el compromiso social de moderar la indigencia y asistir a quienes la padecen mediante el pago justo de jornadas de trabajo, con el objetivo de que todos pudieren proveerse de educación. Además, se afirmó categóricamente la residencia del poder soberano en el pueblo, la voluntad de apegarse al derecho que emane del Congreso, el tributo justo y moderado para sostener la administración pública y la división de poderes<sup>157</sup>. Estos temas condensaron tanto en demandas sociales como principios liberales.

Tales juicios y sentires influyeron directamente en la *Constitución de Apatzingán* de 1814 que consagró como criterio para la expedición de leyes la

---

<sup>156</sup> Medici, Alejandro (et. al.) (2014), *Óp. Cit.*, p. 75-76

<sup>157</sup> Artículos enunciados respectivamente: **Artículo 15**: Abolición de la esclavitud; **Artículo 12**: Asistencia social y pago justo por jornal; **Artículo 5**: Residencia de la soberanía en el pueblo (Supremo Congreso Nacional Americano); **Artículo 12,13 y 14**: apego a las leyes; **Artículo 22**: tributación justa y **Artículo 6**: División de poderes.

felicidad, los intereses y conveniencia del pueblo, reconociendo el derecho universal al sufragio, sin distinción social e incluso de nacionalidad, siempre que se cumplieran con los mandamientos reglamentarios<sup>158</sup>. Este fue un acto de sinergia entre las corrientes populares y liberales del constituyente y de la democracia. Sin embargo, lamentablemente, no llegó a desarrollarse plenamente ni a entrar en vigor<sup>159</sup>.

Sin embargo, dentro del mismo contexto ideológico, destaca la experiencia haitiana. Medici la califica como uno de los momentos más puros del constitucionalismo latinoamericano, debido a su originalidad y creatividad. Se trata de un movimiento anticolonial impulsado por las clases esclavizadas, orientado hacia la igualdad y la emancipación de los oprimidos. Valores que quedaron recogidos en el preámbulo de la Constitución de 1805:

Tanto en nuestro nombre particular como en el del pueblo de Haití, que legalmente constituimos los órganos fieles y a los portavoces de su voluntad. En presencia del Ser Supremo, delante de quien son iguales los mortales, y que ha esparcido tantas especies de criaturas diferentes en la superficie del globo con el fin de manifestar su gloria y su poder en la diversidad de sus obras; en frente de la naturaleza entera, de la que nosotros hemos sido tan injustamente y después de tanto tiempo considerados como los hijos rechazados: Declaramos que el contenido de la presente Constitución es la expresión libre, espontánea e invariable de nuestros corazones y de la voluntad general de nuestros conciudadanos<sup>160</sup>;

De la lectura de este fragmento se puede observar que la influencia liberal se estaba presente dentro del movimiento independentista haitiano -lo cual es comprensible, dada su herencia colonial francesa- pero también dicha influencia se articuló con una oportunidad única: expresar una voluntad consensual y

---

<sup>158</sup> Artículos enunciados respectivamente: **Artículo 18:** Ley como expresión de la felicidad del pueblo y **Artículo 6:** Sufragio universal.

<sup>159</sup> Rabasa, Emilio O. (2002), *La historia de las constituciones mexicanas*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 7

<sup>160</sup> Constitución de Imperial de Haití. 20 de mayo de 1805.

democrática para construir una nación y unas instituciones capaces de definir y garantizar una identidad propia.

Al mismo tiempo, se reconoce, en su carácter radical, que esta identidad habría de fundarse en el respeto por la naturaleza, la diversidad y la igualdad, valores de los que fueron históricamente despojados. Por ello, el texto puede interpretarse como un acto de negación del rechazo al que habían sido sometidos, una forma de reconstrucción simbólica y material de su humanidad.

Antes que el ejemplo esbozado en México, la Constitución haitiana abolió la esclavitud, reconoció la pertenencia mayoritaria de sus ahora ciudadanos a la raza negra -convirtiéndola en un símbolo de identidad-, consagró la abolición mediante la nulidad de títulos de propiedad y la calidad de “amos” a todos los blancos dentro del territorio y reconoció el derecho inviolable de herencia para los hijos. En su vertiente liberal, estableció la secularización, reconoció los derechos de propiedad privada y condicionó la ciudadanía a la solvencia económica; además, organizó al Estado bajo una forma imperial, con cargo de emperador vitalicio e impulsó la militarización.

La alta carga de contenido valorativo radical, emergida de la facticidad social en la que se desarrolló su independencia, fue de tal magnitud que influyó en la propagación de movimientos subversivos a lo largo del continente. Alejandro Medici cita, en palabras de Simón Bolívar, esta experiencia como la más democrática hasta ese momento en el mundo<sup>161</sup>. También tuvo repercusiones en el caso usamericano -ya independiente desde 1776 y constitucionalmente edificado en 1787- donde generó un profundo nerviosismo en las clases propietarias de esclavos durante la primera mitad del siglo XIX. El éxito de una revolución liderada por esclavos negros llegó incluso a ser materia de debate en las disputas entre abolicionistas y el proesclavistas, y se llegó a plantear la posibilidad de una guerra de razas, dada la

---

<sup>161</sup> Medici, Alejandro (et. al.) (2014), *Óp. Cit.*, p. 62

fuerza simbólica y política que la independencia haitiana imprimió en la conciencia popular<sup>162</sup>.

Este carácter ideológico que Medici identifica en la esencia del movimiento independentista latinoamericano forma parte de su concepto de *Constitución horizontal*: "...núcleo de sentido abierto de una serie de pluralidades normativas y cosmovisiones que propone para reconocer y coordinar derechos plurales que impregnan cada una de las prácticas y situaciones constitucionales<sup>163</sup>". Es decir, en el reconocimiento de saberes y experiencias históricamente sesgadas por la dominación, este constitucionalismo horizontal busca distribuir el poder a cada individuo según -y a partir- de las necesidades específicas del grupo socio-histórico al que pertenece, las exigencias éticas justificadas<sup>164</sup> que expresan el desarrollo social y las relaciones jurídicas derivadas de este, así como la ideología, los valores e intereses que constituyen el fundamento pluralista de la democracia, donde convergen los diversos proyectos colectivos que otorgan legitimidad al derecho positivo<sup>165</sup>.

En resumen, este constitucionalismo presenta rasgos claramente distintivos que lo diferencian ideológicamente de la vertiente europea, pues: a) partió de la idea del armamento del pueblo, es decir, de las clases oprimidas y subalternizadas (como en el caso de Haití), b) sus movimientos fundadores surgieron desde estas clases, aunque posteriormente fueron protagonizados, en muchos casos por figuras vinculadas a la iglesia o sectores criollos empobrecidos (como ocurrió en México) y c) su narrativa constitucional se expresó mediante una retórica revolucionaria, antiesclavista y anticolonial, con una tendencia política y civil orientada hacia la igualdad tanto formal como de material.

---

<sup>162</sup> Moller, Federica (et. al.) (2009), *Les empires atlantiques des Lumières au libéralisme (1763-1865)*, Presses Universitaires de Rennes, pp. 83-96

<sup>163</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, p. 176

<sup>164</sup> Serrano, Sandra & Vázquez, Daniel (2011), *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pp. 13-14

<sup>165</sup> Alejandro Medici se refiere a esta técnica democrática de formulación sustancial positiva del derecho y la constitución, como *arquitectura constitucional*: "...no es más que la positivización en forma de derecho...de un conjunto de ideologías, valores e intereses de fuerzas sociales en pugna sobre cómo debe organizarse un Estado". Medici, Alejandro (2016) *Óp. Cit.*, p. 61

A este modelo se opuso el otro eje de análisis constitucional que plantea Medici: el eje vertical. Se trata de un discurso hegemónico, lógico, tradicional y conservador, que busca suplantar la sede del poder soberano y limitar las posibilidades democráticas populares, aunque ha tenido una influencia significativa en latinoamérica.

Antes del surgimiento del movimiento radical latinoamericano, el constitucionalismo vertical se manifestó con la formación independiente de las trece colonias inglesas en lo que hoy son los Estados Unidos. Su modelo constitucional marcó una era de influencia durante todo el siglo XIX en el sur del continente, donde las élites liberales y conservadoras de las nuevas naciones adoptaron, muchas veces de forma acrítica, el paradigma emergente.

La Constitución usamericana no fue un producto del consenso total, debido a las posturas posiciones que se enfrentaban, primero entre federalistas y antifederalistas (antes de su ratificación), y más adelante entre el federalismo y el republicanismismo popular, en la disputa por cimentar una estructura contra mayoritaria del poder y el monopolizar la verdad constitucional.

Antes de la ratificación de la Constitución en 1788, los llamados “padres fundadores”-James Madison, John Jay y Alexander Hamilton- publicaron *El Federalista* una serie de ensayos en los que expusieron las ventajas de un sistema republicano representativo, sostenido por un esquema constitucional de separación de poder y contrapesos, mecanismo de contención frente a las ambiciones absolutistas.

Hamilton en particular, desarrolló una postura específica sobre la estructuración del poder público, especialmente en el *Federalista No. X*. En este, advertía sobre los peligros inherentes a las democracias puras, que consideraba dominadas por facciones<sup>166</sup> triunfantes o mayoritarias, las cuales, guiadas por la pasión o el interés propio, tendían a gobernar de manera arbitraria, relegando el

---

<sup>166</sup> Hamilton define a las facciones como “...cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”.

interés público y a las comunidades minoritarias especialmente en contexto de crisis.

Sin embargo, para Hamilton, el verdadero riesgo de las democracias puras radicaba en que los intereses estructurales y conservadores de la sociedad usamericana -liberal y propietaria- quedarán desprotegidos frente a la participación directa de las clases menos privilegiadas. En su visión, un sistema de gobierno *radical* o directo estaba condenado al fracaso si no se completaba con un sistema institucionalizado que limitara los impulsos de las *facciones*.

“Este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario. Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes<sup>167</sup>”.

No obstante Ricardo Sanín<sup>168</sup> explica que el constitucionalismo de las trece colonias fue concebido, también, como producto del radicalismo liberal, ya que se enraizaba en una idea europea, a la vez emancipatoria, de identidad radical propia de un proyecto de nación erigido mediante la acción constituyente. En la colonia inglesa se comprendió que los movimientos independentistas eran una obra colectiva y anónima, que habilitaba a la autoorganización, autogestión y de apertura a diversos discursos políticos. Esto llevó a que el constituyente usamericano visualizará la Constitución más allá de la formalidad jurídica: la entendía como un mecanismo de poder destinada a cerrar el paso al exceso de los poderosos, y como una política que limitase únicamente a las decisiones de las instituciones constituidas como última instancia del conflicto político-social<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Hamilton, Alexander (et. al) (s/f), *El Federalista*, p. 20, en: [https://perguntasaopo.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/el\\_federalista.pdf](https://perguntasaopo.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/el_federalista.pdf). Consultado: 6 de enero de 2024

<sup>168</sup> Véase Sanín Restrepo, Ricardo (2011), *Teoría crítica constitucional: Rescatando la democracia del liberalismo*, Corte Constitucional para el Período de Transición. Específicamente el capítulo II, dedicado al análisis crítico del alcance del caso Marbury Vs. Madison en la teoría constitucional.

<sup>169</sup> *Ibid.* p. 79

Para el autor colombiano, es este el punto definitorio para comprender el surgimiento de la teoría contramayoritaria judicial usamericana, así como la razón por la cual fue adoptada -sin más ni menos- en el mundo occidental, incluido el Sur latinoamericano.

Ahora bien, tras la ratificación constitucional, se desarrolló una lucha política -irónicamente- entre facciones que, si bien compartían una visión republicana, diferían en sus particularidades sobre cómo concretarla. Esta disputa se dio entre la postura *federalista* de Alexander Hamilton y la visión popular impulsada por Thomas Jefferson. El debate se inscribía en un contexto de creciente pluralidad en la sociedad usamericana: las migraciones europeas, las tensiones en torno al esclavismo y el desarrollo económico planteaban cada vez más conflictos que debían dirimirse en las cortes. Esta situación fue aprovechada por el federalismo para posicionarse como la corriente con capacidad para monopolizar el discurso de la verdad constitucional.

La instauración del debate político sobre la forma de la democracia parecía haberse inclinado hacia el liberalismo popular, ya que en las elecciones presidenciales de 1800 resultó electo Thomas Jefferson. No obstante, la derrota de los *federalistas* llevó a John Adams, presidente saliente, a buscar una vía para resguardar la memoria política de su partido en alguna institución que les permitiera mantenerse presente en la disputa por el poder. Su estrategia fue apostar por el poder judicial, un órgano no electivo -es decir sin responsabilidad política ni democrática- afín a la filosofía federalista, y que además, ofrecía la posibilidad de contener el avance del constitucionalismo popular entrante<sup>170</sup>.

Mientras tanto el republicanismo popular, ahora en él poder, representaba una idea radical de constitución, al considerar que la última voz en el Estado la detenta el pueblo. Esta visión comprendía que su "...concepto natural... lejos de ser la idea de una Constitución como marco cerrado y final del conflicto político como simple racionalización, neutralización y punto de cierre ideológico, es más bien

---

<sup>170</sup> Sanín Restrepo, Ricardo (2011), *óp. Cit.*, p. 87

como un estatuto abierto a la interpretación de múltiples niveles que no se excluyen mutuamente<sup>171</sup>". En este sentido, sus defensores no simpatizaban siquiera con la existencia de poderes sin responsabilidad democrática o que no fueran electos por el pueblo.

Esta cuestión, como señala Ricardo Sanín fue incluso materia de correspondencia entre Thomas Jefferson y James Madison<sup>172</sup>. Asimismo, Alejandro Medici destaca que, en consonancia con el pensamiento de Thomas Paine, ambos se oponían a una visión estática de los contenidos constitucionales<sup>173</sup>.

La disputa ideológica entre estas dos facciones terminó por materializarse en el ámbito judicial. Al concluir el mandato presidencial de Adams, éste nombró a varios de sus aliados como jueces en el circuito de Columbia. Entre ellos se encontraba William Marbury, quien por razones de procedimiento, no recibió a tiempo la carta que formalizaba su designación, y que el nuevo secretario de Estado James Madison, se negó a firmar. Este conflicto derivó en una impugnación que llegó hasta la Corte Suprema, presidida por John Marshall.

La importancia del fallo en el caso *Marbury vs. Madison* radicó en el establecimiento de la supremacía judicial, mediante la cual el juez Marshall definió que la judicatura constitucional gozaba de la facultad de interpretar los contenidos sustanciales y procedimentales de la Constitución y la legalidad. Esta afirmación, al igual que la crítica a la democracia popular, se fundamentó en los ensayos de *El Federalista*, particularmente en el número LXXVIII, de autoría de Hamilton. En este, el legislativo y el pueblo quedaban reducidos "a criaturas mansas" frente al acto de discrecionalidad interpretativa de los jueces.

James Madison, por su parte, sostenía que en los Estados con constituciones de carácter limitado, el poder mayoritario del Congreso debía ser expresamente restringido mediante el respeto a los contenidos de los derechos individuales, tarea que sólo podría ser garantizada a través de la independencia judicial. Esta postura

---

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 77

<sup>172</sup> *Ibid.* p. 84

<sup>173</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 68

se derivará de los juicios planteados en el *Federalista No. X*, donde se oponía a la concreción de una democracia popular por considerarla el gobierno de las pasiones particulares, de unos pocos, y proclive a la violencia. En situaciones de crisis constitucional, esto podría llevar al menoscabo de los derechos de las minorías.

Además, se argumentaba que, en tales contextos, el pueblo -como defensor de los intereses específicos por acción mayoritaria- no podía ejercer la función de la judicatura con imparcialidad. En consecuencia, los derechos en la práctica podrían convertirse en instrumentos de opresión. Así, se concluía que una judicatura limitada a la aplicación de leyes sería insuficiente. A partir de estas premisas, Marshall amplió la facultad de los jueces para emitir juicios de validez e invalidez sobre los actos del Congreso que contravinieran la Constitución, incluyendo en sentido abstracto, toda función de expedición de normativa, incluso la de carácter constitucional.

Con estas bases, el juez Marshall determinaría en el caso *Marbury vs Madison* una especie de involución democrática. Si bien reconocía que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, redactaría una Constitución que establecería tanto el esquema sustancial como los procedimientos del Estado, también sostenía que una vez delegadas las competencias de gobierno, esa soberanía se agotaba, permitiendo que los poderes constituidos impulsarán los alcances de lo jurídico.

No obstante, ante los riesgos representados en las facciones, Marshall sostenía que no podía permitirse que los Congresos legislarán sin la vigilancia de alguien ajeno a sus sentimientos populares; es decir, de actores no tuvieran filiación democrática. Por ello, se atribuyó a la judicatura, como competencia natural, la interpretación del texto constitucional, y con ello el sentido de sus contenidos. Esta interpretación incluía emitir juicios sobre su autenticidad o validez, al tiempo que constreñía al legislador a una actitud de cautela o mesura respecto a lo que debía decirse sobre el desarrollo social.

Así, lo constitucional terminaría sucumbiendo ante las estrategias de la aristocracia liberal, que se oponía a la inspiración republicana en la democracia popular. A partir de la manipulación constitucional, los campos prácticos de la

sociedad dejarían de ser expresión de la voluntad colectiva, para convertirse en el resultado de la metodología interpretativa del poder judicial. El derecho entonces se legitimaría en la medida en que fuera un producto susceptible de codificación positiva. Y es que, al entenderse acto de explicación desde una posición de supremacía estatal, debía jerarquizarse y construirse lógicamente dentro de un sistema de fuentes del cual ya no formaba parte la voluntad popular, suplantada por lo que, en última instancia, pudiera -y debiera- decir el poder judicial. De este modo, dicho poder se apropiaba de la *verdad constitucional*<sup>174</sup>.

En este sentido, Ricardo Sanín reflexiona sobre lo infructuoso que resulta reducir la norma constitucional al mero plano jurídico. En primer lugar, al tratarse de un acto del poder constituyente, la norma constitucional no puede encerrarse en cauces supuestamente naturales, pues:

“...si la Constitución es la creación política de lo jurídico, ella carece de un marco legal anterior y superior que defina un deber objetivo de aplicación, es decir, la constitución no tiene más fundamento jurídico que ella misma y, por tanto, no admite una imposición de límites de lo que es constitucionalmente negociable, ni permite una clausura de quién y qué se incluye dentro del discurso constitucional. Entienden, además, que su instancia jurídica no puede derivar en un diálogo social cuya única meta sea un consenso procedimental.”

Al reducir la Constitución al ámbito de la lectura jurídica por parte del poder constituido, instituciones fundamentales como la propia democracia se ven enfrentadas al riesgo de que su significado quede sujeto exclusivamente a la interpretación judicial. Esta, por su naturaleza liberal, y vínculo con el formalismo no comprende -ni siquiera se relaciona con- los contenidos sustantivos ni las formas democráticas por fuera del procedimentalismo tradicional. En palabras de Ricardo Sanín Restrepo, “la democracia es antiorigen en la medida en que es origen de sí misma, y no tolera un suplemento que la explique y la contenga<sup>175</sup>”.

---

<sup>174</sup> Sanín Restrepo, Ricardo (2011) *Óp. Cit.*, p. 89-90

<sup>175</sup> *Ibid.* p. 101

En segundo lugar, cabe señalar que el Estado de derecho, entendido como paradigma anti-arbitrariedad y anti-absolutismo, también es producto del acto constituyente. En él, se pacta la sujeción de todos -incluidos los poderes constituidos- a las reglas dictadas por la voluntad popular, expresada a través de los legislativos. No obstante, en un Estado donde la norma constitucional, si bien es formalmente suprema, se práctica, interpreta y transforma como una norma jurídica más por el poder constituido (el cual se erige como su garante), la consecuencia inevitable es la oligarquía. Porque mientras cualquier norma emanada del Poder Legislativo pueda ser declarada válida o inválida -incluso si se trata de regulaciones constitucionales o desarrollos de derechos humanos- la noción liberal de la Constitución como límite sustancial se diluye, y la libertad del pueblo para decidir quedará condicionada a lo que los procedimientos jurídicos permitan.

Si el Estado figura en la lógica política como el marco trascendental y normativo que explica y otorga competencias al pueblo estamos absolutamente por fuera de la gramática de la democracia y estamos incursionando en una oligo-arquía (el poder de definición de la Constitución en unos pocos) como negación material de la democracia. De ser consecuentes con la tesis anterior, todo liberal ha de preguntarse muy sinceramente si la democracia puede sobrevivir a la supresión del *demos* y de su *krátos* o poder ilimitado. Si el liberal cree que el *demos* no es pueblo, sino Estado y/o *cracia* no es poder fundante e ilimitado, sino fundado y subsidiario, la democracia es entonces un estado imposible e impensable y el liberalismo camufla una política bien distinta de la que confiesa<sup>176</sup>.

Por lo tanto, la “*cracia*” o *kratos* que deriva de una Constitución entendida exclusivamente como norma jurídica -monopolizada, practicada o resignificada por el poder constituido- tiene como consecuencia directa la reducción del *demos* a una mera instancia normativa, cuya participación se apertura o clausura según lo autorice dicho poder. Esto configura un *solipsismo normativo*<sup>177</sup> que solo valida y legitima la existencia del pueblo en la medida en que la norma lo permita, por y para ella.

---

<sup>176</sup> *Ibid.* p. 100

<sup>177</sup> Rosillo Martínez, Alejandro (Coord.) (2020), *Óp. Cit.*, p. 83

El resultado de esta lógica es que el sistema jurídico termina por oponerse a la horizontalidad que es su fuente primigenia: el pueblo, el conflicto político y su posterior consenso. En consecuencia, los contenidos fundacionales del constitucionalismo radical -como la igualdad social, la participación democrática, la inclusión de grupos excluidos históricamente por la colonialidad, y la construcción de una identidad nacional- se ven reducidos a simples representaciones simbólicas en un marco formal y abstracto<sup>178</sup>. Esto por ejemplo, se manifiesta, en la universalización de derechos endémicos del liberalismo occidental, la clasificación taxonómica de los derechos humanos por generaciones, o en una igualdad meramente formal o jurídica.

A partir de esto, el eje vertical de análisis constitucional revela que el discurso constitucional hegemónico -aquel que circula como verdad institucionalizada, que se reproduce en las aulas universitarias y se implementa en la práctica- es el resultado de una adopción acrítica y de una sumisión estructural al paradigma constitucional usamericano. Para Alejandro Medici, esta dinámica sólo refuerza una concepción vertical de la constitución:

“La imagen que nos propone el constitucionalismo tradicional es la de una constitución que es suprema porque establece normas supremas de conducta (derechos-obligaciones) y de competencia y organización de los órganos del estado de las que se derivan los contenidos (validez jurídica sustancial) y las competencias y procedimientos (validez jurídica formal) que deben respetar las normas jurídicas inferiores. De forma tal que esa constitución es el vértice y la jerarquía normativa

---

<sup>178</sup> Alejandro Medici explica que las constituciones poseen una importante carga simbólica, la cual se relaciona esencialmente con la ineficacia de su dimensión normativa jurídica. En efecto, una Constitución con alto contenido valorativo en términos político-ideológicos -especialmente respecto de la democracia y los derechos humanos- puede resultar ineficaz en su sentido radical, aún más, cuando es formalmente practicada. Esto se debe a que existen ciudadanos que, por su posición social económica, acceden a más y mejores garantías que aquellos que, si bien están incluidos de manera abstracta por la juridicidad, no ven reconocidas ni garantizadas sus condiciones materiales de existencia.

“Podemos definir lo simbólico en general, como la operación de desplazamiento de un sentido manifiesto (denotativo) hacia un sentido latente (connotativo) que termina preponderando sobre el anterior. Aplicado este significado a las normas jurídicas es necesario considerar que éstas tienen una dimensión simbólica. Especialmente las de nivel constitucional. La función simbólica es igual o más fuerte que la función jurídica regulativa y una falta de fuerza simbólica erosiona la función regulativa. Puede decirse entonces que puede haber una relación orgánica o equilibrada o funcional entre función simbólica y función regulativa de la normatividad jurídica.” Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 48

máxima de un orden jurídico piramidal en el que las demás normas se derivan escalonadamente unas de otras en una prelación lógica de mayor a menor generalidad y abstracción. A esta imagen de la constitución podemos llamarla vertical y jerárquica<sup>179</sup>.

Indefectiblemente, la idea de una Constitución vertical que se sitúe por encima del radicalismo social sólo puede tener como efecto que las sociedades de latinoamericanas -caracterizadas por su pluralidad cultural y por proyectos primigenios diversos de nación- se vean subsumidas en el monoculturalismo y el modelo organizativo único del paradigma liberal. Esta situación, por ejemplo, se hizo evidente en el caso mexicano. Los constituyentes de 1824 y 1857 no hicieron más que adoptar el liberalismo ilustrado como base de su diseño institucional. En 1824, las ideas sobre la naturaleza salvaje de la sociedad y su necesaria conversión racional al estado civil inspiraron el proyecto constitucional. No obstante, se resistió a conferir de manera expresa la facultad interpretativa al Poder Judicial, prerrogativa que se reservó al Poder Legislativo, manteniéndolo como última instancia para definir el sentido y transformación de la Constitución, aunque se adoptó el modelo federal, influido por el paradigma usamericano<sup>180</sup>.

Décadas más tarde, en 1857, promulgó una nueva constitución que reinstauraba el carácter liberal-federalista proscrito por el régimen centralista (1836-1847). En esta carta fundamental introdujo por primera vez la figura jurídica del amparo, relevante tanto por su papel en la defensa de los derechos individuales como por su función en la protección de la soberanía de las entidades federativas. No obstante, con su implementación, también se consolidó la independencia del Poder Judicial.

No fue sino hasta la Revolución mexicana de 1910 que se abrió un proceso de reconversión del constitucionalismo latinoamericano. Por primera vez en el mundo<sup>181</sup>, se introdujo el matiz social en los textos constitucionales. Se reconocieron

---

<sup>179</sup> Medici, Alejandro, (2012), *Óp. Cit.*, p. 173

<sup>180</sup> Rabasa, Emilio O., (2002), *Óp. Cit.*, pp. 15-21

<sup>181</sup> Antes de la Constitución de Weimar de 1920, y la Constitución Rusa de 1918.

y ampliaron derechos como la libertad de trabajo y sus garantías, el acceso a la educación pública y gratuita, así como un nuevo régimen de propiedad limitado sujeto a limitaciones como la prohibición de titularidad eclesiástica, la repartición agraria y la proscripción de los monopolios comerciales<sup>182</sup>. Durante sus debates sustanciales, incluso se llegó a cuestionar al amparo como “arma política” antes que como una garantía efectiva de derechos socio-liberales<sup>183</sup>. Aun así, el nuevo texto constitucional también se basó en principios liberales clásicos como la independencia judicial, la soberanía federal y la división de poderes.

Esta etapa social del constitucionalismo latinoamericano tuvo como objetivo la introducción de narrativas sociales distintas al discurso político hegemónico liberal, articuladas principalmente por los sectores explotados del trabajo fabril y el campesinado despojado. Alejandro Medici señala que, en este período, se manifestó un espectro crítico que evidenció síntomas de pugna por la igualdad política, la democratización y la reforma social. Estas aspiraciones estuvieron dirigidas a cuestionar el sistema capital-oligárquico imperante, y terminaron por expandirse a lo largos de la región, desde Bolivia, Brasil y Ecuador hasta Uruguay y Chile<sup>184</sup>.

Medici continúa explicando que, como consecuencia de la consolidación de la democracia bajo un *canon dominante* de tipo procedimentalista, el constitucionalismo social experimentó una especie de regresión, fenómeno que se dio en paralelo con la aceptación generalizada del concepto vertical de Constitución. Esta regresión estuvo incentivada por varios factores: entre ellos, la reacción de las élites empresariales, la instalación de una teoría de la ilegitimidad de la política y la progresiva erosión de la autoridad democrática. Todo ello operó bajo la apariencia de que las demandas civiles -particularmente aquellas con contenidos sociales redistributivos- sobrecargaban los ya débiles sistemas democráticos latinoamericanos, provocando su inestabilidad.

---

<sup>182</sup> Rabasa, Emilio O. (2002), *Óp. Cit.*, pp. 96-99

<sup>183</sup> *Ibid.* p. 92

<sup>184</sup> Medici, Alejandro (et. al) (2014), *Óp. Cit.*, pp. 80-88

“La solución propuesta era sencilla y sería aplicada de diversas formas en los años venideros: atenuar el alcance del principio y las prácticas democráticas, reduciéndolo a la participación esporádica en elecciones más o menos competitivas y evitar que los legislativos pudieran condicionar en exceso el libre funcionamiento del mercado capitalista<sup>185</sup>.

A raíz de esta lógica, se inicia el periodo neoliberal. En él, conservadurismo y liberalismo termina por homologarse, difuminando sus diferencias políticas y estabilizando objetivos estratégicos afines comunes. El mercado, la centralización, la privatización y la militarización pasaron a ser las banderas tanto de las élites privadas como de los gobiernos. Así, se instala el discurso de la desregulación, y la Constitución se transforma en símbolo del desarrollo económico, tecnológico y financiero de toda la sociedad, aunque en realidad oculta bajo la aparente legalidad del neoliberalismo, la existencia de poderes innominados que operan en las sombras. Estos poderes invisibilizan la intervención efectiva de principios como la igualdad o la universalización subjetiva de los derechos humanos, subordinándolos a las lógicas de la libertad empresarial y la protección privada. Este fenómeno tuvo sus expresiones más cruentas en las dictaduras militares de latinoamérica, siendo el caso chileno<sup>186</sup> uno de sus referentes. Tales regímenes sumieron a la región en profundas crisis económicas y democráticas, dado que los gobiernos militares carecían de legitimidad popular o consensual, mientras instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial fomentaban la adquisición masiva de deuda. Lo hacían bajo el pretexto de aprovechar la bonanza petrolera, fomentar la inserción en los mercados financieros -con su carga especulativa- y promover un modelo económico basado en el consumo desmedido y privatización, incluso la adquisición de deuda privada<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Alejandro Medici, atribuye la responsabilidad de este pensamiento al texto “*Crisis de la gobernabilidad de las democracias*” de 1975. Se trata de un informe financiado por empresarios de Europa occidental, Japón y Estados Unidos. Medici, Alejandro (et. al) (2014), *Óp. Cit.*, p. 88

<sup>186</sup> *Ibid.* pp. 88-90

<sup>187</sup> Juan Pablo Bohoslavsky explica que a partir de la década de 1980, el capital financiero se ha sido constituido como uno de los principales de los factores en la generación de deuda privada, fenómeno que se consolidó con el tiempo, y que a su vez, desencadenó una de las últimas grandes crisis económicas: la crisis de las hipotecas subprime en 2008. Esta tuvo como trasfondo la insatisfacción sistemática de derechos sociales,

Como consecuencia de estos eventos, algunos países iniciaron procesos de reforma constitucional con el propósito de enfrentar al neoliberalismo e imponer un marco jurídico más robusto para la protección, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos humanos. Tal fue el caso de Nicaragua en 1987, Brasil en 1988<sup>188</sup> y Colombia en 1991. No obstante, fue especialmente significativa la experiencia del Estado venezolano en 1999, cuya convocatoria constituyente marcó el inicio de una nueva etapa: *el nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Viciano Pastor también destaca el caso venezolano en el contexto del neoliberalismo en latinoamérica. En él, el modelo del constitucionalismo radical u *ortodoxo* -es decir, aquel basado en la legitimidad democrática- fue rescatado mediante la introducción de métodos de participación popular<sup>189</sup>. La democracia directa se confrontó así con la lógica neoliberal que, durante décadas, permitió reformar a conveniencia los textos constitucionales. En contraste, el acto reconstituyente en Venezuela excluyó la posibilidad de que el poder constituido pudiera transformar, e incluso interpretar, unilateralmente la normativa constitucional<sup>190</sup>. En consecuencia, se consagró en el preámbulo de la Constitución que el Estado avanzaría, por voluntad soberana del pueblo, hacia la consolidación de un sistema democrático que se alejaba de la actitud homogénea, estática y tradicional del constitucionalismo vertical.

---

comenzando por el derecho a una vivienda digna. El autor señala: "...el aumento de la desigualdad puede conducir a un exceso de préstamo y empréstitos privados, lo que, a su vez, puede repercutir en la estabilidad financiera y provocar, a largo plazo, una crisis de la deuda". De esta forma, se evidencia una relación directa entre las ambiciones del capital financiero, las profundas asimetrías sociales y la violación estructural y sistemática de derechos humanos. Véase Bohoslavsky, Juan Pablo (2020), *Deuda privada y derechos humanos*, Revista Derechos en Acción, pp. 27-68

<sup>188</sup> Particularmente, el caso brasileño contempla la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa (artículo 103 .2), lo cual representa un avance significativo en cuanto a la exigibilidad de legislaciones con contenido y calidad normativa. Sin embargo, la facultad para ejercer esta acción se encuentra restringida a determinadas entidades del poder público, lo que excluye de manera directa a la ciudadanía en general. Su acceso sólo es posible a través de partidos políticos con representación parlamentaria o, de forma indirecta, mediante diputaciones dentro de la Asamblea Legislativa, limitando así su potencial como mecanismos de participación democrática efectiva.

<sup>189</sup> En Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición (2010), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, p. 25

<sup>190</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p.92

“...con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones...”<sup>191</sup>

Casi una década después, los reconstituyentes de Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009 redactarían nuevas constituciones que, al igual que lo expresado en el preámbulo venezolano, tendrían como eje central la concreción de la voluntad popular y el diseño de instituciones orientadas hacia la demo-diversidad (participativa, plural y protagónica). Viciano Pastor identifica que la triada de los países mencionados, comparten elementos básicos que transformaron el *canon democrático* procedimentalista dominante durante la era neoliberal.

El primero de estos elementos es la *necesidad*, entendida como el reconocimiento de las condiciones materiales e institucionales que deben transformarse. Esto evidencia tanto el hartazgo social como la conciencia de vivir en sociedades que aún presentan síntomas de racismo en todas sus dimensiones. A través del acto de reconstituyencia, dichas condiciones invierten su sentido estratégico, orientándose hacia una visión positiva de las posibilidades para una vida digna.

Por ejemplo, Martha Zaldívar Abad, considera denominadores *comunes*<sup>192</sup> contextuales de los tres países, los siguientes aspectos:

a) la pérdida de legitimidad de los partidos políticos como representantes y defensores de las demandas sociales, así como su transformación -debido a la pérdida de un fundamento común- en actores excluyentes de la participación de grupos mayoritarios en la vida política;

---

<sup>191</sup> Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada el 30 de diciembre de 1999, aún vigente.

<sup>192</sup> Zaldívar Abad, Martha Loyda (2011), *Primavera constituyente entre viejos demonios: un nuevo despertar para América Latina*, Revista del Instituto de Ciencia Jurídicas de Puebla, p. 302

- b) la presentación de demandas relacionadas con la nacionalización de recursos naturales y la convocatoria de asambleas constituyentes, entendidas como derechos que deben ser garantizados por el Estado;
- c) la apropiación del papel, por parte de los movimientos sociales, del papel de garantes de derechos que la representación formal fue incapaz de asumir;
- d) voluntad de transformación política, reflejada en nuevos liderazgos políticos;
- e) una clara crisis democrática y de justicia, derivada de relaciones políticas asimétricas, evidenciada por la interpelación colectiva social.

Desde esta perspectiva -la *necesidad* y los *denominadores comunes*- es posible constatar, y al mismo tiempo responder, que las crisis democráticas surgen del encierro de la fuerza democrática en una participación meramente formal. Sólo la sociedad civil tiene la capacidad de activar procesos de transformación institucional e, incluso de cuestionar al derecho positivo que ha dejado de responder a las necesidades de las realidades emergentes.

Como segundo elemento de cambio Viciano Pastor hace referencia a la *innovación*, la cual se desarrolla de forma paralela a la necesidad de transformación. Esta surge como una respuesta a la crisis heredada de un sistema de representación política laxo. En este sentido, una vez que se abre el proceso de reconstituyencia, se plantea la construcción de nuevas instituciones y mecanismos democráticos con el objetivo de que el poder constituido, siga -y no pierda de vista- el mandato de su principal: el pueblo.

Mediante la *innovación*, la democracia participativa se materializa, permitiendo que el constituyente -al estar permanentemente presente en el pueblo, y ser un simple derivado de la normalización constitucional- se afiance en la sociedad civil. Así, se generan y recrean sistemas eficientes tanto para la producción de legalidad con calidad como para el control de las funciones de gobierno.

Por ejemplo, en el caso venezolano, se observa una progresión institucional a partir de la clásica tripartición de poderes, a la que se añaden un Poder Electoral<sup>193</sup> -encargado de supervisar el funcionamiento adecuado de la representación popular, entre otras- y un Poder Ciudadano, ejercido por la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público cuya función principal es vigilar el desempeño del servicio estatal y la aplicar sanciones cuando sea necesario<sup>194</sup>. En el contexto ecuatoriano la formulación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social encargado de garantizar y fomentar la participación en temas de interés social y la vigilancia de los órganos estatales; y en el espacio boliviano la incorporación del concepto de Estado Plurinacional<sup>195</sup>, como expresión de una transformación estructural en la concepción del Estado.

El tercer elemento se basa en la negación al carácter estático del constitucionalismo vertical. El autor español califica a las constituciones de los tres países como *constituciones de transición*, en tanto que postulan no ser proyecciones acabadas o definidas de la realidad social. A la vez, que contemplan la democratización de prácticas extensivas, amplias y diversas, es decir, de diversidad orientada al empoderamiento político.

Por ejemplo, en los casos de Bolivia y Ecuador -donde aproximadamente el 60% y 40%<sup>196</sup> de la población, respectivamente, pertenece a pueblos o comunidades originarias- estos grupos, históricamente condicionados por las estructuras legales basadas en la abstracción y la universalidad formal, ahora cuentan con posibilidades de igualación política. Entre estas se encuentran mecanismos como la convocatoria, el referendo y la revocatoria tanto de las constituciones como de los miembros de las Asambleas Constituyentes, herramientas introducidas en sus textos constitucionales<sup>197</sup>. Con ello, el cauce de la democracia representativa se amplía gracias a la incorporación de una dimensión social participativa, y además, a las

---

<sup>193</sup> Artículo 293

<sup>194</sup> Artículo 275

<sup>195</sup> Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición (2010), *Óp. Cit.*, p. 29

<sup>196</sup> Medici, Alejandro (et. al) (2014) *Óp. Cit.*, p. 97

<sup>197</sup> Medici, Alejandro (2016) *Óp. Cit.*, pp. 199-200

formas comunitarias propias de los pueblos, las naciones indígenas y el campesinado<sup>198</sup>. Se responde así a demandas legítimas de voces históricamente minorizadas por la corriente abstracta, universalista (formal), estática y encriptada<sup>199</sup> del constitucionalismo liberal.

A partir de esto, se reconfigura la relación entre las demandas materiales - que varían según el contexto y el grupo social que las plantea- y la organización estatal. Esta será un producto legítimo cuando los imperativos constituyentes se reflejen en sus prácticas constitucionales; es decir, cuando cada institución actúe en conformidad con dichos mandatos, posibilitando así los juicios productivos y reproductivos de vida que se expresan en cada proceso fundador o refundador.

No se trata únicamente de incorporar una dimensión ética en el ejercicio del poder público, sino de asegurar que la organización estatal esté permanentemente controlada por la acción popular, y no únicamente por la interpretación judicial o legislativa dentro del marco tradicional frenos y contrapesos.

Mientras que uno de los postulados fundamental del constitucionalismo liberal vertical es la rigidez constitucional -que asume la norma suprema como un proyecto cerrado, emanado de una fuerza fundadora en el *pacto social* primigenio- el nuevo constitucionalismo latinoamericano rechaza que sea el poder constituido, por su sola voluntad, quien determine la forma y la reforma. En cambio, gracias a la igualación política y a la apertura de mecanismos de democracia participativa, se busca establecer una relación verdaderamente orgánica entre las demandas materiales, traducidas en derechos, y las instituciones llamadas a garantizar su cumplimiento.

---

<sup>198</sup> Artículo 11 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

<sup>199</sup> Alejandro Medici entiende que una de las formas de fetichización constitucional es la *encriptación*, en tanto: “el dinamismo se da exclusivamente por vía interpretativa o por los cauces previstos por el programa constitucional, el protagonismo de la jurisdicción contra mayoritaria en el ejercicio del control de constitucionalidad, las presiones de los poderes fácticos corporativos y mercantiles hacia la seguridad jurídica que es la suya”. Pues con ella, se ataca directamente a la participación democrática, en tanto se prioriza en el ámbito del desarrollo legislativo la mecanización de procedimentalismos complejos, haciendo que no exista una real garantía para quienes no comprenden el lenguaje *tecno-legal* o tienen las posibilidades materiales mínimas para la participación semidirecta. Medici, Alejandro (2016) *Óp. Cit.*, p. 185

En este sentido, no se trata únicamente de reforzar el valor normativo de la Constitución, sino de innovar conforme a las necesidades, entendiendo a la legalidad como motor básico del Estado de derecho. Así, se abre paso al empoderamiento individual cotidiano, haciendo de la vida democrática un ejercicio real y continuo.

Para Alejandro Medici, esto implica comprender la soberanía popular como un principio situado por encima de la Constitución. Es decir, como un principio externo a ella, desde donde puede entenderse la verdadera intensidad del alcance su democrático. La soberanía popular al ser superior a cualquier principio o norma, no está subordinada a las formas de organización estatal, ni puede reducirse a una simple garantía de tipo prohibitivo; por el contrario, es un principio vinculante en sí mismo.

En este sentido, tanto la reforma constitucional como la iniciativa legislativa, deberían pasar, en primer lugar, por la revisión, el referendo o el rechazo del constituyente o la voluntad popular, sólo y posteriormente ser llevadas a cabo por los órganos de representación, como los Congresos o el Poder Legislativo. Como señala Medici: "...en el sentido que puede entenderse como suprema ni rígida una Constitución que en su origen y en su enmienda no pasa por la activación del primero...<sup>200</sup>", es decir, el pueblo. Del mismo modo, no podría considerarse legítimo un orden jurídico cuya fuente no provenga de la realidad social y de la participación cívica.

Esto remite a que la participación popular también entendida como principio, sea la concreción de la soberanía popular. Sin embargo, aunque el acto el constituyente y la participación directa sean sus manifestaciones más fieles, debe considerarse también que la elección mediante sufragio tenga como consecuencia una representación política sujeta a mandatos específicos, previamente definidos y siempre activos, como expresión viva de la soberanía popular.

---

<sup>200</sup> Medici, Alejandro (2016) *Óp. Cit.*, p. 202-203

Pues así, la participación no sólo operaría como el mecanismo de apertura del acto constituyente, sino como el medio mediante el cual ocupan los espacios democráticos para la vigilancia, control y de derecho positivo legítimo, capaces de empoderar a la ciudadanía. Por tanto, aunque la organización de los poderes públicos -como el Legislativo o el Ejecutivo- cuente con cierto grado legitimidad democrática, no deben convertirse en estructuras cerradas o desvinculadas de la participación extensiva, amplia y transitoria de la soberanía popular.

Finalmente, el autor argentino sostiene que, para la concreción de una legitimidad fuerte- capaz de validar y hacer posibles las acciones institucionales, especialmente aquellas derivadas de la representación- es necesario que todas ellas se basen en el principio de legitimidad de origen. Este principio establece un vínculo a través de un consenso exigente -democrático, participativo y soberano-, no sólo con la forma de organización estatal, sino también con el derecho, entendido como un campo de mediaciones prácticas y relacionales, en permanente construcción, que requiere del filtro social.

“Así, la legitimidad de origen resulta ser también presupuesto de la validez jurídica formal de la constitución y de las normas del ordenamiento jurídico en tanto que exige que en el proceso de su creación se observen todas las exigencias que denotan su carácter democrático, por lo que su único e indelegable sujeto sea el pueblo ejerciendo su poder constituyente democrático<sup>201</sup>”

#### **4. Democracia instituyente.**

Referirnos a la fortificación teórica del poder constituyente desde las experiencias latinoamericanas nos permite solidificar el papel de las constituciones, en tanto que estas funcionan como contenedoras de expresiones surgidas de voluntades concurrentes sobre lo que significa la vida digna y la estructura orgánica de

---

<sup>201</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, p. 205

instituciones gestoras que posibiliten el alcance universal de las condiciones materiales para lograr el fin de la empoderación.

En este sentido, el poder constituyente representaría el derecho latente a la transformación frente a realidades que llegan a agotarse; es decir, en momentos de radicalidad crítica colectiva, permite replantear las formas de los poderes públicos y la posibilidad de sus prácticas, a través de la institución de una Constitución democrática y jurídicamente vinculante. De esta manera, el poder constituido se institucionaliza, se formaliza y se desenvuelve dentro de límites legales de procedimiento y organización.

Con ello, los fines constitucionales sustanciales (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.) se atenderán mediante actuaciones legítimas, entendidas como el mandato de continuidad del constituyente. No obstante, dicho poder debe ser vigilado y controlado, so pena de su posible reformulación si se desvincula de sus principios originarios.

Un poder constituyente fuerte insiste en que la Constitución sea la salvaguarda democrática de los derechos humanos a los cuales se les otorga refuerzo institucional; y no contrariamente, que sean los órganos estatales quienes brinden fundamento sustantivo a dichos derechos. El garantismo, si recordamos, propone una reformulación de la concepción clásica del poder en los Estados, basada en contenidos dinámicos que reconocen a las necesidades sociales como especialmente relevantes.

Al mismo tiempo, se reconoce que en la actualidad la complejidad de garantizar los derechos humanos<sup>202</sup> ha superado la tradición de la tripartición liberal del poder. En primer lugar, debido a la persistencia de cierta memoria genética en la estructura orgánica del Ejecutivo y el Legislativo que insisten en mantener una relación de coparticipación para garantizar -bajo la apariencia beneficiar la *esfera pública*- el provecho privado, todo bajo la excusa de actuar como poderes tutelantes de la mayoría, y con legitimidad democrática. Esto justifica que tales poderes

---

<sup>202</sup> Especialmente a los derechos sociales y colectivos e incluso en la emergencia de nuevos derechos.

políticos deban limitarse a la *esfera de lo decidible* y a las *funciones de gobierno*, permitiendo que sean constructoras del orden jurídico, únicamente en cuanto a la concreción de normas positivas, siempre siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos.

En segundo lugar, la garantía rígida de lo constitucionalmente sustantivo, es decir, de aquello que debe preservarse y ponerse en marcha de manera imperativa, se convierte en competencia exclusiva de la actividad judicial y la administración pública. Esto se debe a que los poderes de la mayoría -por naturaleza propensos al exceso y a la violación de derechos por razones políticas- deben ser excluidos de dichas decisiones. Son, en cambio, estos actores técnicos quienes deben intervenir en tiempo de crisis para proteger lo *indecidible*. A la judicatura se le otorga, en particular, la facultad de declarar lo legalmente válido, y aunque se le niegue intervención en la producción legislativa, se termina obstruyendo el poder de las mayorías, grupos y colectivos para definir el significado del derecho, sus contenidos y principios. Esto como hemos visto, constituye en el constitucionalismo latinoamericano un elemento desdemocratizador de la participación popular.

Para que el derecho positivo llegue a ser una mediación de actuación -en el sentido el concepto expresado por Medici del derecho como campo práctico y relacional-, este requiere ser tratado bajo el refuerzo institucional garante y mediante la filtración de significados comunes. De este modo, la actividad judicial y la legislativa se convertirían en acciones no sólo garantes, sino también respondientes a los contextos concretos de los sujetos titulares del derecho.

Así, los cuestionamientos que se internan en las esferas de la legitimidad popular y democrática encontrarían una respuesta material, marcando como un imperativo la necesidad de ajustar los ordenamientos jurídicos. En este sentido, cabe preguntarse: ¿Qué justifica la supervaloración de una reforma constitucional para ampliar la competencia del Poder Legislativo, por encima de la necesidad de expedir leyes que incidan directamente en la vida cotidiana de la ciudadanía, como

aquellas relativas al manejo y reconocimiento de los bienes naturales como derechos humanos?<sup>203</sup>.

Incluso si, en su función garantista, el Poder Judicial actuará para invalidar reformas u ordenar al legislativo la expedición de leyes, surge una nueva interrogante: ¿Qué mecanismos vinculantes tendrán que activarse para forzar la revelación efectiva de la voluntad popular en una ley?<sup>204</sup>.

Ante este panorama, es necesario que junto con la función del esquema garantista de división del poder y la concepción fuerte del poder constituyente, exista también la formación de acciones instituyentes que permitan resignificar el contenido de las leyes y los procedimientos institucionales en función de lo común.

David Sánchez Rubio define lo común como un producto de la praxis, contrario al anquilosamiento y a la petrificación del poder constituido pues es: “...fruto de acciones, relaciones, significaciones y reglas que se realizan continua y permanentemente con determinadas características...”<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> El 8 de febrero de 2012 se realizó una reforma constitucional al artículo 4°, mediante la cual se reconoció el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible como un derecho humano. Esta reforma fue acompañada por el mandato legislativo de expedir una Ley General de Aguas con un plazo máximo de un año para su aprobación. Ley que a la fecha no ha sido expedida.

En contraste, el artículo constitucional que establece las competencias exclusivas del Congreso de la Unión para legislar en determinadas materias ha sido modificado en 25 ocasiones desde 2012. Estas reformas han requerido cumplir con los procedimientos establecidos en el artículo 135 de la constitución: aprobación por al menos dos terceras partes de ambas Cámaras que comprenden el Congreso de la Unión, así como la validación por mayoría de los Congresos estatales.

Estos actos han implicado un esfuerzo legislativo y político mayor al que supondría garantizar legalmente el derecho humano al bien natural del agua, lo cual evidencia una priorización normativa y política que no necesariamente responde al mandato constitucional ni a la urgencia social que implica la gestión y protección de este derecho humano.

<sup>204</sup> Desde 2016 -a partir del amparo en revisión 1359/2015- la SCJN en México ha reconocido como reclamables, mediante juicio de amparo, los actos de omisión legislativa cuando existe un mandato constitucional expreso de expedir una ley. Incluso antes de este precedente, ya se contemplaba la procedencia del reclamo por esta vía a través de Controversias Constitucionales.

El 23 de mayo de 2022, la propia Corte declaró inconstitucional la omisión de emitir la Ley General de Aguas al resolver la Controversia Constitucional 56/2020, y ordenó su expedición en el siguiente periodo de sesiones. No obstante, ante la ausencia de un mecanismo efectivo de vinculación a la sentencia, el Poder Legislativo ha hecho caso omiso a dichas resolución, evidenciando así los límites estructurales en la ejecución de decisiones judiciales frente a omisiones legislativas de contenido constitucional.

<sup>205</sup> Malinverni da Silveira, Clóvis Eduardo (2019), *O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios*, Universidade de Caxias do Sul, pp. 100-101

Estas características son el resultado de una oposición directa a las formas de acaparamiento de la dimensión instituyente por parte del capital oligárquico, que busca apropiarse de lo común mediante criterios de competitividad y con base en la protección de intereses ajenos a la *esfera pública* -es decir, introduciendo los conflictos de intereses- y determinando unilateralmente lo que debe entenderse como garantía de regulación.

Para el autor español, los derechos humanos son tanto bienes jurídicos como no jurídicos, ya que a través de ellos realizan y concretan, en la práctica, las dimensiones de la vida digna<sup>206</sup>. Esto exige, por una parte, una responsabilidad social en la significación de necesidades, es decir, de otorgar a los derechos un contenido fundamental construido epistémicamente desde contextos históricos determinados y siempre mediante la praxis.

Así instituir deviene en una práctica de coproducción social y de obligación institucional, en la que se vincula a: "...todos los actores a un compromiso para una tarea comprometida y participativa de hacer inapropiables las producciones humanas por medio de nuevas reglas de uso y no de dominio sobre las cosas<sup>207</sup>".

Mientras que, desde el tradicionalismo de la teoría constitucional, la relación entre poder constituyente y poder constituido se concibe como una estrategia de normalización vertical del poder, en la cual el pueblo queda sometido a su propia creación -una creación que prioriza exentar lo jurídico de lo material y sustancialmente relevante del derecho-, se concentra en la fundamentación procedimental de la organización del poder y en la ampliación de facultades.

En contraste, el poder instituyente radicaría en la capacidad de formar respuestas sensibles a contextos que se encuentran condicionados por el peso hegemónico de esa visión formalista. La creatividad del constituyente entonces estaría influida por la capacidad social de reflejar colectivamente los contenidos prácticos de la sociedad, no sólo durante la creación constitucional, sino también

---

<sup>206</sup> *Ibid.* p. 102

<sup>207</sup> *Ibid.* p. 101

antes y después de ella: el poder de generar o regenerar una Constitución se encuentra siempre latente, el instituyente se mantiene permanentemente activo.

Así, sí lo común es producto de este ejercicio activo y colectivo para participar en la formación de la realidad -significando y prescribiendo lo que se considera necesario para concretar vidas dignas de vivirse- entonces el derecho positivo deviene en un bien común, en tanto que la democracia logre superar la quiescencia, el anquilosamiento, la petrificación y las prácticas estratégicas por de los poderes públicos.

Esto implica vincular a dichos poderes a la innovación y la garantía de derechos en sus respectivas funciones, reconociendo la participación popular como su fundamento último.

## **5. Consenso exigente.**

Entonces el tratamiento del derecho positivo como un bien común, que exprese la realidad material y funcione como una mediación al alcance de todos, depende estrictamente de la formación de consenso posterior al proceso constituyente. Para dicho consenso quede plasmado en la norma positiva, es inevitable la intervención de los poderes constituidos específicamente facultados para ello, lo que trae consigo la necesidad de la representación política como un mal necesario que debe ser controlado, a fin de garantizar una expresión genuina del autogobierno democrático<sup>208</sup>.

Al definir su postura frente a la noción de control democrático, el garantismo de Luigi Ferrajoli se ha pronunciado a favor de implementar la representación proporcional como el sistema más adecuado para fortalecer la relación entre el poder institucional y las demandas sociales. Desde esta perspectiva, los conflictos sociales estarían razonablemente resueltos en tanto ninguna voz quedaría excluida de las discusiones de la política y del proceso de producción legislativa.

---

<sup>208</sup> Guadarrama González, Pablo & Picarella Lucia (2022), *Libertad y justicia social para el cambio. Teoría y conceptos.*, NaSC Free Press, p. 355

Sin embargo, esta lógica también podría implicar, la neutralización, per se, de la materia democrática y los medios efectivos de control popular, en la medida en que el principio de representación acabe por diluir la participación directa y sustancial de la ciudadanía en la definición del derecho y sus contenidos.

La democracia no es únicamente un acto procedimental; y, ante todo, una expresión crítica que emerge de la formación de conflictos frente a realidades que no satisfacen, ni garantizan el ejercicio creativo y la emergencia de nuevos derechos. En este sentido, una representación garantista que se limite a enunciar que el único medio de control político es que los ciudadanos pueden ejercer periódicamente en forma de electorado -donde la única sanción posible al poder público sería la pérdida de legitimidad hasta el siguiente periodo de elecciones-, configura un sistema de representación débil y limitante de la función instituyente de la sociedad.

El riesgo inherente a este tipo de democracia representativa radica en que la función pública puede convertirse en un instrumento intensivo de superposición de intereses. Al tratarse de un *consenso débil*<sup>209</sup>, la responsabilidad democrática de los ciudadanos se reduce al acto del voto, permitiendo la emergencia de burocracias, la profesionalización de la política, la tecnificación del derecho y finalmente, la hipervalorización de los procedimientos como únicos métodos de resolución de conflictos. Este proceso tiende a homogeneizar la pluralidad social que, una vez fragmentada y controlada por el filtro de la administración, pierde su impulso creativo.

Para Luigi Ferrajoli, sin embargo, no resulta sostenible la introducción de mecanismo de control distintos al electoral, al ser considerar que estos pueden ser fácilmente apropiados por quienes mayor capital político o económico concentran. En consecuencia, se esperaría que sea la norma constitucional la que actúe como guía ética del actuar de los poderes constituidos, y no que los titulares del poder -la

---

<sup>209</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 74-76

ciudadanía- tengan que disputar constantemente la posibilidad de imponer su creatividad para la efectiva implementación de garantías.

De esta manera, la responsabilidad emanada de la voluntad constituyente e impuesta a lo constituido-instituido quedaría nulificada. El agente se convertiría en la subjetividad que da materia al derecho y, aunque las voces de todos estuvieran representadas electoralmente, la democracia se reduciría a un instrumento meramente procedimental. La producción de la normativa caería en un *solipsismo*, dictando unilateralmente las condiciones sobre lo que es, se dice y se hace por derecho, virtualizando el circuito de la interpretación judicial y generando una dialéctica técnica de lo constitucional<sup>210</sup> que ignora el origen popular del poder instituyente.

La representación proporcional, en el pensamiento garantista, estaría entonces orientada a preservar una democracia ideal más que a sostenerla en la praxis. Para Boaventura de Sousa Santos, escindir estas dimensiones permitiría recuperar el carácter crítico la democracia, problematizarla y dotarla de contenido material útil para una participación colectiva real<sup>211</sup>. Recordemos que la *Constitución pacticia* derivada del contractualismo -y especialmente de su vertiente rousseauiana, según el autor brasileño- depende de la dimensión económica para cumplir con el principio básico de integración igualitaria, tanto en la redacción como en la ejecución práctica de la constitución.

Sin embargo, este enfoque no resuelve el problema práctico-material. Al contrario, tiende a erradicar el conflicto como parte del proceso democrático. Para Nancy Fraser, la carencia económica es un factor de dominación política que limita el ejercicio democrático, aunque resolverla formalmente no basta. Incluso si ciertos grupos logran acumular mayor capital económico, esto no elimina las limitaciones inherentes a la delegación procedimental, ni corrige su tendencia a clausurar el conflicto. En este marco, el *reconocimiento* se vuelve el tema subyacente:

---

<sup>210</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, pp. 194-195

<sup>211</sup> Santos, Boaventura De Sousa (2006), *Óp. Cit.*, p. 77

Esto implicaría una reevaluación dinámica de las identidades denigradas y de los productos culturales de los grupos difamados. También implicaría reconocer y valorar de manera positiva la diversidad cultural. Una perspectiva aún más radical precisaría de la transformación total de los modelos sociales de representación...<sup>212</sup>

De manera que *reconocer* permitiría, al menos en un primer momento, que la Constitución no se cierre ante las tensiones. Por el contrario, expresar la integración igualitaria únicamente como un principio universal abstracto podría tener como efecto la homogeneización de sociedades constitucionales cimentadas en la pluralidad. En este contexto, el valor del conflicto se presenta como un elemento que fortalece la construcción de lo común, ya que la dilatación del poder instituyente en lo popular, lo colectivo, lo grupal y lo natural abriría la posibilidad de entender que son las diversas realidades las que otorgan la sustancia a la vida digna, y por tanto, a los derechos humanos.

Así, la representación técnica y profesional debería subordinarse al elemento fáctico y no a la inversa; es decir, no debe ser quienes ostentan la legitimidad formal de la delegación quienes determinen discrecionalmente los elementos materiales que configuran la vida, con el argumento de que actúan como expresión de voluntades fraccionarias, proporcionales, o incluso de minorías con mayor poder de capital.

La imagen que se sucede es la de una frontera entre aquellos que deciden y organizan lo común, por un lado, y entre aquellos, la inmensa mayoría, que utilizan lo común, pero que no deciden sobre lo común, por otro. Es decir, los políticos como especialistas de lo público y la población como usuaria de lo público<sup>213</sup>.

Por tanto, reconocer supondría introducir facultades que permitan las transformaciones necesarias y adecuadas para que lo común sea una construcción colectiva de bienes capaces de responder a necesidades históricamente variables.

---

<sup>212</sup> Fraser, Nancy (2000), *Óp. Cit.*, p 7

<sup>213</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 86

Con ello, el consenso débil, que agota la participación ciudadana en la simple delegación del poder y da lugar a una representación política limitada, podría ampliarse. En consecuencia, se expresaría -o no- una voluntad real de quienes detentan la *potentia* para ejercer controles y discrecionalidad democrática. Es decir, se avanzaría hacia un poder de decisión, y no de simple elección.

El paradigma de la representación débil, según Alejandro Medici, es aquel que, junto con la elección simple, la falta de vinculación efectiva del sufragio con las formas de la gestión estatal y la discontinuidad del consenso entre periodos electorales, se articula en favor de la intervención desigual de fuerzas en la producción del derecho positivo, debido a la creciente profesionalización de la política<sup>214</sup>. En este esquema reducido de representación, el poder se concentra en quienes han sido investidos por la elección, lo que les permite moldear a discreción las reglas del juego<sup>215</sup>, es decir, el contenido de la legalidad.

A ello se suma el uso estratégico del tiempo de investidura, prolongado e irrevocable, durante el cual los actores políticos gestionan la información pública sobre los procesos constitucionales y de actividad política en beneficio propio, paralelamente, consolidan vínculos con élites económicas que, gracias a su influencia estructural y temporal, logran intervenir en dichos procesos sin pasar por mecanismo democráticos sustantivos.

A causa de esto, el autor argentino propone transformar ese consenso laxo en una forma exigente de intervención dentro de la formación de democracias con calidad y en consecuencia, avanzar hacia la ampliación de facultades normativas para el pueblo. Con esto, el poder constituyente y el poder instituyente actuarían de forma sinérgica, permitiendo que la práctica constitucional se actualice mediante mecanismos de control sobre el “mal necesario” de la participación indirecta a través de la representación, así como sobre la monopolización de la interpretación del derecho positivo por parte de la judicatura. De esta manera, se abriría paso a

---

<sup>214</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 85

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 85

legalidades que reglamenten los mandatos constitucionales primigenios, o bien, que refuercen las formas de participación a través de la:

...profundización de procesos de democratización donde la legitimación deviene de la participación como condicionante necesario de la adopción de políticas y la toma de decisiones, generando un proceso donde dicho consenso tiende a no darse por sentado, sino que debe verificarse en el sentido de su ratificación, rectificación, denegación, etc., en forma de proceso continuo (intensidad) que involucra a más ciudadanía, en más temas (extensión) de mayor relevancia pública.

Finalmente, consideramos que un consenso exigente expande los alcances democráticos hacia la concreción de una demodiversidad que recupera las mediaciones garantistas derivadas del concepto de Constitución racional normativa y la dimensión popular y colectiva del constitucionalismo latinoamericano. Con ello, todas las actuaciones de los órganos estatales se adhieren a un imperativo: la perentoria implementación y desarrollo de las normas constitucionales, entendidas no sólo como marco jurídico, sino como obligaciones, derechos humanos y mandatos con solidez jurídica vinculante.

**CAPÍTULO III.** Omisiones legislativas en el Estado  
Constitucional Mexicano: actitud anti democrática garantista  
de los poderes constituidos.

## **1. Introducción.**

Ahora bien, siguiendo las dimensiones teóricas esbozadas desde el constitucionalismo garantista y el constitucionalismo latinoamericano, nos proponemos analizar aquellas prácticas que pueden tildarse de omisivas frente al ejercicio constituyente-instituyente popular, específicamente en lo relativo a la creación de leyes y transformaciones constitucionales por parte de los poderes legislativo y judicial.

Consideramos que las bases legales que conforman la dieta básica del ejercicio institucional deben ser el reflejo directo de prácticas colectivas e individuales vinculadas a la exigencia de los derechos humanos. Es decir, que aunque el poder público es el facultado para reglamentar y “decir el derecho positivo”, deben ser sus titulares sociales quienes a partir de sus experiencias concretas, los que aporten los elementos necesarios para hacer que la legislación consista y corresponda con las realidades históricas y con las necesidades básicas para alcanzar condiciones de vida digna: el derecho como campo práctico y relacional de la humanidad.

A partir de ello, resulta imprescindible que el imperativo que reviste a la función pública -para dotar de coherencia a los mandatos constitucionales- se concrete tanto en derechos como en obligaciones, y por lo tanto, en garantías jurídicas reales, es decir, con fuerza normativa suficiente para vincular actuaciones específicas destinadas al reconocimiento material y la satisfacción efectiva de los derechos humanos.

Desde nuestra revisión teórica, queda claro que existe una relación indisoluble, tanto práctica como teórico-ideológica entre lo constitucional, los derechos y el ejercicio democrático. Esta relación ha condicionado históricamente la formación de la legalidad, desde su origen en juicios negativos y de propiedad, hasta la irrupción de la subversión popular que ha buscado reconvertirla en la representación de juicios positivos de vida, orientados al empoderamiento colectivo e individual, y al contingente control del poder público.

De este proceso ha derivado en contenidos normativos que abren paso a la participación ciudadana en las decisiones que moldean la vida política de una sociedad, resignificando el derecho como mediación práctica y relacional, y no únicamente como una estructuración simbólica al servicio de la asimetría del poder.

Nuestro interés se centra en analizar las prácticas atrapadas en la quiescencia del poder, y en su caso, su defensa institucional dentro del Estado mexicano. Para ello realizaremos una revisión dogmática de los medios de control constitucional, tanto a nivel federal como estatal, limitándose a aquellos que facultan o permiten el ejercicio popular de participación en la formación de la legalidad y reforma constitucional. Se pondrá especial atención en cómo es tratada la figura de la omisión legislativa por parte del poder público cuando existe una exigencia ciudadana para la emisión de legislación. Esto permitirá observar los alcances -a favor o en contra- de la intervención popular en la creación o reforma normativa, con base en los argumentos que los poderes públicos esgrimen al momento de atender o desestimar los imperativos y demandas sociales.

No obstante, es necesario adentrarnos en el tratamiento teórico que diversos autores han desarrollado en torno a las garantías prácticas, posicionando críticamente sus alcances y destacando la necesidad de transformar el paradigma garantista para que este pueda actuar sinérgicamente con la vertiente popular del constitucionalismo. El objetivo es explicar las prácticas inconstitucionales del poder institucional, evitando a su vez caer en una construcción puramente dogmática de la figura de la omisión legislativa, que derive en un análisis estéril centrado exclusivamente en el procedimentalismo.

Por ello, daremos una revisión crítica de aquellas actuaciones del poder que frenan la transformación, la innovación y la experimentación democrática, como paso previo hacia un modelo de control garantista que responda a las ausencias o *vicios normativos* que imposibilitan los alcances de la participación popular en contextos democráticos.

En este marco, es importante señalar que nuestra atención se centrará particularmente en los órganos legislativos y judiciales, dado que la responsabilidad

principal de emitir legislación de alcance general se recae en los Congresos o Cámaras legislativas, y que por tradición, es la jurisdicción constitucional la encargada de velar por la regularidad constitucional derivada de la actuación de estos órganos.

## **2. Medios de control de lo constitucional.**

Antes de adentrarnos en la exposición de los medios de control constitucional en México, es pertinente ampliar los términos del consenso exigente propuesto por Medici, con el objetivo de precisar las características particulares que pueden ofrecer dichos controles. Como se señaló en el capítulo anterior, el consenso exigente implica la convergencia de procesos de participación continua, extensiva y profunda, a través de mecanismos democráticos, para la toma de decisiones sobre temas comunes.

A partir de ello, el consenso exigente puede articularse en dos dimensiones. La primera surge de la necesidad de crear mecanismos que permitan a la sociedad establecer una relación constante y activa con las instituciones públicas, el poder, y en general, con el Estado. Esto supone ampliar la limitada facultad de decisión que caracteriza al paradigma de la representación política procedimental. Este modelo encierra riesgos de autolegitimación y autorreferencia del poder, lo cual puede derivar en el entorpecimiento burocrático de la exigibilidad de los derechos sociales, la tecnificación del derecho a través de la profesionalización de la política, una dialéctica constitucional practicada por miembros autorizados y el cierre de prácticas populares necesarias para el fortalecimiento de la democracia.

Estos efectos están enraizados en la discontinuidad participativa, ya que, mientras menos se prolonguen en el tiempo las intervenciones ciudadanas, mayores serán los márgenes de acción discrecional del poder político. Como advierte Medici, "...los representantes pueden manejar la información, el tiempo y la agenda, agrupando sus actos de modo de alejar las medidas impopulares de los

períodos eleccionarios y exige a los votantes dar una aprobación o un rechazo único a toda la multiplicidad de acciones a evaluar<sup>216</sup>,

Esto rompe con la dimensión crítica y formativa de una democracia que permita tanto disponer como decidir. Por ello, los mecanismos de intervención exigente en la política tendrían como efecto condicionar las decisiones públicas mediante la ampliación del poder de decisión individual y colectiva. Así, se contribuiría a: "...fortalecer las capacidades autoorganizativas de la sociedad, ser un medio de socialización de la política y de generación de nuevos espacios y mecanismos de articulación entre Estado y sociedad<sup>217</sup>".

En segundo lugar, un consenso exigente, remite a la condición implícita de la participación. Para Medici, es un hecho que el encapsulamiento de la participación popular se origina en la disrupción entre el capital y la movilización social durante la crisis del Estado Social. Este último incorporó en su discurso el argumento de la debilidad estatal para satisfacer las "sobredemandas" sociales, ocultando tras ello la intención de estabilizar una relación dominante entre capital y democracia procedimental, ante la posibilidad de deslegitimación que representaba el auge de la participación popular<sup>218</sup>.

Así, la práctica democrática terminó por cimentarse en la constricción continua y extensiva del paradigma social de participación, introduciendo una serie de contradicciones: la movilización popular deslegitimada frente a una institucionalización de tipo puramente procedimental; el interés ciudadano reducido al acto electoral como único canal de involucramiento político; la tecnificación de los mecanismo de sufragio como vía de fortalecimiento del sistema representativo; la reducción de la pluralidad política y social al ámbito partidista, y en consecuencia una crisis generalizada de la calidad democrática<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p.88

<sup>217</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p.86

<sup>218</sup> *Ibid.* p.75

<sup>219</sup> Estos rasgos son efecto del despliegue neoliberal. Medici señala que esto se da esencialmente en latinoamérica, receptor el modelo como terreno de ensayo de sus políticas: desde el Consenso de Washington, la militarización de las democracias, la introducción del capitalismo financiero, la pugna capital por la

Debido a ello, el autor argentino sostiene que la participación, en los términos propuestos por el constitucionalismo latinoamericano<sup>220</sup>, transforma la relación tradicional de la representación política hacia un mejoramiento de ésta, pero a través mediante del control-decisión<sup>221</sup>. Esto implica que la sociedad, al ejercer un monitoreo constante -balanceado entre el control institucional y la movilización social (manifestaciones, denuncias públicas, ejercicio de garantías no institucionalizadas, etc.)- puede evitar los peligros prácticos de asumir como válido un consenso meramente electoral. De esta manera, se impide la autorización tácita de discrecionalidades que permiten a los poderes públicos monopolizar el tiempo, la información y la agenda política. No obstante, lo que distingue realmente a una democracia procedimental de una con participación sustantiva<sup>222</sup> es el carácter vinculante de las decisiones colectivas, en tanto obligan a los poderes constituidos a actuar en coherencia con la voluntad popular.

El objetivo de realizar esta diferenciación es concentrarnos en los efectos de una participación social institucionalizada o *legal*. Consideramos que, si bien la participación radical social es parte esencial de un sistema garantista democrático -ya que a través de ella se construyen representaciones jurídicas de derechos acordes a la realidad-, la acción legal cumple una función particular: vincula y obliga. Incluso, en caso de incumplimiento, abre la puerta a la legitimidad de la subversión, la resistencia y la presión por cualquier medio<sup>223</sup>.

---

desregularización del mercado mediante las reformas constitucionales de los Estados impulsadas por los gobiernos, el endeudamiento de los países y los discursos falsos de bonanza económica del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. *Ibid.* p.71-72; Medici, Alejandro (et. al) (2014), *Óp. Cit.*, pp. 80-91.

<sup>220</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 91-94. En estas páginas el autor describe los mecanismos de participación dentro de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, los cuales pasan desde la intervención popular directa por *mecanismos de representación ampliada* a través de la elección de los integrantes de las Cortes, la revocación de mandato mediante sufragio directo, la cogestión de políticas públicas; hasta mecanismo de intervención semidirecta como la iniciativa popular, referéndum y el plebiscito.

<sup>221</sup> *Ibid.* p. 87

<sup>222</sup> Alejandro Medici denomina al conjunto de las dos formas de participación *accountability social*: "...entendida como un monitoreo de las acciones de gobierno a través de distintos mecanismos de control y participación ciudadana, ejercido generalmente mediante la acción de diversas organizaciones públicas no estatales, y cuyos canales pueden ser institucionales o de carácter más centrado en las movilizaciones sociales y denuncias mediáticas. Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 88

<sup>223</sup> En el contexto de violencia racial que marco la década de 1960 en Estados Unidos, el líder musulmán radical Malcolm X sostenía que, si bien el movimiento por los derechos civiles de las personas afrodescendientes

Esto no implica que la acción legal institucionalizada sea más legítima que la que ejercen los colectivos organizados o espontáneos para garantizar derechos de facto. Más bien ambas formas de participación son complementarias, tanto en el momento previo como posterior a la exigencia popular. Con la legalidad se busca hacer efectivos los mecanismos de tutela y control sobre las políticas gubernamentales, con el fin de satisfacer los derechos materialmente, ya sea a través de la vinculación obligatoria de sentencias judiciales, o mediante la responsabilidad legal en los casos en que se niegue u omita dar garantía legislativa a un derecho en emergencia, o bien cuando se incumpla con el desarrollo del contenido normativo secundario de derechos ya reconocidos constitucionalmente.

Por tanto, es notable que la participación no puede prescindir de mecanismos de control legalmente establecidos, y que estos, a su vez, pueden verse vaciados de efectividad si la participación es débil o si la tecnificación, la burocracia y el ejercicio del poder político obstruye el acceso a ellos. Es a través de la posibilidad de estos efectos negativos -que constituyen casi la base genética de la democracia procedimentalista- que Alejandro Medici sostiene la necesidad de articular las dos dimensiones del consenso exigente, con el fin de verificarlo y expresarlo (también jurídicamente a través de mecanismos de control), en torno a las siguientes características<sup>224</sup>:

- Distribución de la capacidad de poner en marcha los mecanismos de participación;
- Flexibilización de condiciones o requisitos que dificultan o facilitan dicha participación;

---

debía transitar por el ejercicio respetuoso -e incluso paciente- de la legalidad, ello no implicaba excluir la defensa y la demanda colectiva violenta cuando las instituciones estatales fallaban en garantizar derechos básicos como la vida y la no discriminación:

“No estoy a favor de la violencia desenfrenada, estoy a favor de la justicia. Creo que, si personas blancas fueran atacadas por negros y las fuerzas de la ley se mostraran incapaces, o inadecuadas, o reacias a proteger a esos blancos de esos negros, entonces esos blancos deberían protegerse y defenderse a sí mismos, utilizando las armas en caso necesario. Y creo que cuando la ley no consigue proteger a los negros del ataque de los blancos, entonces esos negros deberían utilizar las armas, en caso necesario, para defenderse”. Véase Malcolm X & Haley, Alex (2019), *Malcolm X: autobiografía contada por Alex Haley*, Capitán Swing Libros, S.L., pp. 394-395.

<sup>224</sup> Medici, Alejandro (2012), *Óp. Cit.*, p. 87

- El carácter obligatorio o discrecional de su activación;
- El carácter consultivo o vinculante de los resultados obtenidos según el mecanismo activado;
- Continuidad o discontinuidad de las formas de participación.

Un medio de control devendría, esencialmente, en una garantía. La cual, por su especial posición en la tutela de los derechos humanos, tendría que estar constitucionalmente encausada. Por una parte, para respetar el esquema gradual del garantismo<sup>225</sup>, los contenidos que postulan la titularidad del derecho y su tutela deben establecerse en sede constitucional, para luego ser desarrollados legalmente<sup>226</sup> en cuanto a sus formas y contenido. El propio Luigi Ferrajoli reconoce que una obligación en materia de derechos fundamentales, sólo será vinculante cuando sea perfectamente exigible por los ciudadanos, constituyendo así una garantía plena<sup>227</sup>.

De este modo, podemos distinguir que una garantía corresponde primariamente a la actividad del constituyente o del legislador, pues se identifica con el derecho en sí mismo y/o con el desarrollo de la obligación genérica de legislar su regulación particular. Por su parte, serán garantías secundarias aquellas permiten la exigibilidad de los derechos, es decir, las que activan el engranaje institucional de la judicatura y la administración pública<sup>228</sup>.

Lo anterior remite a una relación compleja entre los titulares de los derechos (quienes exigen), los derechos mismos (que deben ser garantizados) y poderes

---

<sup>225</sup> Para Luigi Ferrajoli, todo sistema constitucional que se tilde de garantista debe estar estructurado en grados. Es decir, un *modelo normativo* que debe verla tanto desde lo constitucional hasta lo legal por la tutela de derechos *fundamentales*. Véase Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Trotta, Capítulo 13.

<sup>226</sup> No obstante, nos referimos a que sean especificadas las obligaciones generales sobre los derechos humanos, por ejemplo, las contempladas en el artículo 1 párrafo tercero de la Constitución mexicana: *de respetar, proteger, promover y garantizar*.

<sup>227</sup> Ferrajoli, Luigi (1995), *Óp. Cit.*, p.860

<sup>228</sup> Gerardo Pisarello ilustra la fuente de la gradualidad de la siguiente forma: “El diseño de estas garantías, sin embargo, viene condicionado por una garantía previa, la garantía constitucional. La garantía constitucional está relacionada con la forma en que el poder constituyente, si se prefiere, el legislador constituyente, recoge los derechos en la constitución”.

Recogido en: Courtis, Christian & Ávila Santamaría, Ramiro (2009), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 36

públicos (que están obligados a garantizar)<sup>229</sup>. Sobre esta dinámica Gerardo Pisarello señala:

“El poder solo se disciplina como consecuencia de actos externos que lo hetero-limiten. Así las cosas, resulta evidente que no hay tutela de los derechos sin instituciones obligadas a garantizarlos. Pero no hay instituciones en ausencia de sujetos capaces de obligar. Por eso los derechos, sobre todo cuando comportan límites o vínculos incisivos al ejercicio del poder, son conquistados más que simplemente concedidos. Y si no son conquistados suelen permanecer como letra muerta.

Para el autor catalán-argentino, las garantías que se activan desde la participación popular son precisamente las que evalúan la legitimidad de los ordenamientos jurídicos, y al mismo tiempo, amplían los espacios para configurar - *desde abajo*- su contenido y alcance<sup>230</sup>. En sintonía con el consenso exigente, las llamadas garantías *desde abajo* o sociales, confiadas a los titulares para su activación, permiten transformar un sistema garantista de positivación gradual en un sistema multinivel<sup>231</sup>. Este último no deja a la discrecionalidad del poder la calidad, ni la oportunidad de introducir o desarrollar garantías o nuevos derechos constitucionales.

Pisarello enfatiza que es ingenuo creer que el poder, cuya tendencia negativa se ha estructurado históricamente desde el paradigma liberal, pueda proteger o garantizar derechos por buena voluntad, sin intervención popular, ni legislación fuerte sustentada en dicha participación. Como él mismo afirma: “...la ausencia, la configuración defectuosa, la inaplicación arbitraria de estas normas puede dar a lugar situaciones en la que la eficacia de los derechos...se vea reducida de manera

---

<sup>229</sup> Véase Burgos Matamoros, Mylai (2018), *Herramientas teóricas para la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

<sup>230</sup> Courtis, Christian & Ávila Santamaría, Ramiro (2009), *Óp. Cit.*, pp. 33-35

<sup>231</sup> Que no sólo obligue a los poderes públicos, sino que, a partir de la actuación de estos, logre vincular los poderes privados -como el capital, las estructuras familiares jerárquicas o los regímenes de propiedad civil abusiva, etc-. De este modo, en caso de una eventual violación, los derechos sean plenamente exigibles ante tribunales plenamente garantistas, capaces de juzgar no sólo las omisiones, sino también los efectos estructurales de la desigualdad generados por actores privados.

significativa<sup>232</sup>". Por ello, se sostiene que las garantías de exigibilidad -o secundarias- deben ser las encargadas de responder a los incumplimientos de obligaciones, a las violaciones directas e indirectas de derechos, y en consecuencia, a activar mecanismos de investigación, sanción y reparación.

No obstante, las garantías secundarias que se exigen frente a los tribunales, como hemos observado en el contexto del constitucionalismo latinoamericano, enfrentan obstáculos históricos persistentes. Estos derivan, en gran medida, del hecho de que ha sido el propio Poder Judicial quien, en muchos casos, ha operado como garante de una cosmovisión liberal centrada en la propiedad privada y la hegemonía del mercado: la mano invisible como principio rector, la acumulación patrimonial como fin legítimo, la desregulación como técnica normativa, la apertura constitucional a la lógica empresarial, y las libertades reducidas a su dimensión productiva y económica. Además estos tribunales frecuentemente se desgarran de la legitimidad democrática<sup>233</sup> al refugiarse en los dogmas *federalistas* o principios de neutralidad institucional, que en la práctica les permite actuar desconectados de los mandatos para mantenerse desconectados de los mandatos del pueblo.

"Lo que se exigiría a los tribunales, más bien, es que sean capaces, por un lado, de retirarse y de actuar con deferencia frente aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplían el ámbito de vigencia de los derechos...y por otro, de involucrarse y de ser activos frente a aquellas que, por el contrario, restrinjan de manera ilegítima su alcance normativo<sup>234</sup>"

Por tanto, mientras las posiciones institucionales permanezcan enfrentadas entre una abstención legislativa o una renuencia sostenida a emitir garantías que obliguen, y tribunales que se escudan en la desconfianza política, el cientificismo positivista o una universalidad abstracta de los derechos- la respuesta más eficaz y democrática será la activación de controles *desde abajo*. Esto implica fortalecer las figuras de participación popular, colectiva, comunitarias, civiles e incluso individual,

---

<sup>232</sup> Pisarello, Gerardo (2007), *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para reconstrucción*, Trotta, p. 117

<sup>233</sup> *Ibid.* p. 121

<sup>234</sup> *Ibid.* p. 122

como dispositivos que produzcan y sostengan un poder estatal “...disciplinado en términos garantistas y controlado desde un punto de vista democrático...”<sup>235</sup>.

Ahora bien, nuestro interés se centra en el espacio jurídico-práctico del Estado mexicano. Sin embargo, si recordamos<sup>236</sup>, para realizar un ejercicio crítico sobre el orden legal y las instituciones públicas, resulta imprescindible comprender la manera en que se conceptualizan, desde la teoría y la doctrina, las figuras jurídicas en cuestión: los medios de control de la constitucionalidad. En este punto se hace evidente un contraste entre las aproximaciones tradicionales -de corte doctrinal clásico o técnico- y las perspectivas ofrecidas por el garantismo y el constitucionalismo latinoamericano.

Los medios de control, si bien adquieren una importancia sustantiva por su capacidad para ser accionados por miembros de la comunidad política, tienden a ser teleológicamente reducidos en su interpretación práctica. Es decir, se transforman en instrumentos unidimensionales, desprovistos de su potencial democratizador al ser tratados únicamente como herramientas procesales, cuyo entendimiento está reservado a quienes dominan el lenguaje técnico del derecho: académicos, abogados, jueces, magistrados, ministros. Esta deriva hacia el formalismo provoca un desgaste del sentido transformador de dichos medios, particularmente en lo que respecta a su vinculación con un consenso exigente.

En consecuencia, los medios jurídicos que deberían estar al alcance de la activación popular terminan convertidos en procedimientos tecnificados que excluyen, en los hechos, a la mayoría de la ciudadanía. Aunque en su diseño normativo permiten que *desde abajo* -individual o colectivamente- se argumenten desde sus propias condiciones las causas y efectos de una violación de derechos, el control decisonal continúa concentrado en las cortes. Son estas las que, a través

---

<sup>235</sup> *Ibid.* p. 122

<sup>236</sup> En el capítulo 2 señalamos que Boaventura De Sousa propone adquirir un conocimiento amplio de los conceptos hegemónicos que condicionan las prácticas académicas, sociales, institucionales, etc. Para realizar una construcción práctica-conceptual contrahegemónica que facilite transformaciones sustanciales en todos los espacios que requieren urgentemente, una dignificación.

de una lógica doctrinal, el contexto político o el modelo jurídico vigente, determinan si los agravios alegados son válidos o no.

Uno de los ejemplos más representativos del tratamiento unidimensional de los medios de control constitucional en la doctrina mexicana lo encontramos en la obra de Ignacio Burgoa. Si bien el autor reconoce, en su obra *El juicio de amparo*, un principio fundamental con el que coincidimos en términos garantistas -que una Constitución que consagra derechos debe garantizar su *respeto, promoción, protección y garantía* a través de medios de control dirigidos al poder público- discrepamos profundamente de este enfoque limitado. Ya que no consideramos que este discurso pseudo garantista deba agotarse en el fortalecimiento adjetivo de las leyes que permiten la exigencia de cualquier mecanismo constitucional de control<sup>237</sup>.

Y es que, para Burgoa la importancia de los medios de control de la constitucionalidad radica esencialmente en su función como herramienta técnica para la protección del orden normativo constitucional establecido, es decir, en la institucionalidad misma, más que en sus efectos democratizadores, participativos o transformadores. Su lectura del juicio de amparo privilegia la estabilidad formal del sistema jurídico sobre la efectividad material de los derechos humanos. Lo deja claro al afirmar que "...los medios de control...aparecen como verdaderos elementos jurídicos de protección del orden constitucional, el cual, por ende, históricamente se revela como el objeto primordial de tutela<sup>238</sup>.

Así, el objetivo principal del juicio de amparo, en la doctrina de Burgoa, no es tanto el fortalecimiento de la vida democrática, la participación ciudadana, ni la consolidación de mecanismos de control popular sobre el poder. Tampoco se

---

<sup>237</sup> Burgoa, Ignacio (1983), *El juicio de amparo. Vigésima edición*, Editorial Porrúa S.A., pp. 29-35.

Las páginas incluyen lo que el autor considera una reflexión sobre la fundamentación filosófica del juicio de amparo. No obstante, su expresión sobre la importancia de los derechos *fundamentales* en las constituciones es reducida, siempre que para él, el amparo, debe centrarse en la protección o garantía de las *libertades* de las que derivan los demás derechos que comprenden la complejidad social humana, abriendo claramente paso a la interpretación judicial. Por otro lado, su intención está claramente en fortalecer al mecanismo del amparo, en sí mismo, como institución jurídica mediante la inspección minuciosa de sus rasgos procesales y no a los derechos que básicamente debe proteger.

<sup>238</sup> *Ibid.* p. 146

enfoca en los sujetos que supuestamente protege o en la resignificación práctica de los derechos. Su finalidad es preservar los cauces formales del orden constitucional.

En línea similar a la de Burgoa, Luis Coaña Be -también autor de una obra titulada *El juicio de amparo*- define los medios de control constitucional como instrumentos jurídicos "...con los cuales se busca mantener, o en su caso, defender el orden creado por la CPEUM<sup>239</sup>." Esta definición enfatiza la función conservadora de los medios de control: preservar el sistema constitucional tal como ha sido diseñado, sin apertura a su resignificación desde la participación popular. Para este autor, dichos mecanismos deben contener, al menos, ciertos elementos normativos para cumplir su función defensiva: a) acciones activables cuando aparecen violaciones a la Constitución, b) especificar los órganos ante los cuales pueden plantearse tales quejas, c) determinación de los sujetos titulares, d) el procedimiento a seguir, e) los medios de impugnación para hacer valer las resoluciones definitivas y restablecer el orden constitucional<sup>240</sup>.

En esta perspectiva, se consolida una idea que resulta problemática desde una visión garantista y transformadora: los medios de control constitucional no se conciben como herramientas para la profundización democrática ni para el empoderamiento popular, sino como mecanismos técnicos destinados a salvaguardar la dogmática constitucional cuando el texto es formalmente transgredido. Esta defensa constitucional, sin embargo, se realiza a menudo en detrimento de la praxis participativa, puesto que excluye la posibilidad de transformación, experimentación o conflicto dentro del flujo ordenado del sistema jurídico instituido por la Constitución.

Más aún, ni siquiera la defensa efectiva de los titulares de derechos parece ser el centro de gravedad de los medios de control. La Constitución -como ente abstracto y formalizado- se convierte en el verdadero sujeto de derecho, desplazando a quienes la legitiman y la habitan cotidianamente. Son los órganos del poder constituido quienes determinan cuándo existe una afectación al sistema

---

<sup>239</sup> Coaña Be, Luis (2022), *Óp. Cit.*, p. 30

<sup>240</sup> *Ibid.* p. 30

jurídico jerárquico, coherente y cerrado que ellos mismos interpretan, sostienen y aplican, sin que necesariamente se escuche o considere el sentido que los propios sujetos le atribuyen al derecho como herramienta práctica y relacional.

Esto ignora el carácter abierto, en tensión y en disputa del derecho como campo social, y también desconoce lo que Alejandro Medici denomina normas nucleares<sup>241</sup>: aquellas disposiciones que no solo organizan el poder, sino que habilitan espacios prácticos de comprensión, discusión y posibilidad de desahogo del disenso. Son estas normas las que permiten fortalecer, transformar y reformar el orden de la legalidad desde su base popular, articulando la Constitución como un proceso vivo y no como un texto clausurado.

La constitución como práctica constitucional debe habitar las leyes, las rutinas administrativas, las políticas, las prácticas cotidianas y las sentencias que la desarrollan y concretan. No es una norma en el sentido de la unidad básica de análisis de la teoría del derecho analítica positivista, sino que es un núcleo normativo de sentido, complejo, analogado de las prácticas jurídicas (y políticas, económicas, ecológicas, culturales, etc.) que tiene fuerza normativa porque habita esas prácticas y en ellas se concretiza<sup>242</sup>.

Un medio de control, en los términos que los autores mexicanos desarrollan, no constituirá una garantía institucional en el sentido del discurso de Gerardo Pisarello. Ni siquiera al contemplar los elementos normativos, podría considerarse un instrumento de consenso exigente. La participación genera garantías: de carácter social directa, por ejemplo, al activar garantías jurisdiccionales cuando se acude colectivamente a los tribunales para reclamar la falta de instituciones de salud en determinada región, o la carencia de servicios como electricidad, drenaje, pavimentación, e incluso, de servicios gratuitos de internet<sup>243</sup>. También se

---

<sup>241</sup> Medici, Alejandro (2016), *Óp. Cit.*, pp. 209-201. Nota a pie de página número 200.

<sup>242</sup> *Ibid.* p. 277

<sup>243</sup> La Constitución mexicana contempla la garantía del acceso a las tecnologías y medios de comunicación, las cuales en el momento histórico actual requieren del acceso a los servicios de telecomunicaciones e internet. La garantía de este derecho social está relacionada directamente con la libre manifestación de ideas, e incluso se encuentra puesta en el mismo artículo 6.

contempla la posibilidad de ejercer mecanismos extrainstitucionales, que pueden activarse de forma más radical desde la manifestación hasta la autotutela -violenta o pacífica- para exigir el cumplimiento de estos derechos.

Pisarello también identifica garantías sociales de participación indirecta, a través de las cuales es posible incidir en el contenido de los derechos, atribuir obligaciones al poder público e instituir bienes públicos. De forma intuitiva, plantea un derecho de crítica frente a leyes, con el cual preservar la esencia democrática y mantener el control sobre los actos u omisiones del poder público<sup>244</sup>.

De ello, se deduce que el objetivo del control de lo constitucional, desde un garantismo democrático/popular, no es el de preservar el orden jerárquico normativo, sino empoderar a los sujetos para generar dinámicas que instituyan significados, contenidos y realidades a nivel estructural -económico, social, cultural, político, ambiental, civil, etc.-, modificando prácticas colectivas, individuales y, sobre todo institucionales.

Esto permite que la ciudadanía tenga la facultad de incidir en la creación de leyes que articulan, dirigen y sancionan las acciones de los órganos estatales, y no al contrario. El derecho, entendido como una construcción social, se funda en la vida en todas sus dimensiones -histórica, material y práctica-, desde las cuales emergen los contenidos, garantías y obligaciones que estructuran el sistema jurídico. De poco valor, exigibilidad o fuerza vinculante serían estas normas si consideráramos al orden constitucional y a la legalidad como simples prerrogativas otorgadas desde arriba, en lugar de conquistas colectivas, ganadas *desde abajo* a través de la lucha contra la discriminación, la represión, la violencia, la pobreza, el hambre, la guerra, el machismo, la colonialidad y la dominación; es decir, contra todo lo que representa la negación del poder en su sentido positivo.

---

<sup>244</sup> Pisarello, Gerardo (2007), *Óp. Cit.*, pp. 123-124

### 3. Mecanismos de participación popular en el control constitucional mexicano.

La activación de medios de control constitucional se da por medio del ejercicio de derechos a la participación ciudadana. Su principal efecto es incidir, radicalmente<sup>245</sup>, en el desarrollo de las relaciones de poder en torno a la política, con lo cual se hagan presentes juicios positivos o de producción y reproducción de la vida, mediante de las bases jurídicas que implican vínculos y obligaciones a las instituciones públicas.

La clasificación ferrajoliana entre derechos *secundarios* y *primarios* - conformadora de la democracia constitucional (entre lo *decidible* e *indecidible*), donde aquellos son poderes y estos contrapoderes- contiene un fuerte contraste con nuestra perspectiva, a pesar de sus ventajas normativas. Lo *indecidible* construye un espacio inviolable y de rígida observancia para la actividad política del poder público, pues establece obligaciones y vínculos tanto positivos como negativos de actuación. No obstante, lo hace bajo pena de mermar la participación popular, ya que su esfera (la los derechos primarios) o alcance es en razón de proteger lo constitucional (social, cultural, económico, político, civil, ambiental, etc.). Es decir: si la Constitución manda la garantía de un derecho, ésta debe cumplirse, bajo la amenaza de responsabilidad estatal por sentencia judicial. Sin embargo, nunca puede alcanzarse la ampliación o emergencia de un derecho por medio de la participación, pues son los poderes interpretativos o de discrecionalidad los facultados para ello. La Constitución termina por ser la subjetividad que debe protegerse; la ciudadanía, el pueblo, las comunidades, los colectivos, los grupos sociales son su reflejo normativo, y no de manera contraria.

Por otro lado, lo *decidible*, por su parentesco teórico con la democracia procedimental termina por cercenar a la participación. Ya nos hemos dedicado a explicar las formas y efectos de constreñir procedimentalmente las decisiones populares, por lo que nos limitaremos a apuntar solamente lo siguiente: elegir el

---

<sup>245</sup> Con “radicalmente” nos referimos a la posibilidad de transformación frente a la preservación y orden constitucional.

*cómo, quién y quiénes* conformarán el gobierno no implica influir determinadamente en la construcción de un sistema legal, y tampoco se tendrá un sistema de participación acabado por medio de la representación proporcional. Al construir de esta manera un sistema democrático, el control constitucional sólo tendría una ventaja: tener una garantía jurídica procedimental.

Si bien nuestra perspectiva no excluye de ninguna manera la posición de la democracia constitucional, creemos que tanto los derechos primarios (*lo indecidible*) y derechos secundarios (*lo decidible*) deben actuar en conjunto y, esencialmente por sus titulares; en efecto, por medio de una radicalidad social garantizada por la normativa constitucional. Si recordamos, Medici presenta dos ejes críticos inherentes al análisis de un sistema constitucional determinado: el que pasa por la verticalidad donde puede medirse -con base en su normativa (de derechos, mecanismo de participación y organización política)- su grado de colonialidad, dominación, asimetría, e incluso garantismo; y por otro lado, su alcance radical-democrático, según su apertura a la participación, transformación, instituyencia o reconstituyencia. Estos ejes serán nuestro respaldo de análisis para el estudio de los medios de control constitucional en nuestra Constitución, relacionados directamente con la posibilidad de intervención en la producción de derecho positivo o de la legalidad.

Pues bien, la Constitución mexicana, al igual que las que comprenden el grupo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, integra mecanismos populares de democracia participativa para el control de la política. Asimismo, puede afirmarse que tiene un carácter garantista, pues contempla un sistema de obligaciones y vínculos normativos para *promover, respetar, proteger y garantizar* derechos.

Partiremos por explicar los rasgos de verticalidad de la Constitución. El sistema de derechos humanos en México deviene de un proceso relativamente tardío<sup>246</sup>, pues a comparación de las constituciones<sup>247</sup> integrantes del

---

<sup>246</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo & Salazar Ugarte, Pedro (2012), *El derecho como palanca emancipadora: las reformas constitucionales y los derechos sociales*, Friedrich Ebert Stiftung, p. 6

<sup>247</sup> Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009.

constitucionalismo latinoamericano y su pasado innovador en derechos sociales, la Constitución mexicana -y por ende, todo el sistema jurídico en su construcción actual- es el efecto de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la responsabilidad estatal en materia de desaparición forzada, derivada del caso *Radilla Pacheco* (2009-2010), por la que se obligó al Estado a un proceso transformación normativa e institucional.

Es a través de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, del 6 y 10 de junio de 2011, que dicha transformación se concreta. Los cambios se dieron en aspectos condiciones sustanciales<sup>248</sup> dentro de un total de 11 artículos<sup>249</sup>, en los cuales en términos generales<sup>250</sup>, se reconoce de forma sistemática el carácter interdependiente, indivisible, indisponible y universal de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.); se amplía su titularidad; se especifican las obligaciones que las autoridades deben cumplir para su satisfacción; se fortalecen las facultades y el respaldo constitucional de las instituciones protectoras no jurisdiccionales; se enfatiza la dimensión política de la protección de derechos, y se incorpora plenamente el sistema jurídico mexicano al sistema internacional de derecho humanos<sup>251</sup>.

La relevancia de este proceso, en cuanto al análisis de la verticalidad constitucional, radica en el establecimiento de un sistema de garantías que se extiende desde el ámbito internacional hasta el local. Por un lado, al haber sido la reforma de 2011 el resultado de una resolución emitida por un organismo internacional, era previsible que estuviera sustancialmente condicionada a la armonización normativa y constitucional conforme a los tratados en materia. Estos instrumentos, particularmente en su dimensión obligacional, contienen

---

<sup>248</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo & Salazar Ugarte, Pedro (2012), *Óp. Cit.*, p. 6

<sup>249</sup> Específicamente las disposiciones reformadas fueron: Artículo 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

<sup>250</sup> Nos limitamos a explicar la generalidad de las reformas por su amplio y complejo contenido. El cual requeriría un capítulo, e incluso más, para desglosar específicamente sus alcances y efectos.

<sup>251</sup> Gutiérrez Rivas, Rodrigo & Salazar Ugarte, Pedro (2012), *Óp. Cit.*, p. 6

disposiciones dirigidas al Poder Legislativo que más adelante resultarán fundamentales para el análisis de la omisión legislativa.

Desde el punto de vista normativo, los tres primeros párrafos del artículo 1º constitucional recogen el fundamento positivo de este sistema de obligaciones y garantías:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley<sup>252</sup>.

De acuerdo con el párrafo inicial, los derechos humanos inscritos en el texto constitucional y en los tratados internacionales que el Estado ha suscrito, componen un núcleo base al que, para su protección, se le destina el sistema de garantías provisto por ambos instrumentos. La doctrina constitucional, y por ende de los medios de control, concibe tradicionalmente esta conjunción entre normas de fuente local e internacional como un *bloque de constitucionalidad*, el cual señala en un sentido básico, la existencia de normas jerárquicamente superiores a las que

---

<sup>252</sup> Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión (2011, 10 de junio), *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación.

integran la legalidad, sirviendo así como parámetros de constitucionalidad. Es decir, la observancia de este *bloque* debe ser un acto previo a la producción normativa y a cualquier otra conducta dentro del espacio orgánico y social. Por tanto, este bloque constituye una garantía primaria compleja, al conformarse por el contenido enunciativo de los derechos humanos.

El segundo párrafo incorpora principios de argumentación jurídica que, principalmente, los órganos jurisdiccionales deben aplicar e interpretar respecto de las normas relativas a derechos humanos: la interpretación conforme y el principio pro persona. La interpretación conforme es una herramienta metodológica que permite establecer la coexistencia de diversas normas jerárquicamente superiores, entre los sistemas local e internacional y, derivado de ello, desmenuzar sus sentidos, alcances, implicaciones y contrastes, con el objetivo de excluir la norma que colisione o menoscabe el ejercicio de un derecho<sup>253</sup>, o bien armonizar los términos en que son tratados particularmente por cada instrumento.

Por su parte, el principio pro persona es un criterio de aplicación por el cual se debe priorizar, entre el conjunto de normas que componen el *bloque de constitucionalidad* y el orden jurídico interno, aquella que ofrezca mayor protección a las personas en caso de controversias constitucionales o del fuero común que involucren derechos humanos. Asimismo, implica optar por las disposiciones menos restrictivas y, por ende, más favorables para su ejercicio. Estas herramientas argumentativas constituyen garantías secundarias, ya que, si bien no son de uso exclusivo del Poder Judicial, es claro que encuentran su funcionalidad principal en el ámbito de aplicación jurisdiccional, cuando se activan los mecanismos exigibilidad.

Por último, el párrafo tercero introduce el sistema de obligaciones generales a observar que deben observar todas las autoridades estatales. Estas obligaciones constituyen, a su vez, garantías de grado primario y secundario. Se establece que

---

<sup>253</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2024, 20 de septiembre), *INTERPRETACIÓN CONFORME. METODOLOGÍA PARA SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES*. Tesis: 2a./J.49/2024 (11a.) (registro digital 2029394), Semanario Judicial de la Federación.

cada autoridad, en el ámbito de competencia debe ejercer la *promoción, el respeto, la protección y la garantía* de los derechos, las cuales, dependiendo la naturaleza del órgano público, se traducen en obligaciones específicas.

Sin embargo, para efectos de nuestra investigación nos enfocaremos en desarrollar aquellas dirigidas al órgano encargado de la producción del derecho positivo y, en parte, a los que aplican la legalidad en el ámbito jurisdiccional.

Por ejemplo, la *promoción* se basa en la ampliación de la base para el ejercicio efectivo de un derecho<sup>254</sup>, ya sea mediante la creación de políticas públicas o la difusión de información que facilite su acceso. En este sentido, podemos intuir que dicha obligación se ubica dentro del espectro de actuación de la administración pública o de órganos públicos autónomos, ya que promover un derecho corresponde naturalmente con la función de instituciones directamente vinculadas a la satisfacción de derechos sociales. En el caso mexicano, esto incluye a las Secretarías de Educación Pública, Bienestar, Salud, Agricultura, Energía, Economía, etc., así, también a través de las comisiones de derechos humanos<sup>255</sup>. También se cumple esta función a través de las comisiones de derechos humanos, tanto federales como estatales, e incluso mediante la publicación de sentencias sobre medios de control constitucional por parte del poder judicial.

No obstante, estas instituciones requieren estar legalmente facultadas para activar sus competencias en el cumplimiento de esta obligación. Por lo tanto, si el órgano legislativo incurre en omisión al no otorgarles dichas facultades, la *promoción* de los derechos humanos sólo podría realizarse mediante actos *extra*

---

<sup>254</sup> Serrano, Sandra & Vázquez, Daniel (2011), *Óp. Cit.*, p. 43

<sup>255</sup> Por ejemplo, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos contempla en su artículo 6, fracciones III, VII y IX, respectivamente: la emisión de recomendaciones (no vinculantes) para la ampliación del ejercicio de los derechos, o en su caso las medidas necesarias de reparación cuando existan violaciones a los derechos humanos; impulsar la observancia de los derechos humanos, y promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional.

Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión (2024, 1° de abril), *Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, Diario Oficial de la Federación.

*institucionales* o como parte de una garantía social ejercida fuera del marco de la legalidad<sup>256</sup>.

El *respeto*, como obligación consiste esencialmente en un *no hacer*, una conducta negativa de abstención, necesaria para impedir que, mediante actos de autoridad se perjudique a las personas en el ejercicio de sus derechos. Doctrinalmente, esta obligación está relacionada principalmente con la garantía de las *libertades*, las cuales remiten al ejercicio irrestricto de facultades jurídicas civiles, como el libre pensamiento y manifestación de ideas, la adquisición de propiedad o contratación, la autonomía individual, el libre tránsito, etc. También se vinculan con derechos sociales, como la libre planeación de la familia, la elección de trabajo conforme a las aspiraciones de vida, el libre acceso a servicios básicos, o la participación en la vida cultural.

Por ello, la obligación de *respetar* no puede reducirse a la interpretación excluyente que considere a los derechos sociales como meramente programáticos o carentes de exigibilidad, ya que también implican un ejercicio que requiere de abstenciones. Estas abstenciones no sólo aplican en el formal, sino también en el fáctico, con el fin de limitar el poder de las libertades más dominantes, como la propiedad y contratación, que derivan de la asimetría económica, social, política y cultural<sup>257</sup>.

No obstante, el *no hacer* que garantiza el *respeto* de los derechos requiere poner en marcha todo el engranaje estatal, ya que, paradójicamente, necesita de la construcción de instituciones garantes -administrativas o jurisdiccionales- que deben actuar para cumplir dicha obligación. Asimismo, las instituciones de gobierno garantizan el *respeto*, mediante la creación del andamiaje legislativo que faculte o prohíba actos que impidan el ejercicio de las *libertades*, pero también acatando los mandatos constituyentes e instituyentes. Esto es así por que, si consideramos la

---

<sup>256</sup> Esto no quiere decir que nuestra posición desprecie o minimice la participación extra legal de la sociedad para garantizar derechos humanos. Pues ya hemos apuntado que, en este momento, nos concentramos en la activación legal de mecanismos de participación política para el control constitucional de la legalidad.

<sup>257</sup> Para un entendimiento más complejo y completo sobre el tema de las libertades, véase Burgos Matamoros, Mylai (2018), *Óp. Cit.*, pp. 16-20

participación como un derecho humano derivado de la soberanía política, está tendría efectos vinculantes, y no únicamente procesales, al ser los impulsos de su actuación la inscripción legal o constitucional de juicios positivos de dignidad social y humana (derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales).

Respecto a la *protección*, esta obligación está íntimamente ligada a la creación del orden jurídico. Mylai Burgos la denomina una obligación positiva, ya que de ella se espera que los órganos legislativos impongan prohibiciones o limitaciones para prevenir las violaciones a derechos humanos:

...para evitar que actores privados violen, obstaculicen o impidan el ejercicio de los derechos de otras personas. Así, el Estado debe velar por que los particulares no contaminen, no hagan peligrar la vida de las personas, no impidan el ejercicio de libertades como la religión o el tránsito, no produzca desalojos indebidos, que las personas empleadoras no afecten los derechos laborales, etcétera<sup>258</sup>.

Esto, si recordamos, para Ferrajoli constituye lo *indecidible*, por efecto de la constitucionalización de la esfera de los *bienes primarios*. De estos se requiere construir un espacio de protección legal directa para evitar que los intereses del capital económico se confundan con los de la *esfera pública*. Estos bienes, al ser susceptibles de privación y violación en detrimento de la mayoría, impulsan una valoración negativa del poder político, pues se convierten en bienes intercambiables con valor político y económico, y no en bienes de importancia material e histórica. Esto propicia que los *conflictos de intereses* prevalezcan en la producción del derecho positivo antes que los juicios relacionados con la producción y reproducción de la vida.

De esta forma, lo *indecidible* -aquello que no puede negarse a decidirse u obligar a decidir- pierde efecto si los órganos políticos se ven motivados por beneficios personales, en lugar de armonizar la facultad legislativa con la legitimidad

---

<sup>258</sup> Burgos Matamoros, Mylai (2018), *Óp. Cit.*, p. 31

democrática, los hechos históricos y los riesgos que supone la expansión del capital tras la desregulación de derechos, así como los fines del empoderación popular.

Christian Courtis coincide con las posturas anteriormente expuestas. Para él, *proteger* es una obligación positiva con efectos regulativos-negativos tanto para los particulares como para los poderes públicos. En las democracias constitucionales occidentales, las obligaciones políticas consisten en obligaciones primarias de consagración constitucional del derecho. No obstante, estas requieren prescripciones secundarias o de legalidad que faculten a los titulares para hacerlas exigibles, y así evitar que la indeterminación constitucional afecte el contenido de los derechos, lo que derivaría en una discrecionalidad excesiva por parte de la administración pública y en la monopolización de su interpretación por los órganos jurisdiccionales<sup>259</sup>.

*Garantizar* precisa un complejo de acciones dirigidas a toda la maquinaria institucional. Se trata de acciones positivas, mediante las que el Estado debe organizar sus instituciones para proveer recursos que faciliten el acceso a los derechos. Como tal, implica la obligación general de satisfacer los derechos; sin embargo, también deriva, según el ámbito de competencias de las autoridades, en trazar e implementar acciones para mejorarlos, así como en investigar, sancionar y reparar sus violaciones<sup>260</sup>.

Dentro de las competencias legislativas, esta obligación implica la creación del marco legal a través del cual los titulares de los derechos pueden reclamar su plena efectividad. A diferencia de *proteger*, que consiste en la obligación de regular para prevenir la violación del derecho, *garantizar* es la acción por la cual se crea el articulado jurídico que permite su plena exigibilidad. Esto se logra mediante la reglamentación de las acciones que debe materializar la administración pública o el Ejecutivo para asegurar el acceso sin restricción a los derechos, o bien, mediante el diseño de facultades de investigación, atribuidas a órganos autónomos, cuando existan posibles violaciones. Asimismo, se incluyen las acciones destinadas a

---

<sup>259</sup> Courtis, Christian & Ávila Santamaría, Ramiro (2009), *Óp. Cit.*, pp. 18-19

<sup>260</sup> Serrano, Sandra & Vázquez, David (2011), *Óp. Cit.*, pp. 41-42

aplicar sanciones y mecanismos de reparación, las cuales, una vez determinadas las responsabilidades estatales por medio de dichas investigaciones, son ejecutadas por órganos judiciales<sup>261</sup>.

En función del *bloque de constitucionalidad*, los tratados internacionales de los que México es parte aportan obligaciones específicas. El Estado mexicano ha firmado en total de 52 tratados y convenciones en materia de derechos humanos<sup>262</sup> entre los que destacan la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). A estos se integran como fuente normativa las observaciones y opiniones generales emitidas por los Comités en sus respectivas materias.

Al ser estos instrumentos parte de la constitucionalidad mexicana, no pueden excluirse del análisis de verticalidad que realizamos. Y no solo por considerarse normas supremas per se, sino porque, debido a la especificación de obligaciones

---

<sup>261</sup> La Ley General de Víctimas (reglamentaria del artículo 1° párrafo tercero constitucional) es el ejemplo de la acción legislativa de garantizar. En el artículo 2° se describe su objeto, el cual, empatiza con el breve esbozo de la obligación de *garantizar*. Por lo que transcribimos su texto para mayor entendimiento:

Artículo 2. El objeto de esta Ley es:

- I. Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos;
- II. Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas; así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral;
- III. Garantizar un efectivo ejercicio del derecho de las víctimas a la justicia en estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso;
- IV. Establecer los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas;
- V. Establecer las sanciones respecto al incumplimiento por acción o por omisión de cualquiera de sus disposiciones.

<sup>262</sup> Este dato se sustenta en la consulta realizada dentro del “buscador de tratados vigentes” en la página web de la secretaria de Relaciones Exteriores:  
[https://cja.sre.gob.mx/tratadosmexico/buscador?keywords=&category\\_id=&theme\\_id=20&country\\_id=&organization\\_id=](https://cja.sre.gob.mx/tratadosmexico/buscador?keywords=&category_id=&theme_id=20&country_id=&organization_id=)

que contienen, resultan relevantes para reforzar los mandatos concretos de legislar y acentuar el marco garantista del Estado en este sentido.

El PIDESC contempla en su artículo 2.1, la obligación particular de *adoptar medidas inmediatas*. Dicho artículo dicta lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí mencionados<sup>263</sup>.

Para profundizar en esta disposición, es necesario recurrir a la Observación General No. 3 y la Opinión General No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. El primero de estos instrumentos considera que las medidas mencionadas por el artículo 2.1 del Pacto son todas aquellas acciones<sup>264</sup> que, a pesar de las capacidades económicas e institucionales de los Estados parte, pueden implementarse sin requerir erogaciones presupuestarias significativas ni depender de factores externos que limiten el ejercicio básico de las facultades propias del poder público. A estas acciones, Mylai Burgos las denomina *medidas inmediatas*<sup>265</sup>. En consonancia con la Observación General, la obligación derivada del Pacto en relación con estas medidas presupone que el Estado hará todo lo posible por satisfacer, en un tiempo razonable, el ejercicio efectivo de los derechos<sup>266</sup>. Esto implica una actuación liberada, concreta y orientada a *promover, respetar, proteger y garantizar* los derechos reconocidos en el Pacto.

De acuerdo con el artículo mencionado del PIDESC, el Comité sostiene que la acción legislativa constituye una medida *inmediata*, y además de ser deseable e

---

<sup>263</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU

<sup>264</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990), Observación General #3. Aplicación del Pacto a nivel nacional (art. 2), ONU, párrafo. 2

<sup>265</sup> Burgos Matamoros, Mylai (2018), *Óp. Cit.*, p. 33

<sup>266</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990), *Óp. Cit.*, párrafo 2

*indispensable*<sup>267</sup>. Esta naturaleza se justifica porque al tratarse de una función estrictamente política, la actividad legislativa está directamente vinculada con órganos que, para ejercer sus facultades, únicamente requieren estar legitimados democráticamente. Por ello, no podrían alegarse impedimentos derivados de la falta de recursos económicos, disponibilidad presupuestaria u otros factores externos para justificar su inacción frente a la normativa del pacto.

Por otro lado, en la Opinión General No. 9, el Comité reitera que, para la aplicación sustantiva del Pacto, deben *adoptarse medidas de derecho interno* junto con la existencia de recursos judiciales que protejan a las personas frente a actos que violen los derechos reconocidos tanto en las constituciones locales como en el propio Pacto y en la legislación nacional<sup>268</sup>. Sin embargo, es el mismo Comité el que plantea que la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales puede derivarse de distintos métodos. Además, desde una interpretación nuestra, puede entenderse que las violaciones al Pacto, y en general a los derechos humanos, depende de la naturaleza específica de las funciones que corresponden a cada órgano obligado.

Es decir, el recurso o método del que alude el Comité tiene como uno de sus efectos principales empoderar a los sujetos para obligar al cumplimiento de las responsabilidades emanadas de las normas constitucionales y convencionales, y así obtener la satisfacción del derecho violentado o menoscabado. Incluso, podría tratarse del reconocimiento de un derecho cuya ausencia jurídica -legal o constitucional- impide su ejercicio efectivo. Por lo tanto, estos recursos o métodos están inevitablemente relacionados con los medios de control de constitucionalidad a través de la participación ciudadana. El recurso al que se refiere el Comité no está sujeto a denominación particular ni una naturaleza determinada, siempre que su finalidad sea permitir la exigibilidad de los derechos por cualquier vía (jurisdiccional, administrativa o política):

---

<sup>267</sup> *Ibid.* párrafo 3

<sup>268</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998), *Observación General #9. Aplicación interna del Pacto, ONU*

El Pacto no estipula los medios concretos que pueden utilizarse para aplicarlo en el ordenamiento jurídico nacional. Y no existe ninguna disposición que obligue a su incorporación general a la legislación nacional o que se le conceda un valor jurídico determinado en ella. Si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte<sup>269</sup>.

En el mismo sentido, el PIDCyP, en su artículo 2.2, establece que la obligación de *adoptar medidas de derecho interno* debe realizarse a través de procedimientos constitucionales. Esta disposición, vinculada con la previamente analizada del PIDESC, señala que la exigibilidad de obligaciones, en especial la relacionada con la adopción medidas legislativas, puede llevarse a cabo a través de cualquier recurso o medio de control previsto en la Constitución para tal fin. Particularmente, refuerza también la obligación que recae sobre los órganos legislativos de emitir la normativa que esté ausente o que no garantice adecuadamente los derechos.

Como mencionamos en párrafos anteriores, dicha obligación implica tomar de medidas que permitan hacer efectivos los derechos, tanto desde la esfera material como desde la producción legislativa, es decir, desde las formalidades jurídicas. Lo anterior busca evitar que la falta de garantías primarias se convierta en una excusa para no cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales.

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas, para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos

---

<sup>269</sup> *Ibid.* Párrafo 5.

reconocidos en el presente Pacto, y que no estuviesen garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter<sup>270</sup>

Finalmente, la CADH establece, en su artículo 2, similares consideraciones al *deber de adoptar disposiciones de derecho interno*, la ausencia de garantías primarias y la utilización de procedimientos constitucionales para controlarlas o repararlas. En conjunto con las disposiciones previamente estudiadas, puede deducirse que existe una relación cíclica originada en la obligación de legislar, con el fin de *proteger, respetar, promover y garantizar* los derechos, cuya observancia recae sobre los medios de control constitucional o de convencionalidad.

Por lo que, las acciones que derivan del incumplimiento de la obligación legislativa, requieren una actuación concurrente para ser corregidas: desde la ciudadanía que activa el mecanismo de control constitucional, hasta el órgano jurisdiccional que analiza la legitimidad de la acción y, eventualmente, emite una sentencia que obligue al cumplimiento. Además, estas resoluciones deben ser acatadas por el órgano legislativo correspondiente.

## **Artículo 2. Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno.**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que tienen necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades<sup>271</sup>

Ahora, para el análisis de horizontalidad, nos remitiremos al estudio de los mecanismos de control dentro del texto de la Constitución federal, las constituciones locales y las leyes que reglamentan el acceso, la extensión, obligatoriedad o la vinculación de la participación ciudadana para construir un consenso exigente. Pues nuestra historia constitucional -a la que acudimos brevemente en el espacio de la

---

<sup>270</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ONU

<sup>271</sup> Organización de los Estados Americanos (1969), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"*, Secretaría General OEA.

teoría del constitucionalismo latinoamericano- nos permitió aclarar que la nación mexicana nace y es producto de un constituyente radical, tanto en su etapa liberal como en su culminación en el siglo XX por su vertiente social.

Sin embargo, introducirnos nuevamente en el estudio de los rasgos ideológicos nos llevaría por sendas que harían innecesariamente extenso el presente trabajo. Ante este acto poco fecundo, continuaremos con el análisis de las posibilidades constitucionales para activar formas de control de la legalidad mediante la participación democrática.

La Constitución mexicana contempla un catálogo de derechos humanos más o menos distribuido a lo largo de su articulado. En su mayoría, se encuentran estipulados dentro del Capítulo I, *De los Derechos Humanos y sus Garantías*. En él se reúnen los derechos civiles, políticos<sup>272</sup>, económicos, sociales, culturales y ambientales, a través de 29 artículos que conforman, esencialmente, la base sustancial de la constitución, y por lo tanto, el terreno obligado para los poderes públicos.

No obstante, aunque todos ellos comprenden la base jurídica de los juicios de producción y reproducción de la vida, entre ellos no se encuentran medios específicos de participación democrática o derechos ciento por ciento políticos. Para encontrarlos debemos trasladarnos al *Capítulo II, De los mexicanos*. En este residen las prescripciones relativas a la nacionalidad, las formas de su atribución, y principalmente, los derechos político-democráticos de los ciudadanos.

En específico, el artículo 35 desarrolla los derechos de los mexicanos. Entre sus primeras seis fracciones se encuentran los correspondientes a la democracia formal, tales como: el derecho al sufragio (fracción I), a postularse a cargos públicos y ser votados para ellos (Fracción II), a asociarse libremente y participar

---

<sup>272</sup> Ciertamente cuando tratamos derechos políticos, el capítulo I de la Constitución considera algunos pocos, los cuales se desenvuelven en gran parte dentro de otros derechos. Por ejemplo, en el artículo 6 y 7 que desarrollan la libertad de pensamiento y la libertad expresión se garantiza el ejercicio al acceso a la información, y así, a la manifestación de ideas públicas que generen crítica política o de intervención en la *promoción* de políticas públicas. También, en el artículo 8 se recoge el derecho de petición por escrito, de manera pacífica y respetuosa, por el cual puede accederse a información específica perteneciente a la *esfera pública* o relacionada con el cumplimiento de los derechos.

pacíficamente en la política pública (Fracción III), al ejercicio del derecho de petición en asuntos políticos (IV) y a ser nombrado para cargos públicos (VI). Todos estos, en su conjunto, componen la base de la democracia directa, ya que, a través de ellos, cualquier ciudadano asumir cierto protagonismo individual para influir en la vida política del país.

En las fracciones consiguientes es donde podemos encontrar los mecanismos de control participativos, pues, a diferencia de aquellos, estos se ejercen de manera mixta o indirecta; es decir, requieren de continuidad, extensión y que, con a posterioridad de las elecciones formales o directas, se conforme la representación política.

Es necesario apuntar que, si bien los derechos político-colectivos que estamos por describir son, en sí mismos, mecanismo de control de la constitucionalidad -pues tienen como objetivo incidir en las relaciones públicas del poder político a través de la misma Constitución-, no todos consideran empoderar para afectar directamente la producción legislativa ni intervenir en su agenda para insertar para insertar juicios positivos de manera popular.

Por tanto, de los mecanismos de control que contempla el artículo 35, excluirémos del análisis a algunos, por la razón anterior y otras que expondremos a continuación. Tales son: la consulta popular (Fracción VIII) pues a pesar de ser uno de los pocos controles vinculantes<sup>273</sup> dentro de nuestra Constitución mediante el voto, tiene por objetivo principal llegar a un consenso respecto de políticas aplicadas esencialmente por la administración pública<sup>274</sup>. Su activación puede darse a través de los poderes políticos públicos o, en temas de trascendencia nacional, por al

---

<sup>273</sup> El numeral 2° de la fracción VIII del artículo en estudio contempla que “cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes”

<sup>274</sup> La Ley Federal de Consulta Popular expresa en su artículo 4, el objetivo del mecanismo: “La consulta popular es el instrumento de participación por el cual los ciudadanos, a través de la emisión del voto libre, secreto, directo, personal e intransferible, toman parte de las decisiones de los poderes públicos respecto de uno o varios temas de trascendencia nacional o regional competencia de la Federación”.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2021), *Ley Federal de Consulta Popular*, Diario Oficial de la Federación.

menos el 2% de los ciudadanos registrados en la lista nominal de electores; y la revocación de mandato (Fracción IX), cuyo objeto es la conclusión anticipada de las funciones del Ejecutivo federal por la pérdida de confianza frente a la ciudadanía. Este mecanismo se ejerce mediante la petición de al menos el 3% de los ciudadanos registrados en la lista nominal de electores, y se decide cuando existe una participación mínima del 40%, mediante el voto directo de los inscritos, siendo vinculante sólo por mayoría absoluta.

Como podemos observar, estos mecanismos de control constitucional son instrumentos de participación mixta -directa e indirecta- y aunque pueden tener una intervención indirecta en la creación de la legislación, no especifican formas directas que permitan instituir sobre ella. Su objetivo es influir en el manejo de la actividad política, como la administración, la gestión, la articulación de actos para garantizar derechos o sancionar el incumplimiento general de disposiciones -generando desconfianza pública- por el presidente de la república.

Ahora bien, *la iniciativa popular* es el mecanismo de control que nos importa. Para Lorena Vázquez Correa, este es el derecho, "...a través del cual los ciudadanos hacen propuestas de ley al Poder Legislativo, ya sea para crear, reformar, adicionar, derogar o abrogar disposiciones legales o constitucionales, tras una recolección de un número suficiente de firmas<sup>275</sup>". Este se contempla en el artículo 35 fracción VII y artículo 71 constitucional. El primero atribuye a la ciudadanía el derecho de iniciar leyes, de acuerdo con los requisitos que solicita la Ley del Congreso; el segundo amplía esta facultad para iniciar decretos de reforma, siempre y cuando sean solicitados por un número equivalente al 0.13% de la lista nominal de electores.

Al considerarse la posibilidad de transformación y creación constitucional o legislativa, este mecanismo impulsa las dimensiones constituyentes e instituyentes de la sociedad. Pero, de acuerdo con las características del consenso exigente y del garantismo, este derecho/garantía/poder, no debe agotarse normativamente en

---

<sup>275</sup> Vázquez Correa, Lorena (2018), *La iniciativa legislativa ciudadana en México*, Instituto Belisario Domínguez/Dirección General de Análisis Legislativo, p. 5

su reconocimiento constitucional, sino que requiere del desarrollo legal que establezca la distribución de la capacidad para participar en la iniciativa, las condiciones que faciliten de puesta en marcha del mecanismo, su carácter vinculante, etc.

Ante esto debemos acudir a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos para determinar los pros y contras de los que goza y sufre este mecanismo de participación ciudadana. La iniciativa es el acto jurídico por el cual se inicia el proceso legislativo. Con ella, la maquinaria legislativa pone en marcha sus fuerzas con las que discutirá, hará observaciones, dictaminará para aprobar o desechar y, finalmente, pondrá en manos del Ejecutivo federal la facultad de realizar observaciones o modificaciones hasta la promulgación de una ley o reforma<sup>276</sup>.

Dicha ley dedica, dentro de su Título Quinto *De la Iniciativa Ciudadana y Preferente*, el Capítulo I *De la Iniciativa Ciudadana* a la reglamentación procedimental de este mecanismo. Su recorrido es breve, pues sólo a través de 3 artículos se consideran los elementos de procedibilidad.

El artículo 131 consagra el derecho ya reconocido por la Constitución, y establece el primer requisito: la participación mínima de 0.13% de los electores registrados. Posteriormente, señala que las materias que podrán ser sometidas a la creación de leyes o decretos de reforma son aquellas de competencia exclusiva del Congreso de la Unión. Finalmente -y esto es muy importante- determina que, ante la falta de dictaminación<sup>277</sup>, es decir, la omisión del estudio técnico del contenido de

---

<sup>276</sup> Síntesis del procedimiento legislativo descrito en el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>277</sup> El dictamen puede entenderse como el *paso cero* del proceso legislativo. El Sistema de Información Legislativa lo define de la siguiente manera: “Resolución escrita de una o varias comisiones legislativas, tomada por la mayoría de sus miembros, sobre una iniciativa de ley, decreto, asunto o petición sometido a su consideración por acuerdo del Pleno de la cámara a la que pertenecen”.

Consultado el 1° de abril de 2025 en <https://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=76>

Para apoyo de esta definición, el artículo 39 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en su numeral 3 dicta que: “Las comisiones ordinarias...tienen a su cargo tareas de dictamen legislativo, de información y de control evaluatorio”.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2022), *Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación.

la iniciativa o del decreto por parte de la Comisión correspondiente, con la cual se inicia el procedimiento legislativo ordinario, y de acuerdo con los plazos de 45 y 90 días respectivamente según la Ley, se procederá automáticamente a la inscripción de la iniciativa dentro de la orden del día siguiente.

Como tal, esto no comprende una *omisión legislativa* ni tampoco una vinculación para legislar o, al menos, discutir de manera sustancial el contenido en las Cámaras de origen. Sin embargo, sí nos acerca al carácter no vinculante de este mecanismo de control constitucional y legal.

No es de extrañarse que el elemento de la participación marque una diferencia entre el procedimiento legislativo común y el de la iniciativa popular. Para que esta última pueda transitar por las fases del primero, es necesario contabilizar el número de firmas; quien realiza este conteo es el Instituto Nacional Electoral (INE). Según el artículo 132 de la Ley Orgánica del Congreso General, una vez confirmadas como legítimas las firmas equivalentes al 0.13% de la lista nominal de electores, el INE lo comunicará al presidente de la Cámara de origen, quien a su vez, turnará la iniciativa a la Comisión respectiva, y así dar consecución constitucional al procedimiento correspondiente.

El artículo 133 de la misma Ley faculta al representante ciudadano designado para vigilar el trámite de la iniciativa, quien podrá presentar su contenido y estar presente en las sesiones de análisis de la Comisión asignada durante las cuales podrá formular observaciones u opiniones. Sin embargo, estas no serán en ningún caso vinculantes.

Esto resulta importante para nuestro análisis, ya que, como hemos recalcado en diversas ocasiones, los poderes políticos tienden a la autolegitimación y, con ello, a decidir injustificadamente sobre las dilaciones para legislar. El que exista un representante que pueda fungir como observador con voz<sup>278</sup> en las sesiones de las Comisiones añade cierta presión. Aunque esto no garantice la discusión ni la

---

<sup>278</sup> El artículo 133 en su numeral 4 expresa esta facultad: “El representante podrá asistir a las demás reuniones públicas de la comisión para conocer del desarrollo del proceso de dictamen y podrá hacer uso de la voz hasta antes del inicio del proceso de deliberación y votación”

dictaminación en tiempo y forma, constituye sin duda, una garantía secundaria de participación institucional en el control de la iniciativa de ley.

De la lectura constitucional y de legalidad de la iniciativa popular, podemos sintetizar lo siguiente: se trata de un medio de control de democracia participativa indirecta, pues, si bien permite que la ciudadanía participe colectivamente para incidir en los contenidos constitucionales dentro la legislación -ya sea para reformar disposiciones existentes o introducir aquellas ausentes- su curso dependen de la maquinaria institucional del Poder Legislativo. Esto la convierte en un derecho, y a la vez en una garantía de exigibilidad de derechos humanos, con capacidad de constituyente e instituyente respecto a los juicios de producción y reproducción de vida.

Por otro lado, la falta de una garantía secundaria directa que vincule las obligaciones generales -constitucionales y convencionales- para legislar puede convertir este derecho/control constitucional en una herramienta susceptible de inobservancia. O, dicho de otro modo, puede volverse una figura tendiente a no ser debidamente priorizada, pese a su relevante origen popular y democrático, hasta desembocar en la aparición del fenómeno de la omisión legislativa.

Siguiendo esta línea, nuestra Constitución también contempla garantías secundarias de carácter jurisdiccional como mecanismo de control, tales como: el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de protección de derechos político electorales. A continuación, desglosamos normativamente cada uno de estos instrumentos.

El juicio de amparo comprende la institución más antigua<sup>279</sup> al alcance de la ciudadanía para la protección de sus derechos humanos dentro del constitucionalismo mexicano. A partir de la reforma constitucional de 2011, esta institución de defensa dejó de ser exclusivamente un juicio para la protección de

---

<sup>279</sup> El amparo se contempla por primera vez, en el ámbito local dentro de la constitución yucateca de 1841. Para después elevarse al nivel federal en el Acta de Reformas Constitucionales de 1847, y finalmente a nivel constitucional en 1857 hasta convertirse en una institución emblemática del constitucionalismo mexicano, y latinoamericano, en nuestros días. Véase Coaña Be, Luis (2022) *Óp. Cit.*, pp. 39-44

*garantías individuales* -tradicionalmente identificadas con los derechos de *libertad*- para convertirse en un mecanismo tutelar de todo el sistema de derechos, incluidos los derechos sociales. Este cambio, fue posible gracias a la inclusión textual, semántica y convencional del término “derechos humanos” en el artículo 1º constitucional.

El juicio de amparo se encuentra regulado en los artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana. El primero de ellos establece la competencia del Poder Judicial de la Federación para conocer de controversias derivadas de normas generales, actos u *omisiones* de autoridades que violen derechos humanos. El segundo por su parte, prescribe los principios y las reglas que deben observarse en los procedimientos correspondientes.

La relevancia de esta garantía secundaria radica en que puede ser activada tanto por vía individual como colectiva. No obstante, esto no siempre fue así. Antes de la reforma de 2011, principios como el de *instancia de parte agraviada*, *el agravio personal*<sup>280</sup> y *la relatividad de las sentencias* -comúnmente llamada *fórmula Otero*- limitaban los efectos generales de las resoluciones judiciales, y con ello, la protección federal a pueblos, comunidades, grupos o colectivos de personas.

Fue precisamente esta reforma la que transformó dicha situación, al ampliar la legitimación para promover el juicio de amparo. A partir de entonces, cualquier persona, grupo o colectivo puede reclamar la violación a sus derechos, ya sea por afectación directa o por una especial situación frente al ordenamiento jurídico. Es decir, cuando por su condición económica, social, cultural, étnica o etaria, requieran o ameriten garantías específicas que los protejan contra la dominación, el racismo, la exclusión o mantenimiento de un *status quo* adverso.

Es a través de esta reforma constitucional que se abrió la posibilidad de reclamar *omisiones*, incluidas las de carácter legislativo. No obstante, también fue

---

<sup>280</sup> Tradicionalmente estos dos principios consagran de manera general que la acción de amparo debe estar siempre legitimada por la existencia de un agravio personal. Es decir, que la norma general, acto u omisión debe tener un impacto directo, y únicamente, en la esfera individual de la persona y que solo ella sea quien pueda realizar la tramitación del juicio. Coaña Be, Luis (2022), *Óp. Cit.*, p. 54

necesaria una transformación interpretativa por parte del Poder Judicial Federal, ya que no fue sino hasta la resolución del amparo en revisión 1359/2015, cuando el ministro Arturo Saldívar reconoció la procedencia del juicio por omisión legislativa, es decir, por no acatar mandatos constitucionales expresos<sup>281</sup>.

Un elemento particular de esta sentencia -que resulta restrictivo desde nuestra perspectiva sobre la participación como medio de control constitucional- es que la procedencia del juicio por omisión legislativa parte esencialmente de la existencia de un mandato constitucional expreso que obligue a legislar dentro de un tiempo determinado y con un contenido específico. Este criterio excluye, por tanto, la posibilidad instituyente de generar legalidad por vía popular si no es mediante una reforma constitucional reconstituyente. En otras palabras, la iniciativa de ley o de decreto impulsada por la ciudadanía no es, ni puede ser vinculante en estos términos; por lo que el control efectivo de la Constitución sólo se activa, en estos casos, desde los mandatos explícitos contenidos en ella.

El criterio del ministro Zaldívar ilustra esta idea al señalar:

...los jueces de amparo tienen competencia para controlar la constitucionalidad de leyes emitidas por el Poder Legislativo, también deben tener la facultad de controlar sus omisiones. Lo anterior es especialmente relevante si tomamos en consideración que en muchos aspectos la nuestra es una “Constitución de detalle”, que contiene disposiciones altamente específicas y, por lo tanto, en nuestro texto constitucional se establezcan deberes muy concretos de legislar en ciertas materias —tal como sucede en este caso—, los cuales reducen considerablemente el margen de discreción legislativa, de tal manera que en esos casos no resulte potestativo para el Poder Legislativo emitir una determinada regulación<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Estudiar la sentencia -en este momento- nos llevaría a extender el presente trabajo fuera de nuestro objetivo. Por lo que, sólo apuntaremos que la sentencia del amparo en revisión 1359/2015, abandona los criterios restrictivos de interpretación literal y tradicional de los principios anteriormente señalados.

<sup>282</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f), *Amparo en Revisión 1359/2015*, Semanario Judicial de la Federación, p. 30

Así, se limita el alcance del control constitucional desde la ciudadanía, ya que únicamente puede exigirse el cumplimiento de una omisión por la vía jurisdiccional cuando la Constitución contiene un mandato específico de legislar en un sentido determinado.

Finalmente, anticipamos que de los medios jurisdiccionales restantes por analizar, únicamente serán relevantes para nosotros aquellos que contemplen la capacidad popular para activarlos. Lo anterior se debe a que un estudio de la radicalidad democrática basado desde la normativa constitucional no puede prescindir del elemento participativo para el control ciudadano del derecho positivo y la legalidad.

La controversia constitucional es un medio de control que tiene por objeto resolver la posible inconstitucionalidad de normas generales, actos u *omisiones* emitidos por autoridades políticas de los órdenes federal, estatal y municipal. Su procedencia parte estrictamente del planteamiento de violaciones directas a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales derivadas de conflictos competenciales entre los distintos niveles y órganos del poder público<sup>283</sup>.

Sin embargo, este mecanismo está reservado exclusivamente a los poderes constituidos, ya que la Ley Reglamentaria de la fracción I y II del artículo 105 de la Constitución, en su artículo 10, establece que las partes legitimadas para interponer este medio -seguido en forma de juicio- son los poderes de la Unión, los poderes de las entidades federativas y los órganos constitucionales autónomos. Esto excluye expresamente a la ciudadanía de la posibilidad de presentar controversias constitucionales como mecanismo de control, incluso cuando se trata de impugnar omisiones legislativas<sup>284</sup> que obstaculizan el ejercicio de derechos fundamentales.

---

<sup>283</sup> Artículo 105 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>284</sup> Ejemplos de procedibilidad histórica de la omisión legislativa mediante controversia constitucional son: la CC 14/2005 en la cual se reclamó la omisión legislativa del Congreso de Tabasco al no dictaminar una iniciativa en materia fiscal; CC 38/2015 en el que se reclamó la inminente violación al derecho a la salud, si el Congreso de la Unión no ajustaba la legislación interna en materia, de acuerdo a las disposiciones convencionales del PIDESC, PIDCyP, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño.

Por tanto, este medio no representa un medio claro para el ejercicio instituyente popular en la creación de derecho positivo.

La acción de inconstitucionalidad, adolece del mismo defecto en términos de la exclusión de la participación ciudadana. Este mecanismo, previsto en la fracción II del artículo 105 constitucional y tiene como finalidad impugnar normas de carácter general que contravengan a la Constitución. La legitimación para promover esta acción recae en diversos actores institucionales: la Cámara de Diputados (tratándose de leyes federales), el Senado (respecto de leyes federales o tratados internacionales), el Ejecutivo federal por conducto de su Consejero Jurídico (contra de leyes federales o de las entidades federativas), los Congresos locales (frente a normas emitidas por ellos mismos), los partidos políticos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y sus equivalentes locales (contra leyes federales o tratados internacionales que vulneren los derechos humanos) y al Fiscal General de la República (contra leyes en materia penal sustantiva o adjetiva).

En consecuencia, la participación ciudadana se ve restringida a la mediación de estos órganos políticos, representativos o técnicos. Si bien, es cierto que algunos de ellos podrían eventualmente interponer acciones de inconstitucionalidad en beneficio del interés público o de grupos sociales específicos, ello no se traduce en una forma de participación directa ni popular. Además, incluso en caso de obtenerse una sentencia favorable, esta sólo tendría como efecto la invalidez de la norma contraria a la Constitución, sin generar una obligación vinculante para el órgano legislativo de emitir una nueva ley o reforma en un sentido determinado<sup>285</sup>. Así, el poder constituyente popular queda relegado, una vez más, al margen de los mecanismos institucionales de control constitucional.

---

<sup>285</sup> La Ley Reglamentaria del Artículo 105 fracción I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 72: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fuese aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal del Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2021), *Ley Reglamentaria del Artículo 105 fracción I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación.

Por último, el juicio de protección de derechos político-electorales se encuentra previsto en el artículo 99 constitucional, el cual establece la competencia exclusiva del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en materia electoral. De acuerdo con la fracción V de dicho precepto, este tribunal tiene la obligación de resolver las impugnaciones promovidas contra actos o resoluciones que vulneren los derechos político-electorales reconocidos en el artículo 35 de la Constitución.

En consecuencia, esta garantía secundaria otorga protección y garantía a cualquier persona para ejercer los mecanismos de democracia directa, tales como votar, postularse a cargos de elección popular, ser votado o nombrado para empleos en el servicio público. Asimismo, protege a los colectivos que deciden asociarse para conformar partidos políticos o participar en la vida política del país de manera pacífica y respetuosa, además, de los grupos de ciudadanos que busquen participar en la producción legislativa mediante la iniciativa popular. Particularmente relevante resulta su aplicación a los grupos ciudadanos que buscan incidir en la creación normativa a través de la figura de la iniciativa popular legislativa.

En este contexto, dicho juicio puede activarse ante cualquier acto que impida injustificadamente la dictaminación de una iniciativa popular o que derive su archivo sin un análisis de fondo. De este modo, ciertas omisiones legislativas pueden ser impugnadas cuando obstaculicen el ejercicio efectivo de este derecho político.

No obstante, a pesar de su importancia procesal, ninguna de las garantías jurisdiccionales secundarias analizadas -juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad o juicio político-electoral- prevé mecanismos que obliguen de forma directa al órgano legislativo a cumplir con su deber de legislar. Tampoco contemplan sanciones frente a su incumplimiento, ni establecen el carácter prioritario o vinculante de las iniciativas de origen ciudadano dentro del proceso legislativo.

En contraste, a nivel local, diversas entidades federativas han desarrollado normas más avanzadas en esta materia al incorporar en sus constituciones y leyes instrumentos que permiten exigir el cumplimiento legislativo ante omisiones. Entre

estas se encuentran disposiciones que fijan plazos para legislar, establecen cierto grado de vinculación al contenido de las iniciativas ciudadanas o contemplan especies de sanciones ante el incumplimiento.

### **3.1 Medios de control constitucional locales: La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.**

A nivel local, son diez las entidades federativas que contemplan la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa: CDMX, Coahuila, Chiapas, Durango, Nayarit, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Querétaro y Quintana Roo. Además de considerar otros medios de control constitucional de carácter político -como el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular, la revocación de mandato, etc- también contemplan mecanismos de carácter jurisdiccional similares a los del nivel federal, como las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

No obstante, en los siguientes párrafos se dará seguimiento únicamente a las acciones análogas a la inconstitucionalidad por omisión legislativa, debido a su relevancia para nuestra investigación y a su aporte innovador a comparación con los medios existentes a nivel federal.

En la mayoría de los Estados citados, la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa cuenta con disposiciones que vinculan, mediante sentencia judicial, a los órganos legislativos locales. Además, sus rasgos normativos son equiparables a las características de un consenso exigente, ya que concentran condiciones de distribución de capacidad para ejercitar la acción, facilitadores de la participación, potestativos y de apertura continua para el ejercicio participativo-democrático.

Antes de pasar a la revisión detallada de la acción en las constituciones y leyes de los Estados, desglosaremos algunas características que la doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han atribuido a la figura, como elementos básicos para la procedibilidad judicial.

Para Sofia Ávalos Díaz, una omisión inconstitucional es toda actitud pasiva que incurre en un desacato de la Constitución como norma suprema por parte de

un poder público <sup>286</sup> que, en el caso del Poder Legislativo, se da cuando no desarrolla las previsiones constitucionales obligatorias en una ley reglamentaria. Es decir, que el legislador tiene un encargo constitucional que no puede evadir, pues la norma suprema manda un *hacer*<sup>287</sup>, que solo él, por su naturaleza y competencia, está facultado para realizar.

A esta característica se le denomina *mandato* y emparenta a la omisión legislativa con el tratamiento de la laguna en la teoría garantista. Una laguna implica un *vicio normativo* originado por la ausencia de una garantía primaria, es decir, la falta de un derecho con jerarquía constitucional. No obstante, recordemos que el garantismo está estructurado en distintos niveles o grados. En el nivel secundario se configuran las reglas de exigibilidad, se describen competencias y circunstancias, y se prescriben conductas y sanciones. En este ámbito, si se presenta una ausencia o laguna, corresponde al órgano jurisdiccional subsanarla, mediante herramientas y criterios de interpretación como la analogía o los principios generales del derecho<sup>288</sup>.

De manera similar, una omisión inconstitucional sólo puede ser corregida mediante el ejercicio de una competencia específica, de carácter obligatorio, político y con legitimidad democrática y representativa. Esta función de *decir el derecho* responde a una demanda ciudadana concreta dentro de una esfera competencial que no puede ser completamente sustituida por el Poder Judicial. Por ello, su intervención se limita exclusivamente a declarar la existencia de la omisión.

En esta línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrollado una tipología de omisiones<sup>289</sup>:

---

<sup>286</sup> Ávalos Díaz, Sofía (2010), *La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano*, Publicaciones de los Becarios de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, p.4

<sup>287</sup> Rangel Hernández, Laura (2021), *Inconstitucionalidad por omisión legislativa, derechos humanos y amparo*, p. 184. Consultado en: Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales año VII. Núm. 13*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>288</sup> Ferrajoli, Luigi (2013a) *Óp. Cit.*, p. 13

<sup>289</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2005), *OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS Tesis: P./J. 11/2006 (registro digital 175872)*, Diario Oficial de la Federación.

- Omisiones absolutas en competencias/facultades obligatorias, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo hace;
- Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio: cuando el órgano legislativo emite una ley estando obligado a ello, pero lo hace de forma incompleta o deficiente.
- Omisiones absolutas en competencias potestativas: cuando el legislador opta por no actuar, dado que no existe un mandato que lo obligue.
- Omisiones relativas en competencias potestativas: cuando el órgano decide legislar, pero lo hace de manera deficiente.

En consecuencia, sólo el órgano legislativo está facultado para corregir una ley incompleta o deficiente, o expedir aquella que esté ausente, a través de una norma satisfaga las exigencias de una garantía secundaria. Es la competencia lo que otorga la capacidad para dar cumplimiento al mandato, ya sea este obligatorio o potestativo. En el marco de la división de poderes, únicamente dicho órgano puede incurrir en estas formas de omisión.

Laura Rangel considera, en relación al elemento del mandato, que debe observarse *la violación constitucional* como otra característica integradora de la inconstitucionalidad por omisión. Esta implica un incumplimiento sustantivo de la norma que "...genera la ineficacia de la norma fundamental y además provoca otro tipo de consecuencias derivadas de la propia ausencia legislativa, tales como la imposibilidad del ejercicio de competencias constitucionales o del goce y ejercicio efectivo de los derechos de que se trate...<sup>290</sup>".

Esto nos lleva a entender que la valoración de la Constitución frente a la omisión legislativa es, en esencia, de alcance normativo, en tanto *la violación* implica una desarticulación del sistema jurídico de garantías debido a ausencias normativas. En este sentido, sólo tendrían fuerza vinculante para declarar una

---

<sup>290</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* año VII. Núm. 13, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, p.185

inconstitucionalidad por omisión los mandatos del poder constituyente originario o, en su caso, los del poder reformador.

Por lo tanto, la acción de iniciativa popular, orientada a introducir innovaciones o transformaciones legales carecería de carácter suficiente como medio para denunciar una violación constitucional. Incluso si se argumentaran afectaciones directas a los derechos humanos, la idea de subjetivar absolutamente a la Constitución como norma rectora del derecho positivo tiende a asumir que esta constituye, en sí misma, un sistema jurídico completo, donde solo cabrían omisiones relativas susceptibles de ser resueltas por la vía judicial.

El último elemento constitutivo de la inconstitucionalidad por omisión es el plazo. La autora mexicana explica que, en la mayoría de los casos, el poder constituyente o reformador establece artículos transitorios en los que se disponen términos o plazos para la entrada en vigor de la nueva Constitución o de una disposición específica. Asimismo, se establece la temporalidad en que deberá desarrollarse la legislación secundaria que garantice el derecho correspondiente<sup>291</sup>.

Sin embargo, existen situaciones en las que la Constitución no fija un plazo determinado para emitir dicha legislación. En estos casos, el plazo se convierte en un punto de debate cuando se presenta una acción de inconstitucionalidad por omisión. Ante ello, Laura Rangel sostiene que el órgano facultado para determinar si el vencimiento del plazo constituye una violación constitucional es el órgano jurisdiccional. No obstante, advierte que esta facultad podría derivar en un acto *antigarantista*, ya que son las personas -y no exclusivamente los jueces- quienes pueden exponer las razones y justificaciones que evidencian violaciones materiales. Estas pueden resultar tanto del abuso en la estipulación de plazos como de la inacción del poder al no generar garantías efectivas para exigir sus derechos.

Ahora bien, todo lo anterior constituye los elementos básicos mediante los cuales puede declararse judicialmente la existencia de una omisión legislativa, entre los que, claramente, no figuran elementos de participación ciudadana. Esto es una

---

<sup>291</sup> Suprema Corte de la Nación (2021), *Óp. Cit.*, pp. 185-186

constante en la literatura que pone atención a dicha figura<sup>292</sup>. Contrario a ello, los Poderes Legislativos de las entidades federativas han valorado los mecanismos de control constitucional -entre ellos, la acción de inconstitucionalidad- como instrumentos de transformación institucional y de construcción de derecho positivo con calidad. Tal es el discurso sostenido en el preámbulo de la Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas, donde se destaca la importancia de sostener la legalidad como vía para cumplir con las aspiraciones colectivas. Por lo tanto, se reafirma la legitimidad y naturaleza democrática del Congreso, así como su responsabilidad al omitir producir leyes que se adecuen a las circunstancias histórico-sociales.

Que nuestra entidad está viviendo una transformación radical, tanto en su vida democrática, como en sus instituciones, lo que requiere del apoyo definitivo de las normas jurídicas que regulan y procuran la armónica convivencia de sus pobladores.

...

Que el poder público incluido el legislativo legitimado no pertenece a una persona determinada, sino a la comunidad conformada por la población de hombre y mujeres. El poder público proviene del poder constituyente y solo puede ejercerse conforme a los mandatos de este.

...que el objetivo primordial de la acción por omisión legislativa es la de garantizar que el poder legislativo como ente público del Estado cumpla con su deber de dotar a la comunidad de la cual emana las leyes y las disposiciones legales que permiten la armónica convivencia de los miembros de esta.

---

<sup>292</sup> Véase Fernández Rodríguez, José Julio (s/f), *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2455/5.pdf>; Báez Silva, Carlos & Salgado Cienfuegos, David (2007), *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de México*, Ars Iuris, pp. 341-361; Borrego Estrada, Felipe (2017), *Omisiones legislativas y el juicio de amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/33.pdf>

La acción por omisión legislativa tiene por objeto también evitar que el legislador ejerza su poder en contravía del sistema axiológico de la constitución o de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del territorio. De esta forma surge la necesidad no solo de controlar la constitucionalidad de sus actos sino también de garantizar que la comunidad sufra algún perjuicio por parte del legislador al actuar al margen del derecho constitucional y en violación del mandato claro del constituyente<sup>293</sup>

Ahora, nos daremos a la tarea del desglose normativo de la acción de inconstitucionalidad por omisión en las entidades federativas. Esto lo realizaremos apoyándonos en las características del consenso exigente, pues al igual que con la iniciativa y el juicio de amparo a nivel federal, consideramos que aquella reúne los elementos normativos de radicalidad que exige un medio de control constitucional para intervenir en la formación del derecho positivo.

No obstante, por la extensión que tendríamos que dar a nuestro trabajo debido a la cantidad de información que deviene de las constituciones y leyes locales, hemos sintetizado en la siguiente tabla sus elementos de radicalidad popular:

| Entidades Federativas. | Definición de acción por omisión legislativa.                                                                                                                                                                                                                                            | Participación-activación.                                                                                                                                      | Carácter vinculante                                                                                                         | Continuidad o discontinuidad de la forma de participación.                                                                                |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>CDMX</b>            | Constitución Art. 36 B. 1. c) ...por omisión legislativa cuando el legislativo o el Ejecutivo no hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de esta Constitución, o habiéndolas aprobado se estime que no cumplen con los preceptos constitucionales | Constitución Art. 36 C. 3. F)<br>Ciudadanía mediante 5 mil firmas inscritas en la lista de electores.                                                          | SIN CARÁCTER VINCULANTE.                                                                                                    | SIN EXPRESAR EN LAS LEYES EN MATERIA.<br>Ley Orgánica de la Sala Constitucional de la CDMX<br><br>Ley Procesal de la Sala Constitucional. |
| <b>Coahuila</b>        | Constitución Art. 158 F II. Acción abstracta de inconstitucionalidad.<br><br>Ley de justicia constitucional Art. 71 F V. ...cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de disposiciones de carácter                                                                  | Constitución Art. 158. La acción corresponde a: el Ejecutivo estatal, 10% de los integrantes del legislativo, 10% de los integrantes de un municipio o Concejo | Ley de Justicia Constitucional del Estado. Art. 88 párrafo último. Cuando se verifique la omisión el Pleno del Tribunal del | Constitución. Art. 158 F II. 2. La acción se ejerce en los 60 días naturales siguientes de que se tenga                                   |

<sup>293</sup> Honorable Congreso del Estado de Chiapas (2002), *Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas*, Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Chiapas, preámbulo.

|                 |                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                 | general necesarias para hacer aplicables sus preceptos.                                                                                                                                                                               | municipal, organismo público autónomo, fiscal general estatal y partidos políticos.<br><br>Ley de Justicia Constitucional del Estado Artículo 73. Cualquier persona cuando se trate de violaciones a sus derechos humanos. | Estado expedirá un plazo razonable. <b>Mientras subsista la omisión la judicatura regulará la normativa.</b>                                                                                                                       | conocimiento de la inconstitucionalidad.                                                                                                                                                                                                    |
| <b>Chiapas</b>  | Constitución Art. 77 F III. Cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna Ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución.                                               | Art. 77 F III. d) Cuando menos por el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.                                                                                                                               | Constitución Art. 77 F II. Resolución por unanimidad de la Sala constitucional. Plazo un periodo ordinario de sesiones. <b>Si incumple el Pleno de Distrito suplirá la omisión provisionalmente hasta emitirse la legislación.</b> | Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas. Art. 98 <b>Si transcurridos 30 días posteriores a la presentación de una iniciativa o decreto de reforma el legislativo no resolviera, se interpone en los 30 días siguientes.</b> |
| <b>Durango</b>  | Constitución Art. 119 F III. ...Congreso del Estado o algún Ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté mandado emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución. | Constitución Art. 119 F III. d) Por los menos el 0.5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.                                                                                                                  | Constitución Art. 119 FIII. En las resoluciones que emita la Sala Constitucional se determinará el plazo en el cual el Congreso o el Ayuntamiento deberán enmendar la omisión, temporalidad máxima 180 días.                       | SIN EXPRESARSE EN LA CONSTITUCIÓN.                                                                                                                                                                                                          |
| <b>Nayarit</b>  | Constitución Art. 91 F III. ...en contra de cualquier de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una Ley ordena expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a esta constitución.                 | Ley de Control Constitucional del Estado de Nayarit. Art. 77 Su ejercicio corresponde a cualquier autoridad estatal o vecino del Estado.                                                                                   | Constitución Art. 91 F III. Plazo máximo de un año mediante resolución judicial.<br><br>Ley de Control Constitucional. Art. 81. Plazo máximo de un año para emitir legislación.                                                    | SIN EXPRESAR EN LA LEY EN MATERIA.<br><br>Ley de Control Constitucional del Estado de Nayarit.                                                                                                                                              |
| <b>Veracruz</b> | Constitución Art. 65 F. III ...cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna Ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta constitución                                                         | <b>SIN PARTICIPACION CIUDADANA.</b> Constitución Art 65 FIII. Solo puede ser promovida por el Gobernador del Estado o cuando menos la tercera parte de los Ayuntamientos.                                                  | Constitución Art. 65 F III. En las resoluciones se determinará un plazo máximo de dos periodos de sesiones. <b>Ante incumplimiento el Tribunal dictará las bases jurídicas.</b>                                                    | Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz. Art. 104 <b>Legitimidad de acción mientras subsista la omisión.</b>                                                                                                               |
| <b>Tlaxcala</b> | Constitución Art. 83 ...imputables al Congreso, Gobernador y Ayuntamientos y Concejos                                                                                                                                                 | Constitución Art. 81 F VI.                                                                                                                                                                                                 | Constitución Art. 81 F. VI párrafo penúltimo. Plazo                                                                                                                                                                                | SIN EXPRESARSE EN LA LEY EN MATERIA.                                                                                                                                                                                                        |

|                     |                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                             |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                     | Municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que están obligados en términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes.                                             | Su ejercicio corresponde a autoridades municipales y residentes del Estado.<br><br>Ley de Control Constitucional del Estado. Art. 84 Personas físicas y morales que comprueben residencia.                                                                        | máximo de tres meses, en caso de verificarse la omisión.                                                                                                                                                                                                                 | Ley de Control Constitucional del Estado de Tlaxcala. Capítulo IV De la Acción contra la Omisión Legislativa.                                                                                               |
| <b>Querétaro</b>    | Constitución Art. 29 F. IV ...omisión en la expedición de leyes cuando la misma afecte el funcionamiento o aplicación de la presente Constitución.                                                                                                        | Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro. Art. 86 puede ser ejercitada por: Gobernador o su representante legal, Ayuntamientos o Concejos municipales, organismos autónomos y partidos políticos.                                                   | Ley de Justicia Constitucional del Estado. Arts 89, 90 y 91. La sentencia determinará un plazo razonable, extensible por incumplimiento por máximo 90 días. <b>Ante subsistencia de la omisión el Pleno del Tribunal regulará el derecho aplicable provisionalmente.</b> | Ley de Justicia Constitucional del Estado. Art. 88. <b>Se puede plantear la acción en cualquier momento mientras subsista la omisión.</b>                                                                   |
| <b>Quintana Roo</b> | Constitución Art. 105 F. III ...cuando se considere que la Legislatura del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna Ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución.                                     | <b>SIN PARTICIPACIÓN CIUDADANA.</b> Constitución Art. 105 F. III. Gobernador del Estado o Ayuntamientos.                                                                                                                                                          | Ley reglamentaria del artículo 104 y 105 de la constitución del Estado. Art. 109. Plazo: durante el período de sesiones corriente o al siguiente. <b>Se podrá reducir cuando el interés público lo amerite.</b>                                                          | Ley reglamentaria del artículo 104 y 105 de la constitución del Estado. Art. 97 <b>No hay plazo para ejercitar la acción.</b>                                                                               |
| <b>Yucatán</b>      | Constitución Art. 70 F. II ...Falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que están obligados por esta constitución, así como de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma. | Ley de justicia Constitucional para el Estado de Yucatán.<br><br>Art. 103 Puede ser promovida por personas físicas o morales. Las primeras deben acreditar su residencia permanente, las segundas, tener como mínimo un año de antigüedad en su domicilio social. | Constitución Art. 70 penúltimo párrafo. "...se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión"                                                                                                                                                                 | Ley de Justicia Constitucional del Estado. Art. 101 Se promueve cuando finalice el plazo constitucional para emitir la norma. <b>En los casos donde no se expresa podrá promoverse en cualquier tiempo.</b> |

Como podemos notar, la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel estatal implica un avance en la democratización, la participación y la intervención en la producción legislativa, así como en el control constitucional de los poderes públicos. Casi todas las entidades que la inscriben como un

derecho/poder/mecanismo de control atribuyen su ejercicio a la ciudadanía (excepciones de Coahuila, Veracruz, Quintana Roo).

Además, en la mayoría de las entidades que la contemplan, la decisión judicial es vinculante para obligar al Congreso a expedir la legislación ausente mediante la estipulación de un plazo. Cabe destacar que, en Chiapas, Coahuila, Querétaro y Veracruz, se faculta al Pleno de sus respectivos Tribunales Constitucionales para *decir el derecho* de manera provisional mientras subsista la rebeldía o pasividad legislativa. Esta medida supondría un acto garantista, en tanto que salvaguardaría los derechos de la ciudadanía, y tendría como efecto presionar la legitimidad democrática de los Congresos, bajo la amenaza de la activación de otros mecanismos de control constitucional como la revocación de mandato o, en última instancia, el voto a favor de la discontinuidad de los funcionarios legislativos en las siguientes elecciones.

Otro detalle relevante es el caso de Chiapas, pues además de mantener el discurso democratizador en su Ley de Control Constitucional, otorga el carácter de “prioritarias” a las iniciativas legislativas o de decreto de reforma promovidas por la ciudadanía. No obstante, todos los Estados que inscriben a la acción por omisión, también cuentan con este derecho regulado tanto en sus constituciones como en sus leyes de participación ciudadana.

#### **4. Casos de Control Constitucional: Amparos, Acciones contra la omisión legislativa e Iniciativas Populares.**

Como hemos visto, la apertura de los mecanismos de control constitucional antes descritos depende de que los titulares de derechos decidan intervenir de manera profunda en la vida democrática del Estado. Sin embargo, en el desahogo práctico de estos mecanismos, las condicionantes de efectividad se sujetan más a las actuaciones de los poderes constituidos que a la legitimidad, urgencia, materialidad o necesidad de las exigencias populares.

Cada mecanismo de control guarda una relación directa con la naturaleza del poder público al que se le encomienda la tarea de hacerlo efectivo. En cada

resolución emitida -ya sea que niegue o haga efectivas las posibilidades de instituyencia o de constituyencia/reconstituyencia popular- se nos brindarán elementos de análisis para medir la legitimidad democrática o institucional del poder público, tanto en lo que respecta a la garantía de derechos como al cumplimiento de funciones básicas de gobierno.

Por lo tanto, pasaremos al desglose de las prácticas particulares de los poderes que resuelven los mecanismos de control activados por agentes populares.

#### **4.1 Amparos contra omisiones legislativas**

El juicio de amparo como brevemente mencionamos en párrafos anteriores, tiene un antes y un después respecto de sus alcances como medio de control constitucional de las omisiones legislativas, marcado por la resolución del amparo en revisión 1359/2015. Aun con la llegada de la reforma de 2011, la práctica en torno al amparo por omisión no experimentó un cambio significativo, debido a que la procedencia para reclamar la inconstitucionalidad y afectación directa a los derechos derivada de la figura de omisión legislativa, solo se consideraba legítima vía representación política<sup>294</sup>. No obstante, la defensa contra el anquilosamiento legislativo se hizo presente en diversas demandas de amparo.

Tras la reforma de 2011 en materia de derechos humanos y amparo, se promovieron múltiples demandas en contra de la inactividad legislativa del Congreso de la Unión, ya que este, conforme al artículo primero transitorio del decreto de reforma, debía realizar las adecuaciones legislativas en la Ley de Amparo dentro de los 120 días siguientes a su publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF). Dicha obligación no se cumplió en los términos establecidos, por lo que, el 1 de diciembre de 2011<sup>295</sup>, se tramitó una de las primeras demandas de

---

<sup>294</sup> A través de controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad, las cuales solo contemplan como partes de sus procedimientos a los poderes políticos federales y de las entidades federativas.

<sup>295</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015), *Contradicción de tesis 111/2013 (registro digital 25444)*, Semanario Judicial de la Federación. Consultado el 12 de abril de 2025 en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/25444> (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, enero)

amparo indirecto contra la omisión legislativa, la cual fue presentada ante el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal.

El órgano jurisdiccional desechó la demanda de plano, al considerar que otorgar la protección de la justicia federal violentaría el *principio de relatividad de la sentencia*<sup>296</sup>. Esto se debía a que ordenar al Congreso expedir una ley o reformar artículos existentes implicaría extender los efectos de la sentencia a un número indeterminado de personas. Ante esta resolución, el quejoso interpuso el **recurso de revisión 366/2012**, en el cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, a su criterio, se actualizaba la causal de improcedencia señalada por el Juez de Distrito, además de la consistente en la falta de interés legítimo<sup>297</sup>. Sin embargo, las demandas no cesaron.

El 21 de marzo de 2012, el Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Zacatecas resolvió un amparo indirecto que reclamaba la omisión del Congreso de la Unión de expedir la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales. En esta ocasión también se negó la protección de la justicia federal. El quejoso interpuso el **recurso de revisión 404/2012**, en el que la Segunda Sala de la Corte resolvió la improcedencia de la demanda con base en la falta de interés legítimo.

En el mismo sentido, las Salas de la Suprema Corte resolvieron los amparos en revisión **553/2012, 684/212, 750/2012, 29/2013**, negando la procedencia del

---

<sup>296</sup> Este principio se encuentra enunciado en la Constitución mexicana en el artículo 107 F. II: La sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que versa la demanda. Así también en el artículo 73 de la Ley de Amparo con el mismo texto.

<sup>297</sup> La constitución mexicana contempla en el artículo 107 F. I, como requisito de procedencia del amparo acreditar el interés que tiene la persona agraviada para el restablecimiento de sus derechos mediante dicho juicio. Esto se establece en virtud de que exista una afectación directa y personal, o bien, por la existencia de un interés legítimo, el cual se reconoce a partir de la especial posición frente al ordenamiento jurídico del sujeto quejoso. Esto último traza el camino para que los grupos o asociaciones puedan acceder al juicio de amparo con el fin de obtener las garantías necesarias para proteger derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Del amparo en revisión 366/2012, la Primera Sala integró la tesis aislada *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE Tesis: 1a. XLIII/2013 (10a.) (registro digital 2002812)*. En la que definió al interés legítimo como “...aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra.”

juicio en cada uno de ellos. Se estableció como criterio práctico o de aplicación procedimental que, mientras se enfrentara una omisión legislativa como acto reclamado, debían actualizarse las causales de improcedencia contenidas en el artículo 107 F. I y II de la Constitución, impuestas por la carencia de interés legítimo de los quejosos y la eventual violación al principio de relatividad de las sentencias, también conocido como *fórmula Otero*<sup>298</sup>.

La Ley de Amparo, cuya ausencia motivó dichas demandas, fue publicada en el DOF el 2 de abril de 2013, sin mediar una vinculación judicial o popular alguna, más allá del mandamiento constitucional derivado de la reforma de 2011. Sin embargo, es importante destacar que el cumplimiento de dicha ordenanza se realizó en un ambiente en sede de la judicial, impulsado por la ciudadanía quien asumió el carácter de quejosa en los juicios de amparo.

El 18 de julio de 2014, la asociación Campaña Civil por la Libertad de Expresión Artículo 19 promovió juicio de amparo indirecto en contra de la omisión legislativa en que incurría el Congreso de la Unión, al no haber emitido la ley reglamentaria del artículo 134, párrafo octavo, de la Constitución, tal como la mandatada por el artículo tercero transitorio del decreto de reforma del 10 de febrero de 2014. Este transitorio imponía la obligación de expedir, durante el segundo año de ejercicio de la LXII legislatura:

...la ley que reglamente el párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución, la que establecerá las normas a que deberán sujetarse los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y de cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, y que garantizará que el gasto en comunicación social cumpla con los criterios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, así

---

<sup>298</sup> Luis Coaña Be explica que “...este principio previsto desde que fuera configurado el juicio de amparo en el Acta de Reformas de 1847, significa que el juicio de amparo sólo otorga su protección al caso particular que haya dado lugar al juicio, es decir, que el quejoso que instauró la demanda de amparo y respecto de la norma, acto u omisión de autoridades que constituyó materia del juicio, sin que la sentencia pueda tener efectos generales. Coaña Be, Luis (2022), *Óp. Cit.*, p. 58

como que respete los topes presupuestales, límites y condiciones de ejercicio que establezcan los presupuestos de egresos respectivos<sup>299</sup>.

En dicho juicio de amparo, el Juez Decimoprimer de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México decidió sobreseer la demanda, con base en la ecuación de improcedencia derivada del artículo 61, fracción XXIII, de la nueva Ley de Amparo, que establece como causal de improcedencia cualquiera de las contempladas en la Constitución. En este caso, se aplicaron las dispuestas en el artículo 107 fracciones I y II, que enuncian, respectivamente, el interés personal como requisito para la procedencia del juicio de amparo y el principio de relatividad de las sentencias<sup>300</sup>.

No conforme con la resolución, la asociación civil promovente interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado, el cual solicitó la facultad de atracción por parte de la Suprema Corte. Por ello, el asunto fue radicado bajo el número de **amparo en revisión 1359/2015**.

En la sentencia correspondiente, la Primera Sala determinó que la quejosa contaba con interés legítimo, al tratarse de una asociación civil cuyo objeto social es la promoción y defensa de los derechos humanos, particularmente aquellos vinculados a la libertad de expresión. En apoyo a los criterios emitidos en el amparo en revisión **366/2012**, la Primera Sala sostuvo que el interés legítimo es un interés personal o colectivo cualificado, actual, real y jurídicamente relevante sobre un derecho objetivo, y no se limita únicamente a derechos subjetivos de carácter patrimonial<sup>301</sup>. Se trata de un interés que surge a partir de una afectación directa o amplia del derecho en cuestión, basada en la especial posición del quejoso(s) dentro del ordenamiento jurídico.

Es este caso, la asociación quejosa, al tener como objeto social la promoción, investigación, enseñanza y defensa de los derechos humanos relacionados con la libertad de expresión, contaba con interés legítimo para reclamar la omisión en la

---

<sup>299</sup> Consultado el 12 de abril de 2025 en: <https://www.te.gob.mx/consultareforma2014/node/429>

<sup>300</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f), *Óp. Cit.*, p. 6

<sup>301</sup> *Ibid.* pp. 31-32

expedición de la norma reglamentaria relativa al gasto en publicidad oficial<sup>302</sup>. Dicha legislación le causaba un beneficio determinado, actual y cierto, al permitirle "...estar en posibilidad de cumplir de manera cabal con su objeto social para el que la asociación fue constituida<sup>303</sup>".

Con respecto al principio de relatividad, la Sala consideró que una interpretación estricta de esta disposición constitucional implicaría una postura *antigarantista* frente a derechos de dimensión colectiva y difusa, como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales<sup>304</sup>, ya que impediría su protección mediante el juicio de amparo al restringir sus efectos exclusivamente a los quejosos. No obstante, también reconoció que, al tratarse de un precepto constitucional, los jueces deben observarlo. Sin embargo, esto no impide su reinterpretación a la luz de la reforma del 10 de junio de 2011. En consecuencia, para el estudio de los actos reclamados, sólo deben considerarse los argumentos presentados por los quejosos, sin que esto limite el eventual efecto positivo que la sentencia pueda generar en beneficio de terceros.

Lo anterior implica que los jueces de amparo no pueden ordenar directamente en sus sentencias la protección de los derechos de personas que no hayan acudido al juicio de amparo, sin embargo, es perfectamente admisible que al proteger a los quejosos, *indirectamente* y de manera eventual, se beneficie a terceros ajenos a la controversia constitucional<sup>305</sup>.

Asociado a lo anterior, el órgano jurisdiccional consideró que existía un mandamiento constitucional derivado del artículo tercero transitorio de la reforma de 2014, y por lo tanto, una omisión legislativa absoluta de competencia obligatoria. En efecto, la autoridad competente no podía eludir ni ejercer su potestad legislativa a

---

<sup>302</sup> La asociación civil presentó como pruebas para acreditar su interés legítimo diversos informes relacionados con el manejo de la publicidad oficial en nuestro país: "Informe Libertad de expresión en venta. Acceso a la información y censura indirecta en publicidad oficial"; "Boletín Libertad de expresión en venta: Informe sobre el gasto de publicidad oficial"; y "Publicidad Oficial: Recursos públicos ejercidos por el Poder Ejecutivo Federal en 2013, primer año del presidente Enrique Peña Nieto".  
Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f), *Óp. Cit.*, p. 37

<sup>303</sup> *Ibid.* p. 38

<sup>304</sup> *Ibid.* p. 25

<sup>305</sup> *Ibid.* p. 28

discreción, ya que, al tratarse de un mandato del más alto nivel normativo, este se convertía en una competencia de ejercicio forzoso. En caso de incumplimiento, se configuraba una vulneración directa a los derechos humanos de los ciudadanos, “...ya que la ausencia de dicho marco normativo permite un uso arbitrario y discrecional de la repartición de la publicidad oficial y genera censura a los medios de comunicación y periodistas críticos<sup>306</sup>”.

Debido a estas consideraciones, la Primera Sala estimó que, para declarar la existencia de una omisión legislativa, debía existir en una norma constitucional, de manera clara y precisa, la obligación de legislar en cierto sentido. Además, de demostrarse que el incumplimiento de dicho precepto conlleva la vulneración de derechos humanos de los quejosos. Ambas condiciones fueron tenidas por probadas en el caso.

En consecuencia, se concedió el amparo a la asociación civil, para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpliera con su obligación constitucional establecida en el artículo tercero transitorio del decreto de reforma del 10 de febrero de 2014. En cumplimiento de dicho mandato, debía proceder a emitir la ley reglamentaria del artículo 134, párrafo octavo, de la Constitución, antes de que finalizara el segundo periodo ordinario de sesiones de la LXII Legislatura, cuyo vencimiento ocurrió el 30 de abril de 2018. El cuerpo normativo fue finalmente publicado el 11 de mayo de 2018, bajo el nombre de Ley de Comunicación Social.

Con esta decisión, la Primera Sala trazó el camino para que el juicio de amparo se institucionalizará como un medio de control de participación democrática. Si bien ya utilizaba como una herramienta de defensa personal frente al desmesurado uso del poder público, la reinterpretación de las limitantes liberales - como el *interés jurídico*, *agravio personal* y *la relatividad de sentencias*- abrió paso a la intervención colectiva, posibilitando que legislaciones urgentes de origen constitucional pudieran formalizarse.

---

<sup>306</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. a), *Óp. Cit.*, p. 42

La sentencia también constituyó un precedente práctico, ya que influyó en posteriores decisiones de la Suprema Corte en materia de omisiones legislativas. Sin embargo, estas resoluciones, aun cuando retomaban sus argumentos, se dividieron entre la declaración de improcedencia y el reconocimiento de la inactividad legislativa como acto reclamable. Tal es el caso del **amparo indirecto 1072/2017**, promovido en contra de la omisión legislativa de los Congresos de las 31 entidades federativas (con excepción de Tlaxcala que no había expedido ninguna ley), al no haber realizado las adecuaciones normativas necesarias para establecer los sistemas locales anticorrupción, conforme al mandato del último párrafo del artículo 133 constitucional.

El juez de Distrito admitió la procedencia del juicio, citando el precedente del **amparo en revisión 1359/2017** respecto a la reinterpretación de los efectos generales de las sentencias. Por su parte, diversas legislaturas estatales esgrimieron la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, en relación al 107, fracción I de la Constitución, al argumentar la falta de interés legítimo por parte de los quejosos. No obstante, el Juez desestimó dicho argumento, al ser los quejosos integrantes del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción, contemplado en la fracción II del artículo 113 constitucional. Se consideró que la omisión legislativa les impedía coordinarse y vincular a la sociedad con los distintos órdenes de gobierno en el combate a la corrupción, y que con la expedición de la normativa correspondiente les generaría un beneficio actual o futuro para el adecuado desarrollo de sus funciones.

Sin embargo, estos razonamientos sólo surtieron efecto respecto a la Legislatura del Estado de Tlaxcala, única entidad que, al momento de dictarse la resolución, no había expedido ley alguna en materia. En consecuencia, se concedió el amparo, ordenando al Congreso del Estado de Tlaxcala cumplir con el mandamiento judicial y expedir la ley respectiva antes del 29 de abril de 2018.

Para el caso de las 30 legislaturas restantes, el Juez de Distrito determinó la improcedencia del juicio de amparo, al considerar que se actualizaba la ecuación

de improcedencia derivada del *principio de relatividad*. En dichas entidades ya existían bases legales anticorrupción, lo que, desde la perspectiva del juzgador, configuraba una omisión relativa de competencia obligatoria, en tanto no se adecuaron dichas normas al nuevo mandato constitucional. Por lo tanto, ordenar su modificación equivaldría a otorgar efectos generales a la sentencia de amparo, en contravención al principio constitucional citado.

...una eventual sentencia de amparo favorable implicaría que los legisladores de las entidades federativas responsables, a partir de una legislación existente, la reformaran o modificaran en los términos precisados por la promovente, lo que extendería el ámbito personal de protección del juicio de amparo, en detrimento del principio de relatividad<sup>307</sup>.

Asimismo, el Juez consideró que declarar procedente el amparo ante una omisión relativa violaría el principio de división de poderes, ya que forzar al Poder Legislativo implicaría invadir sus competencias. En su criterio, la omisión relativa no deriva de un mandato constitucional, sino del cumplimiento deficiente de este, lo cual no justificaría la intervención judicial<sup>308</sup>.

La Segunda Sala de la Suprema Corte continuó aplicando la fórmula de improcedencia, conforme a los artículos 61, fracción XXXIII, de la Ley de Amparo, y 107 fracciones I y II, de la Constitución. En el **amparo en revisión 240/2017**, resolvió declarar improcedente la acción con base en el *principio de relatividad* de las sentencias. En ese recurso, la quejosa reclamó la omisión legislativa consistente en no considerar, dentro de las exenciones tributarias, la importación de aparatos destinados a la movilidad de personas con discapacidad.

En 2018, el Juzgado Primero de Distrito en Tabasco resolvió un amparo indirecto contra la omisión legislativa del Congreso del Estado de Tabasco, por no expedir la correspondiente Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado,

---

<sup>307</sup> Juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México (2018), *Amparo Indirecto 1072/2017*, Consejo de la Judicatura Federal, p. 94

<sup>308</sup> *Ibid.* p. 93

mandada en el artículo único transitorio del decreto de reforma de 14 de junio de 2002. Este artículo imponía la obligación constitucional de adecuar las leyes locales al régimen de responsabilidad objetiva y directa por actividad administrativa irregular, con un plazo hasta el 1° de enero de 2004 para dar cumplimiento a tal mandamiento.

El Juez de Distrito tuvo por probada la omisión legislativa y decidió conceder el amparo, con el efecto de que el Congreso iniciará el procedimiento legislativo correspondiente en el periodo de sesiones en curso o en el siguiente, e informará al quejoso sobre su desarrollo y conclusión. En este caso, el quejoso alegaba haber sido víctima de tortura y, por tanto, se encontraba imposibilitado de reclamar la responsabilidad estatal, por la ausencia de un marco legal adecuado. En este contexto, el órgano legislativo se encontraba obligado a informarle sobre la conclusión del proceso legislativo, para ponerlo en posibilidad de ejercer su derecho.

El Congreso del Estado interpuso el **amparo en revisión 941/2019**, argumentando nuevamente la fórmula de improcedencia con base en los artículos 61, fracción. XXIII, de la Ley de Amparo, y 107 fracción II de la Constitución. Al conocer del recurso, la Segunda Sala estimó revocar el amparo otorgado por el Juez de Distrito, basándose en la carencia de interés legítimo del quejoso, al señalar que este no ostentaba una especial posición frente al ordenamiento jurídico. Incluso ante la alegación de tortura<sup>309</sup>, la Sala concluyó que: "...se trata del interés que en su caso, tendría todo justiciable en que exista una ley que sancione la actividad administrativa irregular del Estado, pero ello no implica, que se acredite una situación especial de los quejosos frente al orden jurídico omitido<sup>310</sup>".

---

<sup>309</sup> La Sala consideró que el quejoso solo aseveró haber sido sometido a tortura, pues no presentó pruebas sólidas del hecho. En tanto, su afirmación se sustentó en una *copia simple* de la inspección judicial realizada en su persona, además de que dicho documento se remontaba a la fecha de 4 de abril de 1990). Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. b), *Amparo en Revisión 941/2019*, Semanario Judicial de la Federación, p. 23

<sup>310</sup>

Con base en ese razonamiento, la Sala decidió no entrar al estudio de la inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, sobreseyó el juicio.

Este caso resulta relevante, pues la argumentación de la Segunda Sala se ciñó en términos anti democrático-garantistas. La decisión de cerrar el interés legítimo por causas de carácter subjetivo o de alcance probatorio provoca que toda pretensión por activar el control constitucional de las omisiones sea fácilmente desacreditada. Desde nuestra perspectiva, el interés en la producción legislativa deriva de la instauración de la democracia como forma de desarrollo político de una sociedad, lo cual legitima a cualquier ciudadano para denunciar el anquilosamiento de los Congresos.

Incluso, la actitud adoptada por la Sala pareciera favorecer la inactividad del Poder Legislativo, ya que uno de los agravios presentados por el Congreso -y que no fue abordado en la sentencia- señalaba la falacia del supuesto impacto económico que implicaría garantizar, mediante infraestructura institucional el contenido de una ley. Por lo tanto, la omisión de un mandato constitucional también debió analizarse desde esa perspectiva, a fin de determinar si es viable o no expedir el cuerpo normativo, para evitar su ociosidad. Esta omisión ignora claramente las obligaciones convencionales de implementar *medidas inmediatas*, así como la argumentación del Comité DESC, que sostiene la inexistencia de cargas onerosas para el Estado cuando se trata del cumplimiento de sus deberes legislativos. Ello, en tanto el deber de legislar no implica necesariamente un mayor gasto, sino el desempeño elemental de una competencia natural del poder público.

La sentencia recurrida es ilegal, toda vez que el Juez de Distrito omitió pronunciarse sobre el impacto financiero que cualquier iniciativa de ley o decreto que pretenda someterse a consideración del Congreso implica para la realización de su contenido, esto es, la necesidad de realizar las estimaciones sobre el impacto presupuestario de las disposiciones administrativas que impliquen costos para su implementación; por lo tanto, para cumplir con el mandato constitucional, deben existir las condiciones presupuestarias favorables, además de la infraestructura que permita la instrumentación efectiva de dicha normatividad, por lo que de no existir

condiciones favorables para tal efecto, sería ocioso expedir una ley cuya observancia se vería obstruida por factores de carácter económico<sup>311</sup>.

En 2016, la Jueza Séptima en Materia Administrativa de la Ciudad de México conoció de un amparo indirecto promovido contra la omisión legislativa de contemplar, en la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, un mecanismo de participación-consulta para las víctimas del delito, en aquellos casos en que la Comisión analizará la emisión de recomendaciones relacionadas con la situación penitenciaria de los sujetos activos del hecho delictivo que originó la calidad de víctima.

El órgano jurisdiccional decidió conceder el amparo, considerando tanto el carácter de víctima del quejoso como el mandato convencional establecido en el artículo 2 de la CADH, que obliga a los Estados a adecuar su orden jurídico interno a las disposiciones del tratado.

La Asamblea Legislativa de la Ciudad de México esgrimió nuevamente la fórmula de la improcedencia con base en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, y el 107, fracción I y II de la Constitución, argumentos que fueron considerados infundados por la Jueza de Distrito. No obstante, la Asamblea interpuso el **amparo en revisión 332/2018**, el cual fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte.

Esta consideró fundadas las causales de improcedencia y sobreseyó de oficio, basándose en el *principio de relatividad de las sentencias*. Protegió tal base bajo el entendido de que, incluso cuando el quejoso argumentara la violación de un instrumento internacional “...no pueden soslayarse las instituciones procesales existentes en el derecho interno, como son los principios rectores de este medio extraordinario de defensa<sup>312</sup>”. Otorgar la protección judicial en el caso implicaría dar efectos generales a la sentencia, provocando la infracción procedimental de la normativa constitucional. Además, estimó que no existía un mandato constituyente

---

<sup>311</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. b), *Amparo en Revisión 941/2019*, Semanario Judicial de la Federación, p. 14

<sup>312</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019), *Amparo en Revisión 332/2018*, Semanario Judicial de la Federación, p. 28

o convencional que obligará a emitir las reformas para la creación de dicho mecanismo.

En sentido contrario a lo sostenido por la Segunda Sala, el Juzgado Décimo Octavo de Distrito del Estado de Veracruz concedió la protección federal mediante el **amparo indirecto 1191/2017** a diversas organizaciones civiles que reclamaron la omisión absoluta del Congreso del Estado al no armonizar el Código Penal local con los mandatos internacionales de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conjunto con la Constitución mexicana, en materia de igualdad, derecho a la salud y derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, al encontrarse penalizada la figura del aborto.

Aunado a lo anterior, las quejas promovieron una iniciativa de reforma a la legislación en la materia el 27 de junio de 2017, la cual no fue discutida y fue desechada por mayoría de cuatro votos por la Comisión respectiva<sup>313</sup>. El Juez de Distrito citó la procedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas a través del precedente del **amparo en revisión 1359/2015**, reinterpretando el *principio de relatividad* al permitir la posibilidad de irradiación colateral de efectos de las sentencias<sup>314</sup>. Asimismo, reconociendo las obligaciones emanadas de los tratados internacionales mediante el bloque de constitucionalidad<sup>315</sup>, e incluso hizo notar que, aunque faltara el mandamiento expreso a través de un transitorio, dicho deber se deriva del orden convencional<sup>316</sup>.

En tal tesitura, se derivó de la concesión del amparo que el Congreso de Veracruz debía emitir las reformas correspondientes al Código Penal antes del 31 de julio de 2018, hecho que no ocurrió sino hasta el mes de julio de 2021.

---

<sup>313</sup> Juzgado Décimo Octavo de Distrito en el Estado de Veracruz, *Amparo Indirecto 1191/2017*, Consejo de la Judicatura Federal, p. 21

<sup>314</sup> *Ibid.* p. 24

<sup>315</sup> *Ibid.* P.37-38

<sup>316</sup> *Ibid.* p. 40-42

En el mismo sentido garantista, la Primera Sala, mediante el **amparo en revisión 805/2018**, confirmó la sentencia emitida por el Juez Sexto de Distrito en Materia Penal de la Ciudad de México, al amparar y proteger a una asociación civil contra la omisión legislativa de carácter convencional del Congreso de la Unión por no tipificar el discurso de odio y no prohibir las organizaciones que practican la discriminación racial, según el mandato de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en su artículo 4°, incisos a) y b). Esta convención fue ratificada por México el 20 de febrero de 1975, entrando en vigor el 22 de marzo del mismo año, fecha en la que venció el plazo para adecuar el orden interno a sus disposiciones.

En dicha revisión, la Cámara de Senadores argumentó que no existía tal omisión, pues las armas jurídicas contra la discriminación se encontraban previstas en el artículo 1° constitucional y en el Código Penal Federal, Título Tercero Bis, denominado “Delitos contra la dignidad de las personas”. Ante esto, se citó al Juzgado de Distrito, el cual fue tajante al considerar que la Convención no admitía un punto medio, pues el delito existía o no y, en consecuencia, podía determinarse la existencia de una omisión legislativa<sup>317</sup>.

Por su parte, la Cámara de Diputados argumentó la fórmula de improcedencia, entre la falta de interés legítimo y la relatividad de las sentencias. Sin embargo, en un tono más grave, anti instituyencia democrática, expuso que las omisiones legislativas no debían ni podían ser objeto de reclamación a nivel federal. Alegó que el constituyente no había otorgado tal poder a los ciudadanos, y que permitirlo mediante el juicio amparo implicaría romper con la división de poderes, ya que el Poder Judicial podría reformar y adicionar el sistema jurídico a conveniencia:

...en su sentencia se sustituye al Poder Constituyente Reformador de la Constitución, al otorgar a los gobernados el alcance que puedan reclamar en el juicio de amparo omisiones de carácter legislativas, omitiendo que la voluntad del Poder Originario no otorga a los

---

<sup>317</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. c), *Amparo en revisión 805/2018*, Semanario Judicial de la Federación, p. 8

gobernados el derecho de impugnar omisiones legislativas por la vía del juicio de amparo, ya que las omisiones reclamables en esta sede constitucional únicamente se refieren a las que deriven de un juicio o de una autoridad administrativa, pero no las de carácter legislativo.<sup>318</sup>

...

Y continúa:

Suponer que a través del juicio de amparo, o incluso de diverso mecanismo de control constitucional (controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad), sea la vía idónea para que el juzgador de distrito pueda dictar una sentencia en la que ordene al Congreso de la Unión a emitir determinada ley ante su inactividad legislativa, se vería modificado a través de la función judicial el fundamento formal como material de las normas constitucionales y de la propia Ley de Amparo, lo cual, además de romper con el principio de división de poderes, el Poder Judicial de la Federación se arrojaría una superioridad formal de las leyes mediante la cual podría adicionar o reformar el contenido formal del marco jurídico que regula la Constitución Federal y la Ley de Amparo<sup>319</sup>.

No bastando con tal postura antidemocrática y antigarantista, la Cámara de Diputados expresó que la inactividad legislativa no ameritaba la intromisión de garantías secundarias en su esfera competencial, ya que los ciudadanos contaban con el medio de control del sufragio, mediante el cual podían imponer sanciones al poder político al decidir no reelegir a los representantes para un nuevo periodo de funciones<sup>320</sup>. La Sala confirmó la sentencia del Juez de Distrito y vinculó al Congreso de la Unión a ajustarse a la Convención e incorporar el tipo penal en un plazo razonable de un año.

---

<sup>318</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. c), *Amparo en revisión 805/2018*, Semanario Judicial de la Federación, p. 19

<sup>319</sup> *Ibid.* p. 20

<sup>320</sup> *Ibid.* p. 21

En contraste con la doctrina sostenida por la Segunda Sala sobre el interés legítimo y el discurso restrictivo de la intervención ciudadana para el control de la calidad legislativa de los Congresos, el Juez Decimoprimer de Distrito en el Estado de Oaxaca resolvió de manera favorable el **amparo indirecto 332/2020**. En este, el quejoso reclamó la omisión legislativa de construir la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de estado de excepción, mandatada por el transitorio cuarto de la reforma de 10 de julio de 2011 sobre derechos humanos, la cual debió expedirse dentro del año siguiente a la publicación del decreto en el DOF.

El Congreso argumentó la fórmula de improcedencia basada en la causal prevista en el artículo 107, fracción I de la Constitución. No obstante, el Juez de Distrito consideró que, ante las circunstancias del contexto generado por la pandemia de COVID-19, cualquier ciudadano tenía legitimidad a reclamar dicha omisión en materia de suspensión de derechos, por lo que el quejoso contaba con legitimidad contextual<sup>321</sup>.

Por otra parte, la Cámara de Senadores sostuvo que, de su parte, no existía la omisión reclamada, ya que habían aprobado el 9 de diciembre de 2015, un dictamen con proyecto de decreto por el cual se expediría dicha ley, mismo que fue remitido a la Cámara de Diputados para su trámite legislativo ordinario, conforme al artículo 72 constitucional. Empero, el Juez determinó que la omisión subsistía mientras no se probara la publicación de la ley por los órganos legislativos, lo cual no había sucedido. Por tanto, estimó que existía una violación a los derechos humanos, además de que había transcurrido un plazo excesivamente largo desde la omisión, al momento de la sentencia<sup>322</sup>. Se vinculó al Congreso a cumplir con su mandato constitucional a más tardar al concluir el periodo de sesiones en curso o el siguiente. Al día de hoy, la ley reglamentaria del artículo 29 constitucional no ha sido publicada<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Juez Decimoprimer de Distrito en el Estado de Oaxaca (2020), *Amparo Indirecto 332/2020*, Consejo de la Judicatura, pp. 5-6

<sup>322</sup> *Ibid.* pp. 18-20

<sup>323</sup> Hecho que puede constatarse de la revisión del repositorio de leyes en la página web oficial del Congreso de la Unión. Consultada el 13 de abril de 2025 en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

La Primera Sala conoció de otro recurso de revisión, en el que se reclamó como ilegal la sentencia emitida por el Juez Octavo de Distrito de la Ciudad de México quien concedió la protección federal a una asociación de abogados respecto de la omisión constitucional de cumplir con el mandato de adecuar las leyes federales y expedir el Código Único de Procedimientos Civiles y Familiares, estipulado en el decreto de reforma del 15 de septiembre de 2017 en materia de justicia cotidiana. Esta obligación se consagró en los artículos transitorios segundo y cuarto de dicho decreto.

Durante el desarrollo del amparo indirecto, el Congreso de la Unión esgrimió la fórmula de improcedencia basada en la relatividad de las sentencias. El Juez de Distrito consideró esto contradictorio con los contenidos sustanciales de la Constitución. Es decir, que aceptar la relatividad de las sentencias como causal de improcedencia, implicaría desvalorizar los mandatos constituyentes en favor de conservar un principio meramente procedimental<sup>324</sup> (sustancialidad vs. adjetividad).

En este sentido, el órgano jurisdiccional estimó que declarar la inconstitucionalidad por omisión, no es un capricho judicial, sino que deriva del deber de respetar un mandato al que todos los poderes constituidos están sujetos, por la jerarquía normativa de la Constitución. Incluso, y con mayor fuerza por su origen democrático, dicho deber vínculo al Poder Legislativo<sup>325</sup>.

Al resolver el **amparo en revisión 265/2020** la Primera Sala confirmó la sentencia del Juez de Distrito, ordenando al Congreso cumplir con su obligación constitucional antes del 15 de septiembre de 2021. Dicha resolución fue incumplida hasta el 7 de junio de 2023, fecha en la que finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código adjetivo en materia civil y familiar.

#### **4.2 Acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa.**

Con respecto a la acción por omisión legislativa, es importante señalar, que aunque se encuentra mejor regulada a nivel local -favoreciendo la apertura de la

---

<sup>324</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (s/f. d), *Amparo en Revisión 265/2020*, Semanario Judicial de la Federación, p. 11

<sup>325</sup> *Ibid.* p. 33

participación popular y la extensión de una normativa vinculante y garantista-presenta defectos en la práctica, particularmente en lo relativo a la publicación de sentencias (garantía de *promoción*) por los poderes judiciales locales. De las diez entidades federativas que contemplan esta figura, sólo en cuatro es posible consultar las decisiones judiciales en el repositorio web de sus respectivas judicaturas: CDMX, Coahuila, Tlaxcala y Yucatán.

En cuanto a las seis restantes: en Nayarit, Veracruz, Quintana Roo y Querétaro no se han presentado demandas utilizando la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa; mientras que en Chiapas y Durango hay ciertos impedimentos para realizar búsquedas efectivas de información <sup>326</sup>.

Por lo tanto, este análisis se concentrará únicamente en los Estados donde es posible consultar las demandas y exclusivamente en aquellas que han sido interpuestas por la ciudadanía, grupos o colectivos, lo cual se expone en los siguientes párrafos.

De la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de la **CDMX** existen dos resoluciones registradas bajo la denominación “acción por omisión legislativa”: la identificada con el número **SIVEP 62920** o **Acción Por Omisión**

---

<sup>326</sup> Los impedimentos que es hemos encontrado en las respectivas páginas web son:

- Del poder judicial del Estado de Chiapas, el repositorio contempla la búsqueda por materia, seleccionando “CONSTITUCIONAL” > Seleccionar área (sin opción) > seleccionar Tipo de Juicio “Acción por Omisión Legislativa” > Buscar. Arroja la leyenda: “Por favor, selecciona una Materia, un Delito y un Área antes de buscar.”, imposibilitando la obtención de resultados. Consultado por última vez el 16 de abril de 2025 en: <https://poderjudicialchiapas.gob.mx/versionespublicaspje>. Es importante señalar que realizando la búsqueda de sentencias por otras vías también ha resultado infructuosa (Google, Google Académico).
- Poder Judicial del Estado de Coahuila: de una revisión exhaustiva en su página web, constatamos que no existe vínculo para la revisión de sentencias públicas. Consultado por última vez el 16 de abril de 2025 en <https://pidgo.gob.mx/>

**Legislativa OL2/3/2020**<sup>327</sup> y la **SIVEP 104278**<sup>328</sup>. Ambas demandas fueron promovidas por diputados del Congreso de la Ciudad de México.

Nos limitaremos a señalar, respecto de estas que la primera tuvo como concepto de invalidez el decreto por el que se reformaron artículos de la Ley de Austeridad, Transparencia en Remuneraciones, Prestaciones y Ejercicio de Recursos de la Ciudad, otorgando al Ejecutivo local la facultad de intervenir el presupuesto anual de egresos de la ciudad en casos extraordinarios, cuando la seguridad pública se viera comprometida por ciertas emergencias. La Sala Constitucional determinó que la vía idónea para reclamar impugnar dicho acto era la acción de inconstitucionalidad abstracta, ya que no se trataba propiamente de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En la segunda, se reclamó la aprobación de un proyecto de decreto de reforma constitucional federal al artículo 135 en materia de bienestar, sobre el cual los accionantes consideraron que existía un vicio procedimental. El órgano jurisdiccional constitucional local argumentó la inexistencia de una omisión legislativa y se declaró incompetente para conocer del asunto, desechando la acción por considerarla notoriamente improcedente.

El Tribunal Constitucional del Estado de **Yucatán** cuenta con tres sentencias emitidas en acciones por omisión legislativa. La primera de ellas, **Acción Contra la Omisión Legislativa o Normativa Local 01/2014**, fue promovida por diversas asociaciones civiles defensoras de derechos humanos contra la omisión del Congreso del Estado de no proteger jurídicamente a las familias compuestas por personas del mismo sexo. Se alegó dicha omisión, con base en los mandatos de no discriminación e igualdad jurídica inscritos en la Constitución Local, la Constitución

---

<sup>327</sup> Consultado el 16 de abril de 2025 en:

[http://sivepj.poderjudicialcdmx.gob.mx:819/service/files/20220218/TSJCDMX\\_d1d65932c1e388ee7f5525182140ac5c.pdf](http://sivepj.poderjudicialcdmx.gob.mx:819/service/files/20220218/TSJCDMX_d1d65932c1e388ee7f5525182140ac5c.pdf)

<sup>328</sup> Consultado el 16 de abril de 2025 en:

[http://sivepj.poderjudicialcdmx.gob.mx:819/service/files/20220218/TSJCDMX\\_d1d65932c1e388ee7f5525182140ac5c.pdf](http://sivepj.poderjudicialcdmx.gob.mx:819/service/files/20220218/TSJCDMX_d1d65932c1e388ee7f5525182140ac5c.pdf)

Política de los Estados Unidos Mexicanos, la CADH y el PIDCyP, en relación con la redacción deficiente del concepto de familia en el Código de la Familia del Estado.

Ante esto se argumentó la existencia de una omisión relativa de competencia obligatoria. El Congreso defendió la falta de la protección reclamada señalando que no existía un mandato expreso de legislar en ese sentido, y que dicha omisión no afectaba el funcionamiento ni la eficacia de la Constitución. Además, consideró una falacia el argumento de los promoventes respecto a que era necesario reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo para que, de hecho, pudieran constituir una familia<sup>329</sup>.

El Tribunal Constitucional Local determinó que se actualizaba una causal de improcedencia, con fundamento en los artículos 29, fracción VIII (En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición contenida en esta Ley), 99 (objeto de la acción)<sup>330</sup> y 104 (improcedencia resultante de la naturaleza o tramitación del mecanismo) todos de la Ley de Justicia Constitucional del Estado. Señaló que el mecanismo de control por omisión legislativa fue previsto por el constituyente para aplicar coercibilidad ante el incumplimiento de una norma con un mandamiento concreto, claro y preciso dirigido al Poder Legislativo. Aunque se reconoció que el mecanismo en cuestión faculta a la ciudadanía para intervenir y exigir la creación de normas secundarias ordenadas por la Constitución, en este caso, la demanda se fundó en la reclamación de una omisión con base en normas constitucionales de principio (*no discriminación e igualdad*), las cuales no producen un mandato categórico, ya que solo contienen una obligación abstracta.

---

<sup>329</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán (2015), *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2014*, Poder Judicial del Estado de Yucatán, pp. 9-12

<sup>330</sup> Honorable Congreso del Estado de Yucatán (2025), *Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán*, Diario Oficial del Estado de Yucatán:

Artículo 99.- La Acción contra la Omisión Legislativa o Normativa es un procedimiento constitucional que tiene por objeto restaurar la regularidad constitucional violentada cuando el Congreso del Estado, el Gobernador del Estado o los Ayuntamientos no expidan alguna disposición de carácter general a que estén obligados por mandato expreso de la Constitución Local o de las leyes, siempre que en este último caso la omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Local o impida la eficacia de la misma.

...los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; y guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales<sup>331</sup>.

Luego, deben excluirse de este medio de control de la regularidad constitucional local los mandatos que contienen deberes de legislación abstractos, como es el caso, por ejemplo, de la obligación del Estado de garantizar la vivienda, la educación, la dignidad, la no discriminación, etc., mismos que se vincularían con las Normas Constitucionales Programáticas, que, por lo ya comentado, tendrían más afinidad con las de Principio y no así con las Operativas, y por ende, menos todavía con el presupuesto coercitivo que es inherente con el mandato expreso de legislar<sup>332</sup>.

En tales términos, el Tribunal Constitucional resolvió sobreseer el asunto. El sentido de este criterio se opone claramente a la posibilidad de concretar deberes de legislar mediante la interpretación de derechos sociales, aun cuando estos reflejen las necesidades más urgentes de las personas. Sin un desarrollo legislativo que materialice estos derechos y una reorganización garantista de la división de poderes, la administración pública podría responder ambiguamente a su satisfacción, pues en principio no serían considerados exigibles. En consecuencia, las funciones legislativas de gobierno gozarían de discreción absoluta sobre cuándo y cómo articular jurídicamente las garantías primarias y secundarias de los derechos, legitimando así el argumento economicista expuesto por el Congreso de la Unión en el **amparo en revisión 941/2019**, con el que se autorreferencia su poder para decidir sobre los bienes primarios. Esto podría sesgar, en el plano constitucional, la interpretación garantista del Poder Judicial, afectando la sistematización integral de los derechos y preservando el único orden constitucional.

---

<sup>331</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán (2015), *Óp. Cit.*, p. 41

<sup>332</sup> *Ibid.* p. 42

Similarmente, el Tribunal Constitucional Yucateco resolvió la **Acción Contra la Omisión Legislativa o Normativa Local 1/2019 y 2/2019 (acumuladas)**<sup>333</sup>. Se trató del mismo reclamo planteado en la acción anterior: establecer figuras de protección jurídica para las familias que se componen por personas del mismo sexo. Los promoventes invocaron convenciones internacionales, estimando que el *bloqueo de constitucionalidad yucateco* -contenido en el artículo 2 de la norma fundamental local- constituía el cimiento de una obligación para legislar en el sentido solicitado.

El Congreso Local se acogió a la fórmula de improcedencia aceptada por el Tribunal en la **Acción 1/2014**, la cual se sustentaba en: la ausencia de un mandato concreto para legislar, la no afectación operativa de la Constitución ante dicha omisión y, además, la idea de que la distinción hecha por las normas locales sobre el matrimonio y la protección de las familias homoparentales no constituía un acto discriminatorio, sino una distinción jurídicamente justificada.

El Tribunal determinó sobreseer, añadiendo a la argumentación de improcedencia que el mecanismo de control local no podía versar sobre mandatos o violaciones de derechos en el nivel federal o convencional.

En la **Acción por Omisión Legislativa o Normativa 1/2023**, el Tribunal Constitucional y el Congreso del Estado esgrimieron la misma fórmula de improcedencia utilizada en los casos anteriores. La reclamación de los promoventes versó sobre la omisión legislativa de adecuar el marco normativo local para respetar, proteger y garantizar el acceso al derecho de las mujeres gestantes a la interrupción del embarazo, lo cual, según argumentaron, transgrede los principios de igualdad jurídica y no discriminación. Los fundamentos de la acción nuevamente se expresaron desde el plano constitucional local, federal y convencional, con relación a la deficiencia de diversos artículos del Código Penal local<sup>334</sup>. Ante la falta de un mandato legislativo concreto, claro y preciso, el Tribunal no consideró que fuera su

---

<sup>333</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán (2020), *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2019 y 2/2019 acumuladas*, Poder Judicial del Estado de Yucatán.

<sup>334</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán (2023), *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2023*, Poder Judicial del Estado de Yucatán, p. 2

facultad interpretar una obligación de legislar, aun cuando se argumentara con base en normas federales y convencionales<sup>335</sup>.

En sentido totalmente opuesto a los anteriores criterios, el Tribunal Constitucional de Coahuila, resolvió la **Acción de Inconstitucionalidad Local 5/2020**, interpuesta por la Comisión de Derechos Humanos del Estado y la asociación civil Frontera con Justicia. Ambas promoventes impugnaron lo que consideraron una omisión legislativa derivada de normas de principio. Esto, debido a que, en septiembre de 2020, se reformó el artículo 7, párrafo último, de la Constitución del Estado de Coahuila, reconociendo la obligación del poder público de proteger jurídica y fácticamente a las personas migrantes o desplazadas, así como el interés superior de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a ese grupo, mediante la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Las promoventes, sostuvieron que la Ley de Aguas Municipales del Estado, violaba dicho mandato, al no contemplar como beneficiarios del descuento en el pago del servicio de agua a las instituciones privadas que realizan acciones humanitarias en sustitución del Estado, como es el caso particular de la “Casa del Migrante”. Esta situación se tornó crítica cuando la paramunicipal “Aguas de Saltillo” generó un recorte al suministro del servicio, justificándose en adeudos acumulados de años anteriores.

El Tribunal Constitucional Local, previo al estudio de la inconstitucionalidad, precisó que determinar el contexto histórico en el que se impugnaba dicha omisión era un acto crucial para establecer su existencia o inexistencia. De esta manera, dedicó un espacio importante a exponer el rol de México -y en especial de la entidad de Coahuila- como vía de tránsito de las familias migrantes hacía los Estados Unidos. Tomó en consideración que nuestro país es miembro de la iniciativa de *Ciudades Solidarias*<sup>336</sup> del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

---

<sup>335</sup> *Ibid.* p. 64

<sup>336</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Acción de Inconstitucionalidad Local 6/2020*, Poder Judicial de Coahuila de Zaragoza, pp. 16-17

Refugiados, la cual busca brindar acogida a personas huyen de las violaciones sistemáticas de derechos humanos en sus lugares de origen.

Además, señaló la condición de vulnerabilidad en la estas personas ingresan, al encontrarse expuestas a los abusos del crimen organizado y carecer de acceso a derecho sociales como la salud, la educación y el trabajo, debido a que no cuentan con el estatus de sujetos plenos de derecho en los países donde se establecen. Por lo tanto, se consideró relevante la actuación de los defensores de derechos de los migrantes, como las casas de acogida de larga estancia<sup>337</sup>. A ello se sumó el hecho de que, al momento de la presentación de la acción el país - y el mundo- se encontraban en el pico de la pandemia por COVID-19, lo que potenció las violaciones inminentes a los derechos de los grupos desplazados. Esto motivó al Tribunal a darle carácter urgente a la cuestión de constitucionalidad planteada<sup>338</sup>.

Todo lo anterior permitió delimitar la abstracción del caso, basada en la omisión de normas generales, introduciendo en las razones de decisión, el contexto concreto que dio origen a la acción contra de la quiescencia legislativa<sup>339</sup>.

Los jueces, en uso de la contextualización del caso, partieron por definir la metodología para desarrollar la decisión. Para ellos quedó claro que la cuestión que regía la acción no se definía por un mandato legislativo concreto en determinado sentido, sino por el hecho de que la norma generaba una exclusión del grupo en situación de vulnerabilidad, y por lo tanto, una omisión en función de acatar plenamente el principio de igualdad. Para ello, se utilizaron como parámetros de razonamiento: a la insolidaridad (fáctica/naturaleza humana) derivada del contexto descrito; la discriminación (justicia) aplicada por las instituciones públicas; y la desigualdad (lógico-normativa) desprendida de la omisión legislativa al no contemplar beneficios para grupos vulnerables<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Acción de Inconstitucionalidad Local 6/2020*, Poder Judicial de Coahuila de Zaragoza, p. 17

<sup>338</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Óp. Cit.*, p. 20

<sup>339</sup> *Ibid.* p. 43

<sup>340</sup> *Ibid.* p. 12

Desde el plano normativo, el órgano colegiado señaló que México tiene obligaciones particulares a raíz de la ratificación del *Pacto Mundial sobre Refugiados* en 2018, lo que maximiza su papel como garante respecto de dicho grupo vulnerable. Esto implica la necesidad de implementar una política de derechos humanos en materia de derechos sociales, igualdad y no discriminación.

En primer lugar, por qué el derecho al acceso al agua -según la *Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>341</sup>- debe priorizarse de forma urgente para los grupos históricamente privados de este recurso natural. Además, el Estado asume la obligación de proteger a las personas frente al menoscabo que puedan ejercer los particulares que administran los servicios públicos, como el agua. Esto debe traducirse en la adopción inmediata de medidas legislativas que fortalezcan la esfera colectiva de los grupos vulnerables, para que accedan al derecho en condiciones de dignidad, suficiencia y asequibilidad.

Un hecho notable es que la construcción normativa de la vulnerabilidad y su especial posición frente al derecho al agua no se limitó a extraer valores, principios y reglas del orden jurídico local. Para robustecer las razones de decisión, los jueces también observaron criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Sistema Africano de Derechos Humanos y de normativa de la Constitución mexicana<sup>342</sup>.

Sin embargo, para definir el alcance colectivo de dicho derecho, la Corte Constitucional Local defendió la posibilidad de que sean los defensores de derechos humanos quienes puedan ostentar la legitimidad para ejercer las garantías secundarias de exigencia y reparación, cuando el grupo violentado no se encuentre en condiciones reales, económicas o institucionales de hacerlo por su cuenta.

En este sentido, se aplicaron los siguientes estándares garantistas<sup>343</sup>:

---

<sup>341</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Óp. Cit.*, pp. 24-25

<sup>342</sup> *Ibid.* pp. 29-30

<sup>343</sup> *Ibid.* pp. 43-45

1. *Del sujeto vulnerable*: del cual se desprende que la judicatura asume la obligación de reconocer la excepcional situación de debilidad, fragilidad y desprotección del grupo en cuestión, revirtiendo los efectos procesales que podrían impedir el acceso a la justicia, y otorgando mayor capacidad de actuación a quienes exigen el cumplimiento de sus derechos fundamentales;
2. *De mayor protección y acceso libre a la justicia*: mediante el cual los intérpretes constitucionales asumen la posibilidad de prácticas extensivas en cuanto a su facultad de aplicar instrumentos jurídicos (vinculantes o no vinculantes) y apoyarse en ellos para la interpretación de los derechos. Asimismo, asumen el deber de resolver, de manera ágil, prioritaria y reparatoria los casos urgentes en que se acrediten violaciones a derechos humanos.
3. *De asistencia y socorro público*: a través del cual se plantea la pregunta de si, cuando el Estado incumple su deber humanitario de alojar y permitir un tránsito digno de los migrantes o desplazados, existe una obligación jurisdiccional de otorgar un trato diferenciado o más favorable a las instituciones privadas de acogida -por ejemplo, en relación con el pago de servicios de agua o *de contribuciones fiscales*- con base en el artículo 29 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que establece la obligación estatal de evitar que la legislación interna imponga un cargas o gravámenes desproporcionados cuando los migrantes o desplazados no se encuentren condiciones análogas a las del resto de la población.

Por otra parte, se reconoció que el Poder Judicial, como poder constituido, debe sujetarse a los mandatos constitucionales populares, materializando su obligación de ser escucha de la ciudadanía, y con ello, crear y mantener un espacio de diálogo y colaboración que permita enriquecer el sentido de sus decisiones. En este sentido, gracias a la eventual mediatización de las audiencias, participaron diversos *amicus curiae* institucionales, colectivos nacionales e internacionales, organizaciones populares y ciudadanos, garantizando que la deliberación sobre el

caso se diera en un marco de criterios de centrados en la producción y reproducción de vida. Esto permitió evitar que la discusión cayera en el abstracto de una simple interpretación textual de mandatos constitucionales (solipsismo normativo), y en cambio, posibilitó la significación y resignificación del contexto, a partir de perspectivas diversas, más allá de la conservación instituida de la norma constitucional y la estatificación de los derechos en prerrogativas inamovibles<sup>344</sup>.

No obstante, cabe señalar que el Poder Legislativo esgrimió causales de improcedencia basadas en el procedimentalismo y su facultad legislativa *cuasi autónoma*. Argumentó que la acción debía desecharse al haber transcurrido el plazo de 60 días que la Ley de Justicia Constitucional Local establece para impugnar actos de inconstitucionalidad. Además, señaló que el asunto tenía el carácter de *sub judice* al encontrarse en trámite una iniciativa en la materia presentada al Ejecutivo local. El Tribunal, consideró infundados tales argumentos: en primer lugar, porque una omisión legislativa se actualiza día con día mientras subsista; y en segundo, por que la simple recepción de una iniciativa no colma la ausencia legislativa exigida ni legitima al Congreso para excusarse en su incumplimiento<sup>345</sup>.

En consecuencia, se resolvió declarar la existencia de una omisión absoluta de grado constitucional, y paralelamente, una omisión relativa a nivel de legalidad. Recaídas en el Congreso del Estado al no acatar el mandato de protección a favor de las personas migrantes o desplazadas establecido en el artículo 7, párrafo último de la Constitución local. Asimismo, se señaló la deficiencia legislativa al no haber introducido una garantía secundaria que permitiera a las instituciones privadas de acogida acceder a beneficios en el pago del servicio de agua, a pesar de que la Ley de Aguas Municipales en sus artículos 12, 75 y 78, en los cuales, ya se contemplaba dicho beneficio para grupos como pensionados, jubilados y personas de la tercera edad.

Por tanto, se vinculó al Congreso local a reformar dicha ley en un sentido de igualdad (formal), solidaridad (de facto) y no discriminación (institucional-fiscal), con

---

<sup>344</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Óp. Cit.*, p. 23

<sup>345</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, *Óp. Cit.*, p. 39

el objetivo de permitir que las organizaciones no gubernamentales continuaran prestando servicios de defensa de derechos y atención a las personas migrantes. El órgano legislativo cumplió con la sentencia el 30 de marzo de 2021, reformando los citados artículos.

Esta resolución, consideramos, constituye un avance significativo frente a la práctica de petrificación constitucional que tanto tribunales federales como locales habían sostenido en torno a la omisión legislativa de los Congresos. En este caso, la norma constitucional no fue concebida como el parámetro final e inamovible desde el cual se evalúa la posibilidad de transformación de la realidad. Por el contrario, mediante la contextualización, participación e interpretación positiva, el Poder Judicial asumió su papel de instrumento de empoderamiento, habilitando la reconfiguración de lo instituido injustamente.

El poder popular termina por vincular a su subalterno constituido al dinamismo social y normativo, reflejando que el constituyente, como proyecto normativo, no se encuentra acabado, agotado, ni completamente delegado. Las omisiones legislativas se presentan, entonces, como expresiones contrarias a las voluntades colectivas que, generación tras generación, actualizan y resignifican la norma constitucional. Estas omisiones exigen una mayor acumulación de poder en el pueblo, como forma de fortalecer los mecanismos de control democrático, especialmente cuando el poder público se desentiende de su papel de agente garante de los derechos y principios constitucionales.

Finalmente, en el caso del Tribunal Constitucional de Tlaxcala, se emitió una sentencia derivada del **Juicio por Omisión Legislativa 17/2019**. Este juicio tuvo origen en la exigencia de un ciudadano del Estado, quien solicitó al Congreso Local información sobre la existencia de una ley que regulará la coordinación municipal en la prestación de servicios y el desarrollo urbano, conforme al mandato establecido en el artículo 93, párrafo último, de la Constitución local. La petición fue respondida informando que, según la base de datos legislativa, no existía una ley con tales características. Ante esta respuesta, el ciudadano ejerció su derecho de reclamación, al considerar que dicha ausencia constituía una omisión legislativa.

Lo relevante, es que, a través de los agravios presentados por el promovente, se subrayó que la naturaleza democrática del Poder Legislativo no sólo le impide omitir el cumplimiento de mandatos constitucionales, sino que le exige activamente salvaguardarlos, en tanto que los funcionarios que lo integran juran, con cada renovación electoral, someterse a las órdenes del pueblo expresadas en la Constitución<sup>346</sup>.

Por su parte, el Congreso argumentó que la inexistencia de la ley no causaba agravio alguno a la esfera jurídica del actor. Sin embargo, el Tribunal no consideró necesario entrar al estudio de las causales de improcedencia, ya que, al haber solicitado información al Director del Periódico Oficial del Estado, este informó que sí existía una ley aplicable, concretamente la Ley de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Estado de Tlaxcala. En consecuencia, al emitir sentencia, el órgano jurisdiccional determinó sobreseer el asunto.

### **4.3 Iniciativas populares.**

La iniciativa popular se diferencia estrictamente del amparo y la acción por omisión, al tratarse de un ejercicio de control democrático preventivo, que puede disciplinar al poder antes de que se cometan violaciones a los derechos humanos<sup>347</sup>. A través de ella, es posible significar o resignificar a la legislación, ya sea modificándola, transformándola o introduciendo nuevos derechos que respondan al dinamismo de la realidad social. Sin embargo, su plena efectividad depende de la ausencia de contradicciones en la práctica democrática del poder constituido. Esto se debe a que el órgano que decide sobre la concreción, o no, de una iniciativa en

---

<sup>346</sup> Tribunal Constitucional del Estado de Tlaxcala, *Juicio por omisión legislativa 17/2019*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala, p. 3

<sup>347</sup> David Sánchez Rubio llama a esta dimensión de prevención: “pre-violatoria”. La cual se refiere a una dimensión descuidada por los sistemas garantistas de atribución únicamente constituida o estatal. Directamente relacionada con la falta de vinculación popular en la creación de herramientas jurídicas que impliquen justicia material, y no únicamente, legitimidad del poder para ejercer la tutela de derechos humanos.

Véase Sánchez Rubio, David (2018), *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de la liberación*, Akal, pp. 55-60

el sistema jurídico encargado de decidir sobre la procedencia, dictaminación y eventual promulgación de una iniciativa popular -en forma de derecho positivo- es el mismo que, aunque electo democráticamente, concreta el monopolio legítimo de la producción normativa.

Lo anterior justifica una afirmación clave: el Poder Legislativo está estructuralmente predispuesto a la ilegitimidad, en tanto puede negar -de manera sistemática y estructural- la posibilidad popular de moldear el ejercicio del poder público conforme a su realidad. En este sentido, la iniciativa popular podría componer podría ser concebida como el derecho/poder/control por excelencia, dirigido a la determinación fáctica y normativa del Estado constitucional de derecho, configurando su estructura bajo parámetros garantistas.

En México, esta facultad ciudadana tiene una reciente incorporación constitucional, ya que su reconocimiento formal en el catálogo de derecho políticos deriva de la reforma del 9 de agosto de 2012. Para el año 2023, se habían presentado múltiples iniciativas populares, de las cuales solo una ha logrado condensar en legislación general.

Al igual, que en el caso de las sentencias de amparo, el carácter no vinculante de las órdenes populares y jurisdiccionales que conmine al legislador a emitir o modificar leyes vacías de contenido mediante control constitucional *desde abajo*. Esto se debe a que los órganos legislativos mantienen una postura reversiva frente a la ampliación de la democracia participativa, reservándose para sí mismos la decisión final sobre la procedencia, contenido y promulgación de cualquier iniciativa popular. Además, como se ha evidenciado en los procedimientos de amparo y acción por omisión, el legislativo puede justificar su pasividad recurriendo a argumentos procesales o formalistas, anclados incluso en la propia normativa constitucional.

Ahora, expondremos los resultados de algunas iniciativas populares presentadas ante el Congreso de la Unión.

El 7 de marzo de 2013, se presentó ante el Congreso la iniciativa ciudadana titulada *internet para todos*. A través de ella, se propuso reformar el artículo 6° constitucional, con el objetivo de garantizar a nivel nacional el derecho de acceso a internet. Asimismo, se planteó la creación de órganos institucionales coordinados con un Consejo Ciudadano Verificador para asegurar el suministro del servicio como un derecho básico<sup>348</sup>. La propuesta reunió poco más del número mínimo de firmas requeridas, por lo que fue considerada procedente.

Sin embargo, de forma paralela, el Ejecutivo federal presentó su propia iniciativa en materia de telecomunicaciones, la cual gozó de prioridad en las discusiones parlamentarias. Esta fue finalmente publicada en el DOF como decreto de reforma en junio de 2013, e incluyó el reconocimiento del derecho al acceso a internet. En consecuencia, el Senado de la República emitió un dictamen negativo respecto a la iniciativa popular, al considerar que su objetivo se había satisfecho con la reforma promovida por el Ejecutivo<sup>349</sup>.

En 2014, el Senado recibió otra iniciativa popular, titulada *Segunda vuelta electoral y revocación de mandato*. Esta buscaba reformar diversos artículos constitucionales para transformar el sistema electoral de mayoría relativa a mayoría absoluta. El propósito era otorgar mayor legitimidad democrática a los candidatos ganadores, permitiendo que, en caso de que ningún contendiente alcanzara una mayoría en la primera vuelta, se promoviera un segundo proceso electoral.

El Instituto Nacional Electoral (INE), validó 166, 438 firmas de las 227,130 presentadas, lo que dio luz verde para su estudio por la Comisión dictaminadora correspondiente. Sin embargo, el Poder Legislativo no realizó el análisis ni dictamen de la iniciativa, lo que llevó a los promoventes a interponer el juicio para la protección de derechos político electorales SUP-JDC-1755 ante el Tribunal Electoral Federal. Este resolvió que existía una omisión por parte del Congreso al no dictaminar la iniciativa popular, y ordenó su discusión y trámite. No obstante, a la fecha, la

---

<sup>348</sup> Garita Alonso, Arturo (et. al.) (2023), *Mecanismos de participación ciudadana a nivel federal en los que intervienen las Cámaras del Congreso de la Unión*, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, pp. 96-97

<sup>349</sup> Vázquez Correa, Lorena (2018), *Óp. Cit.*, p. 9

iniciativa continúa pendiente de dictamen, evidenciando la inercia institucional y el bloqueo fáctico al ejercicio del poder ciudadano.

En 2016, se presentaron diversas iniciativas populares. El 23 de febrero, el Senado recibió el proyecto de reforma al artículo 4° constitucional, con el objetivo de elevar la protección de la familia al más alto nivel normativo. La propuesta definía a la familia como la unidad nuclear de la sociedad, y proponía ampliar garantías que incluyeran el libre matrimonio de hombres y mujeres, la libertad reproductiva y el derecho a decidir sobre la educación de los hijos, obligando al Estado, en sus tres niveles de gobierno, a atender tales demandas<sup>350</sup>. Se recolectaron firmas equivalentes al 0.16% de la lista nominal de electores, por lo que fue turnada a la Comisión de Puntos Constitucionales. Finalmente, en 2019, el Pleno del Senado desechó la iniciativa, cerrando el asunto.

Posteriormente, el 6 de agosto de 2016, se promovió una iniciativa similar, denominada *Por la vida y la familia*. Esta propuesta, sin embargo, excluía las referencias a los derechos de las niñas, niños y adolescentes que sí contenía su antecesora. La Cámara de Diputados, desechó esta segunda iniciativa.

El mismo año, se presentó ante la Cámara de Diputados la iniciativa ciudadana conocida como *Ley3de3*, la cual, hasta el día de hoy, constituye el único caso de instituyencia popular que se ha formalizado como norma general vigente. Su objetivo fue el fortalecimiento del combate a la corrupción institucional, mediante la obligación para las personas servidoras públicas de presentar tres tipos de declaraciones: patrimonial, de intereses y fiscal. Estas medidas pretendían vincular el ejercicio del servicio público con mecanismos de transparencia, investigación, sanción y rendición de cuentas.

A diferencia de otras iniciativas, la *Ley3de3* no implicaba una reforma constitucional, sino la creación de una normativa secundaria robusta que permitiera combatir la impunidad estructural frente a los actos de corrupción<sup>351</sup>. Se recaudaron

---

<sup>350</sup> Garita Alonso, Arturo (et. al.) (2023), *Óp. Cit.*, pp. 99-100

<sup>351</sup> Vázquez Correa, Lorena (2018), *Óp. Cit.*, pp. 10

634,143 firmas ciudadanas, lo que legitimó plenamente su discusión legislativa. Finalmente, su tramitación culminó con la publicación en el DOF el 18 de julio de 2016 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas<sup>352</sup>, como parte del entonces denominado *Sistema Nacional Anticorrupción*.

La relevancia de la Ley General de Responsabilidades Administrativas no sólo invita a celebrar el acto de instituyencia popular, sino también destaca la importancia de su contenido normativo, el cual introduce sanciones vinculantes por responsabilidades administrativas, orientadas a purgar al poder público de discreción excesiva, fuente reiterada de conflictos de intereses que afectan a la esfera pública. A diferencia de las anteriores iniciativas, impulsadas por la maximización de la autonomía individual o libertades privadas, esta demuestra que la conciencia colectiva también puede movilizarse para fortalecer los mecanismos de control democráticos post electorales.

En noviembre del mismo año, se ejerció nuevamente el derecho de iniciativa ciudadana, avalado por 112, 054 firmas cumpliendo con el 0.13% del padrón electoral mínimo, para eliminar el horario estacional en el Estado de Sinaloa. Sin embargo, la Comisión dictaminadora decidió desecharla de plano el 20 de marzo de 2018. En línea semejante, el Senado recibió en 2018 el proyecto de decreto que pretendía eliminar el horario estacional en los Estados de Baja California Sur, Chihuahua y Nayarit. También en este caso, el dictamen fue negativo, por lo que el Pleno de la Cámara de Senadores resolvió desechar la iniciativa y concluir de plano el procedimiento.

Durante 2017, la misma Cámara recibió una iniciativa de reforma constitucional, promovida por la Coordinadora Nacional de Trabajadores de la Educación (CNTE) orientada a reestructurar el sistema de evaluación docente. La Comisión de Puntos Constitucionales resolvió emitir un dictamen negativo, mismo

---

<sup>352</sup> No obstante, la propuesta legislativa sufrió cambios en los artículos 29 y 32, respectivamente, a los datos contenidos en las declaraciones de los funcionarios y la exclusión de un *sistema de evolución patrimonial*. Para mayor detalle, véase Vázquez Correa, Lorena (2018), *Óp. Cit.*, p. 12

que fue aprobado por el Pleno del Senado, con lo que se dio por concluido el procedimiento de iniciativa popular el 6 de febrero del 2020.

En junio del mismo año se recibe, el proyecto de ley para regular los diversos usos del cannabis, teniendo por objeto la regulación, distribución, venta y consumo de sus productos derivados<sup>353</sup>. La que, no consiguió el número mínimo de firmas, por lo que se instruyó devolver la iniciativa a los ciudadanos.

En febrero de 2017, se presentó el proyecto de iniciativa ciudadana denominada *firma por tu bolsillo*<sup>354</sup>, con el objetivo de reducir en un 50% el impuesto sobre la producción de diésel y gasolina. El INE validó las firmas necesarias, lo que permitió turnarla a Comisión para su dictaminación. Sin embargo, ante la inactividad legislativa, los promoventes interpusieron el juicio para la protección de derechos político-electorales SUP-JDC-470/2017 ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En su sentencia, el Tribunal ordenó a la Cámara de Diputados apearse a los lineamientos establecidos en su reglamento interno y en la Ley Orgánica del Congreso General, a fin tramitar la iniciativa conforme al procedimiento legislativo ordinario. Como señala Lorena Vázquez, esta resolución representa un valioso precedente judicial, pues conmina a la actividad legislativa y previene que la quietud parlamentaria congele los efectos del control ciudadano de las iniciativas populares<sup>355</sup>. No obstante, en octubre del mismo año, la Comisión dictaminadora resolvió en sentido negativo, desechando la propuesta.

De semejante naturaleza, llegó a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma integral que proponía reducir, estabilizar y fijar un tope máximo de 10 pesos por litro de gasolina. Aunque la iniciativa reunió el número de firmas exigido constitucionalmente y su argumentación se centró en la protección del bienestar general ante la liberalización del mercado de hidrocarburos, el Pleno del Senado

---

<sup>353</sup> Garita Alonso, Arturo (et. al.) (2023), *Óp. Cit.*, pp. 106-107

<sup>354</sup> Vázquez Correa, Lorena (2018), *Óp. Cit.*, p. 13

<sup>355</sup> *Ibid.* p. 14

resolvió desecharla<sup>356</sup>, evidenciando nuevamente el poder de veto informal que el Legislativo ejerce sobre los instrumentos de democracia participativa.

Durante el mismo 2017, se presentó ante el Congreso la iniciativa ciudadana denominada “*Gobierno sin privilegios*”<sup>357</sup>, cuyo propósito fue reformar la Constitución para eliminar las prerrogativas excesivas de los funcionarios públicos, tales como los salarios desproporcionados, prestaciones privilegiadas, el fuero constitucional y las pensiones a expresidentes. La propuesta reunió las firmas necesarias y fue aprobada por la Cámara de Diputados, su cámara de origen. No obstante, a la fecha, permanece pendiente de dictaminación por parte de la Cámara de Senadores, evidenciando nuevamente la práctica de congelamiento legislativo frente al impulso popular reformador.

En octubre del mismo año, la Cámara de Diputados recibió un proyecto ciudadano de reforma al artículo 4° constitucional promovido por la Asamblea Nacional de Usuarios de Energía Eléctrica y el Sindicato Mexicano de Electricistas, con el objetivo de reconocer el derecho humano a la energía eléctrica a nivel constitucional. Pese a su presentación formal, los colectivos promotores decidieron retirar la propuesta en mayo de 2018<sup>358</sup>, sin que hubiera una resolución legislativa de fondo.

Posteriormente, en los 2018 y 2019, se presentaron ante el Senado iniciativas populares en materia de financiamiento y regulación de partidos políticos. La primera, se propuso eliminar el doble financiamiento de los partidos que participen simultáneamente en elecciones federales y locales, con la intención de reestructurar el sistema de cálculo para la asignación de recursos públicos tanto ordinarios como electorales. Al cumplir con los requisitos de firmas, la propuesta fue turnada a la Comisión de dictaminación correspondiente, pero a la fecha permanece pendiente de resolución<sup>359</sup>.

---

<sup>356</sup> *Ibid.* p. 14

<sup>357</sup> *Ibid.* p. 15

<sup>358</sup> Vázquez Correa, Lorena (2018), *Óp. Cit.*, p. 15

<sup>359</sup> Garita Alonso, Arturo (et. al.) (2023), *Óp. Cit.*, pp. 111-112

La segunda iniciativa planteó una reforma para elevar el umbral mínimo de votación requerido para mantener el registro de un partido político, pasando del 3% al 5%, tanto para conservar su existencia jurídica como para acceder a diputaciones por el principio de representación proporcional. Se reunieron las firmas necesarias, pero el proyecto también se mantiene congelado en el proceso legislativo, sin que haya emitido dictamen hasta el momento<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> *Ibid.* pp. 109-110

## CONCLUSIONES.

En el desarrollo de esta investigación, nos hemos dado a la tarea de esbozar dos posiciones casi antagónicas dentro de la teoría constitucional que, sin embargo, convergen en la práctica institucional del Estado mexicano contemporáneo. A partir de este análisis, hemos formulado diversas proposiciones que nos permiten concluir, con base en los cuestionamientos iniciales y las conjeturas planteadas, que existe una praxis ideológica y funcional de los poderes Legislativo y Judicial orientada a negar la participación democrática como vía legítima para que el pueblo constituya la fuente principal del derecho positivo, lo cual favorece la persistencia del fenómeno de la omisión legislativa.

En primer lugar, desde el marco teórico de la democracia constitucional o modelo garantista, identificamos que esta corriente surge como una consecuencia del constitucionalismo occidental, el cual, sin un argumento fundado en la realidad social o en hechos verificables, tiende a mermar el derecho/poder de las mayorías a definir y constituirse como el primer y último eslabón de legitimidad en la producción legislativa. Ello se debe a que, bajo el pretexto de proteger un esquema decisional entre lo *decidible* y lo *indecidible*, basado en la representación política, este enfoque pretende reafirmar la fuerza del constituyente originario únicamente a través del poder constituido, relegando la participación popular a un plano marginal.

Dicho enfoque parte de la premisa de que el problema esencial del Estado constitucional no radica en canalizar y dar lugar a los diversos proyectos sociales que buscan ser inscritos en el texto constitucional, sino que considera que el conflicto ya ha sido resuelto en el pasado constituyente, y que de ahí en adelante, sólo la razón técnica, los juicios profesionales de validez/invalidéz normativa y una ética jurídica serán los elementos que conferirán contenido justo a los derechos humanos.

No obstante, y a pesar de su visión negativa del poder popular, el modelo garantista ofrece algunas proposiciones valiosas que pueden enriquecer un sistema constitucional participativo. El mayor aporte de esta corriente radica en la afirmación

de que la sola inscripción de derechos en las constituciones genera de manera inercial un entramado de límites, vínculos y obligaciones que rigen a todos los poderes públicos. Esta tesis posibilita imaginar una reestructuración funcional de la división de poderes, donde el legislativo esté verdaderamente limitado, vinculado y obligado a ser el instrumento a través del cual la participación ciudadana innove, transforme y experimente con las formas jurídicas del Estado.

Bajo esta lógica, la democratización de la función legislativa no sólo es posible, sino necesaria. Para ello, se debe consolidar el principio de que la ciudadanía no es únicamente titular de derecho, sino también sujeto de creación normativa. Así, el poder constituyente popular se reactivaría continuamente mediante mecanismos como la iniciativa ciudadana, la acción por omisión legislativa, y otras formas de control desde abajo.

En este mismo sentido, la división de competencias establecida en el modelo garantista, si bien rígida, puede funcionar como punto de partida para una renovación democrática del derecho, en la medida en que impone al Poder Judicial el deber de no crear ni decir el derecho, sino simplemente garantizar su aplicación en su sentido más literal y normativo, lo que a su vez obliga al Legislativo a cumplir con su función de producción conforme a los mandatos constitucionales y democráticos.

En segundo lugar, respecto al constitucionalismo latinoamericano, hemos constatado que sus aportes teóricos, éticos, ideológicos y prácticos reafirman la legitimidad del poder político popular como fuente creadora del derecho, posicionándolo como un acto de contrahegemonía constitucional. Esta perspectiva nace del proceso histórico de resistencia frente a la colonialidad europea, y se ha fortalecido a través de luchas concretas, desde México, y en diversos países del Sur del continente. De este modo, se confirma, a partir de hechos y experiencias - incluyendo las mexicanas- que las instituciones liberales originarias del constitucionalismo decimonónico han sido uno de los principales obstáculos para una democracia verdaderamente participativa.

Por un lado, esto se evidencia en la instauración de un monopolio interpretativo en manos del Poder Judicial, a través de la importación acrítica del modelo usamericano. Este paradigma, al centralizar la facultad de interpretación constitucional en los tribunales, limita la producción del derecho cuando el contenido normativo se considera incompatible con una lectura ortodoxa de la Constitución. Tal estructura ha conducido a una justificación contramayoritaria de la judicatura, que frecuentemente desautoriza el poder de las mayorías democráticas para crear derecho y legislar desde y para su realidad. En consecuencia, incluso los órganos legislativos pueden ser anulados en sus decisiones, mediante declaraciones de invalidez normativa.

Por otro lado, la unidimensionalidad procedimental de los sistemas democráticos liberales, limitada a la emisión del voto periódico, ha restringido la participación ciudadana, impidiendo que la ciudadanía se involucre en la elaboración, modificación o control de las decisiones políticas y jurídicas más allá del sufragio. Este modelo subsistió y se consolidó durante la etapa neoliberal caracterizado por la tecnocratización de la política y la despolitización de la ciudadanía.

No obstante, como ha sido ilustrado en este trabajo, dicha versión liberal del constitucionalismo y la democracia ha sido reconfigurada por los pueblos históricamente excluidos y subalternizados, quienes, desde sus experiencias concretas de opresión estructural -a manos del Estado, las instituciones y la lógica totalizante del capital- han generado respuestas constitucionales propias. Ecuador, Bolivia y Venezuela, en sus más recientes procesos constituyentes, se erigen como ejemplos paradigmáticos de una transformación arquitectónica y fundacional constitucional, que impugna la idea de que las instituciones estatales sean la última palabra del derecho. En lugar de ello, se abren las puertas de la democracia popular permanentemente, permitiendo que la sociedad civil pueda intervenir en la configuración del derecho mediante mediaciones jurídicas.

Esto implica que la ciudadanía se reconvierte éticamente en un actor activo capaz de formular juicios productivos y reproductores de vida, en contraste con los

significados hegemónicos impuestos por el capital -basados en la competitividad, la cuantificación y la mercantilización de lo común (el medio ambiente, las relaciones humanas, las instituciones, el derecho mismo)-.

En definitiva, el constitucionalismo latinoamericano, más allá de sus limitantes prácticas o desafíos de implementación, encarna la ideología que acompaña toda revolución social democrática legítima: la mejora de las condiciones de vida, la defensa de los bienes comunes, el empoderamiento popular -individual o colectivo- y la ampliación del derecho como instrumento institucional accesible, moldeable y disponible para todas y todos. Se trata, pues, de una propuesta que no sólo resignifica el derecho, sino que lo democratiza radicalmente, abriendo paso a nuevas formas de justicia social y jurídica que surgen *desde abajo*.

En tercer lugar, hemos corroborado que una actuación sinérgica entre los modelos garantista y latinoamericano, analizada desde una perspectiva crítica, permite evidenciar que las omisiones legislativas no son anomalías accidentales, sino prácticas estructuradas que derivan de la hegemonía normativa del constitucionalismo liberal-representativo. Así, aunque las garantías normativas constituyen, en principio, una obligación estatal de *promover, respetar, proteger y garantizar* los derechos humanos, no puede excluirse la participación *desde abajo* en su construcción, vigilancia y aplicación. La legitimidad de tales garantías no puede estar concentrada en el poder delegado de los órganos legislativos, mucho menos en un Poder Judicial sin autorización democrática directa, pues su fuerza normativa reside en la medida en que representan y materializan los intereses y necesidades de quienes son sus destinatarios.

Cuando se válida de forma acrítica esta legitimidad autónoma del poder público, comienzan a aparecer inconsistencias estructurales -*vicios normativos*-, ausencias normativas y omisiones legislativas que contradicen tanto la realidad institucional como la social. Esto en la práctica dismantela toda una propuesta de constitucionalismo garantista, que en México ha sido construida normativamente desde la reforma constitucional de 2011.

Frente a esto, hemos analizado cómo el proyecto participativo y de apertura normativa ha sido sistemáticamente contrarrestado por una postura judicial y legislativa que se auto justifica desde una lectura conservadora del constitucionalismo, defendiendo la supremacía de una normatividad primigenia - cerrada, textualista y restrictiva- sobre los procesos de innovación jurídica impulsados *desde abajo*.

Esto se evidencia particularmente en el análisis de amparos y acciones por omisiones legislativas, donde la judicatura -especialmente en el ámbito federal- ha asumido una actitud ambigua: aunque reconoce la procedencia del juicio (como se estableció desde la revisión 1359/2015), evita emitir sentencias con efectos vinculantes plenos, que obliguen a legislar, o que abran con claridad un camino hacia la instituyencia popular. En la práctica, se sostiene que sólo existe legitimidad de acción si hay mandatos expresos, lo que se traduce en una clausura estructural a cualquier intento de transformación democrática del derecho que no esté previamente codificado. Esto niega, de raíz, la posibilidad de crear y resignificar el derecho desde lo popular.

En el ámbito local, el patrón es similar. Los Tribunales Constitucionales estatales, en lugar de avanzar hacia una democratización del derecho, reproducen los mismos esquemas argumentativos restrictivos del Poder Judicial Federal. En muchos casos -como lo evidencian sentencias como la del Tribunal de Yucatán-, se desactiva deliberadamente la legitimidad de las acciones ciudadanas, incluso cuando existen marcos normativos constitucionales locales que otorgan facultades expresas para que la ciudadanía pueda interponer mecanismos de control institucionalizado frente a omisiones legislativas. Así, a pesar de contar con instrumentos procedimentales claros, se niega la posibilidad de que la ciudadanía impugne eficazmente, y de forma vinculante, la inacción legislativa.

Por el lado de la iniciativa popular, la participación ha corrido una suerte similar a la de los mecanismos jurisdiccionales: la resistencia institucional del Congreso General ha desdibujado su potencia transformadora. La introducción constitucional del derecho/poder de iniciar leyes y presentar proyectos de reforma

en el 2012 marcó un parteaguas en el diseño democrático del Estado mexicano, pues institucionalizó la posibilidad de que el pueblo incida directamente en la producción del derecho positivo. Sin embargo, el Legislativo ha asumido esta apertura como una reconversión institucional, sino que, en la práctica, la ha desactivado mediante estrategias de postergación, desestimación, omisión deliberada o subordinación de las propuestas ciudadanas frente a las del poder constituido.

Esto ha ocurrido a pesar de que cada iniciativa requiere el respaldo significativo de firmas ciudadanas, implicando una labor de organización social que, en contraste con los poderes formalmente facultados, supone un esfuerzo extraordinario para los sectores ciudadanos que no cuentan con recursos institucionales, estructuras de apoyo, ni tiempos dedicados a la labor legislativa. Participar *desde abajo* implica actuar desde la precariedad, desde la necesidad y desde la urgencia. Implica articular la lucha por la vida digna con la transformación jurídica del Estado, todo ello, mientras se habita el riesgo constante de la violación de derechos humanos y la necesidad de transformar sus vidas mediante la creación de un derecho justo.

En suma, el análisis crítico desarrollado a lo largo de esta investigación nos permite sostener que en México, las omisiones legislativas son consecuencia directa de un cierre institucional, imputable a prácticas hegemónicas sostenidas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, en detrimento de la participación ciudadana. Este cierre se reproduce incluso mediante los propios mecanismos que debieran abrir paso al control constitucional *desde abajo*, mostrando una negativa sistemática a legitimar la producción de derecho por vía popular.

Este fenómeno se comprende mejor cuando abordamos, de forma sinérgica y crítica, los modelos teóricos del constitucionalismo garantista y latinoamericano. Ambos conviven dentro del mismo orden jurídico, pero sus fundamentos y proyecciones se tensionan entre la clausura institucionalista de la participación y la posibilidad de construir un derecho anclado en las experiencias sociales.

Finalmente, quisiéramos subrayar que esta investigación no pretende agotarse en la crítica, sino también formular una propuesta desde la reflexión académica comprometida: seguir construyendo una disciplina constitucional que no sea sólo campo de reproducción de la hegemonía del poder negativo, sino también espacio de imaginación y praxis democrática. Que podamos transformar los derechos desde la universidad, la docencia, la investigación, la práctica legislativa y judicial y, sobre todo, desde la vivencia popular.

Apostamos por una democracia, no como sistema de administración del poder, sino como experimento social, como territorio de exigibilidad y de creación de sentido. Una democracia capaz de producir un derecho que se parezca más a la realidad de las personas, y que permita anticipar -no sólo reaccionar a- las violaciones a los derechos humanos. Pero para ello, es indispensable construir esa dimensión pre violatoria, fundada no en la técnica, sino en la experiencia de los excluidos, los racializados, los desplazados, los privados de servicios básicos, de justicia, de educación, de paz y de vida digna. Solo así, el derecho podrá ser un instrumento de esperanza colectiva.

## Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. ONU.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. ONU.
- Ávalos Díaz, Sofía. (2010). *La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano*. México: Publicaciones de los Becarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Burgoa, Ignacio. (1983). *El juicio de amparo. Vigésima edición*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Burgos Matamoros, Mylai. (2014). *La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Burgos Matamoros, Mylai. (2018). *Herramientas teóricas para la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2021, 7 de junio). *Ley Reglamentaria del Artículo 105 fracción I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2022, 9 de diciembre). *Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2025, 17 de enero). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2012, 19 de mayo). *Ley Federal de Consulta Popular*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo\\_190521.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCPo_190521.pdf)
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2024, 1° de abril). *Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*. Diario Oficial de la Federación. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCNDH.pdf>
- Coaña Be, Luis David. (2022). *Juicio de amparo*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión. (2011, 10 de junio). *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Título primero y*

*reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Diario Oficial de la Federación.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1998, 16 de noviembre a 4 de diciembre). *Opinión General #9. La aplicación interna del Pacto.* ONU.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). *Opinión General #9. Aplicación del Pacto a nivel nacional.* ONU.

Corte Constitucional de Ecuador, para el periodo de transición. (2010). *El nuevo constitucionalismo en América Latina.* Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Courtis, Christian; Ávila Santamaría, Ramiro. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales.* Quito-Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Cruz Parceró, J.A.; Larrañaga Monjaraz, Pablo; Rodríguez Padilla, Pamela J. (2019). *Derechos económicos: una aproximación conceptual.* Ciudad de México: CEPAL/CNDH.

de Secondat Montesquieu, Charles Louis. (2018). *El espíritu de las leyes.* Ciudad de México: Ediciones y Recursos Tecnológicos S.A. de C.V.

Dussel, Enrique. (2006). *20 tesis de política.* México: Siglo XXI.

Dussel, Enrique. (2009). *Política de la Liberación. Volumen II. La arquitectónica.* Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2008). *Democracia y garantismo.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2011). *Podere Salvajes. Crisis de la democracia constitucional.* Madrid: Minima Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2013a). *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia 1. Teoría del derecho.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (2013b). *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia 2. Teoría de la democracia.* Madrid: Trotta.

Foucault, Michel. (2005). *El orden del discurso.* Buenos Aires: Tusquets Editores, SA.

Foucault, Michel. (2007). *La historia de la sexualidad. 1 La voluntad de saber.* México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores S.A. DE C.V.

- Fraser, Nancy. (2000). *¿De la distribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista*. New Left Review.
- Gándara Carbadillo, Manuel E. (2019). *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*. Buenos Aires: CLACSO.
- Garita Alonso, Arturo; López García, Mario; García Martínez Oscar Issac. (2023). *Mecanismos de participación ciudadana a nivel federal en los que intervienen las Cámaras del Congreso de la Unión*. Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. Obtenido de <https://micrositios.senado.gob.mx/BMO/files/8.-Mecanismos-de-participacion-Ciudadana.pdf>
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo; Salazar Ugarte, Pedro. (2012). *El derecho como palanca emancipadora: las reformas constitucionales y los derechos sociales*. México: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. (s/f). *El Federalista*. Consultado en: [https://perguntasapo.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/el\\_federalista.pdf](https://perguntasapo.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/el_federalista.pdf).
- Honorable Congreso del Estado de Chiapas. (2002, 27 de noviembre). *Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas*. Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Chiapas.
- Honorable Congreso del Estado de Yucatán. (2025, 5 de marzo). *Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Yucatán*. Diario Oficial del Estado de Yucatán. Obtenido de <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/02/2012/DI GESTUM02099.pdf>
- Houtart, François. (2015). *El bien común de la humanidad*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. (2024). *Garantismo: funciones e instituciones de garantía en Luigi Ferrajoli*. España: Tirant Lo Blanch.
- Juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México. (2018, 19 de febrero). *Amparo Indirecto 1072/2017*. Consejo de la Judicatura Federal. Obtenido de [https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=00410000214134430031029.docx&sec=Jaime\\_Daniel\\_Murillo\\_Zavaleta&svp=1](https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=00410000214134430031029.docx&sec=Jaime_Daniel_Murillo_Zavaleta&svp=1)
- Juez Decimoprimer de Distrito en el Estado de Oaxaca. (2020, 27 de octubre). *Amparo Indirecto 332/2020*. Consejo de la Judicatura Federal. Obtenido de [https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1890000026709287008.pdf&sec=Le%C3%B3n\\_Isaac\\_Hern%C3%A1ndez\\_Luna&svp=1](https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1890000026709287008.pdf&sec=Le%C3%B3n_Isaac_Hern%C3%A1ndez_Luna&svp=1)

- Juzgado Décimo Octavo de Distrito en el Estado de Veracruz. (2018, 2 de julio). *Amparo Indirecto 1191/2017*. Consejo de la Judicatura Federal. Obtenido de [https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1571000021832556021.doc&sec=Guadalupe\\_Dom%C3%ADnguez\\_Lagunes&svp=1](https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1571000021832556021.doc&sec=Guadalupe_Dom%C3%ADnguez_Lagunes&svp=1)
- Kelsen, Hans. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Malcolm X; Haley, Alex. (2019). *Malcolm X: Autobiografía contada por Alex Haley*. Madrid: Capitán Swing Libros, S.L.
- Malinverni da Silveira, Clóvis Eduardo; Borges, Gustavo; Fatima, Schumacher Wolkmer Maria de. (2019). *O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios*. Brasil: Universidade de Caxias do Sul.
- Medici, Alejandro (et.al). (2014). *Derecho político actual: temas y problemas*. La Pampa: Universidad de la Pampa. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas.
- Medici, Alejandro. (2011). *El malestar en la cultura jurídica: Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Universidad Nacional de la Plata.
- Medici, Alejandro. (2012). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Medici, Alejandro. (2016). *Otros nomos: teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: UASLP.
- Morelli, Federica; Thibaud, Clement; Verdo, Genevieve. (2009). *Les empires atlantiques des Lumières au libéralisme (1763-1865)*. France: Presses Universitaires de Rennes.
- Noguera, Albert. (2020). *Crítica al constitucionalismo garantista de Ferrajoli como proyecto político*. México: Isonomía.
- Organización de los Estados Americanos. (1969, 7 al 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Secretaría General OEA.
- Pisarello, Gerardo. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Rabasa, Emilio O. (2002). *La historia de las constituciones mexicanas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Rosillo Martínez, A. (2013). *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*. México, D.F.: Editorial Itaca.

- Rosillo Martínez, Alejandro (coord.). (2020). *El arte de (des)hacer mundos. Estudios en torno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores*. San Luis Potosí: UASLP.
- Rousseau, Jean-Jacques. (2003). *El contrato social o principios de derechos políticos*. Buenos Aires: Editorial La Página S.A.
- Sánchez Rubio, David. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de la liberación*. Ciudad de México: Akal.
- Sanín Restrepo, Ricardo. (2011). *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Serrano, Sandra; Vázquez, Daniel. (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Smith, Adam. (2017). *La teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2002). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Bogotá: El otro derecho.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2006). *Renovar la crítica y reinventar la participación social*. Buenos Aires: CLACSO.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013, febrero). *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE Tesis: 1a. XLIII/2013 (10a) (registro digital 2002812)*. Semanario Judicial de la Federación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). *Revista del Centro de Estudios Constitucionales año VII. Núm. 13*. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2005, 3 de octubre). *OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS Tesis: P./J. 11/2006) (registro digital 175872)*. Semanario Judicial de la Federación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015, enero). *Contradicción de tesis 111/2013 (registro digital 25444)*. Semanario Judicial de la Federación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2019, 8 de mayo). *Amparo en Revisión 332/2018*. Semanario Judicial de la Federación. Obtenido de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=235110>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2024, 20 de septiembre). *INTERPRETACIÓN CONFORME. METODOLOGÍA PARA SU*

*APLICACIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.*

*Tesis: 2a./J.49/2024 (11a.) (registro digital 2029394).* Semanario Judicial de la Federación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s/f. a). *Amparo en Revisión 1359/2015.* Semanario Judicial de la Federación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s/f. b). *Amparo en revisión 941/2019.* Semanario Judicial de la Federación. Obtenido de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2020-02/AR%20941.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2020-02/AR%20941.pdf)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s/f. c). *Amparo en revisión 805/2018.* Semanario Judicial de la Federación. Obtenido de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2019-01/AR-805-2018-190124.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-01/AR-805-2018-190124.pdf)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s/f. d). *Amparo en Revisión 265/2020.* Semanario Judicial de la Federación. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/Parlamentojusticiacotidiana/Documentos-Grupo/Sesion-1/210504-AR-265-2020.pdf>

Tocqueville, Alexis de. (2018). *El Antiguo Régimen y la Revolución.* Madrid: Alianza Editorial S.A.

Tribunal Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza. (2020, 19 de diciembre). *Acción de Inconstitucionalidad Local 6/2020.* Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza. Obtenido de <https://www.pjecz.gob.mx/consultas/sentencias/descargar/?id=91039#gsc.tab=0>

Tribunal Constitucional del Estado de Tlaxcala. (2021, 29 de septiembre). *Juicio por omisión legislativa 17/2019.* Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala. Obtenido de <https://www.tsjtlaxcala.gob.mx/transparencia/sps/sentencias/SGA-17-2019-290921.pdf>

Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán. (2015, 2 de marzo). *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2014.* Poder Judicial del Estado de Yucatán. Obtenido de <https://transparencia.poderjudicialyucatan.gob.mx/Transparencia/TSJ/Transparencia/sentencias/TC-01-2014.pdf>

Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán. (2020, 20 de enero). *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2019 y 2/2019 acumuladas.* Poder Judicial del Estado de Yucatán. Obtenido de

<https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/tsj/omisiones/01-2019/Sentencia.pdf>

Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán. (2023, 28 de noviembre). *Acción contra la omisión legislativa o normativa 1/2023*. Poder Judicial del Estado de Yucatán. Obtenido de <https://transparencia.poderjudicialyucatan.gob.mx/Transparencia/TSJ/Transparencia/sentencias/tc/2023/TC-01-2023.pdf>

Vázquez Correa, Lorena. (2018). *La iniciativa legislativa ciudadana en México*. México: Instituto Belisario Domínguez/Dirección General de Análisis Legislativo.

Vitale, Ermanno. (2007). *Contractualismo y derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Zaldívar Abad, Martha Loyda. (2011). *Primavera constituyente entre viejos demonios: un nuevo despertar para América Latina*. Puebla: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.